

TEMA 1: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y SUJETOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

• LA REALIDAD SOCIAL OBJETO DE REGULACIÓN POR EL DERECHO DEL TRABAJO.

El objeto de regulación del *Derecho del Trabajo* es, siendo un sector del ordenamiento jurídico, una concreta parcela o aspecto de la realidad social. Es en el proceso de diferenciación social y de especialización normativa cuando surgen los distintos sectores del ordenamiento jurídico y como ha tenido su origen el Derecho del Trabajo.

La diferenciación social es consecuencia de un proceso de tipificación en el que es necesario que concurran dos circunstancias. Una, es que la convivencia, el desarrollo y la interacción social hayan generado fenómenos, tipos de comportamientos, actitudes, intereses, instrumentos, formas y procedimientos de relación novedosos. Otra, que esa innovación pase a convertirse en algo extendido o socialmente implantado.

Cuando sólo tiene lugar la primera de las circunstancias, la reacción del ordenamiento jurídico puede ser la de ignorarla (no regularla). Sin embargo, cuando la novedad se extiende el ordenamiento jurídico éste lo contempla como una parcela de la realidad social que requiere una regulación que la inserte en el conjunto. Lo que puede hacer de dos formas: una mediante la adaptación de la legislación vigente; otra, dando origen a un cuerpo normativo, con principios propios, con finalidades distintas y con una función específica. Cuando esto último sucede se está ante una realidad social tipificada, que no es otra que el fenómeno social que se identifica con el trabajo por cuenta ajena, también cualificado como trabajo subordinado, asalariado o dependiente.

El Derecho del Trabajo se articula en torno a la idea de una cesión libre del propio esfuerzo laboral que implica una cesión medida en parámetros temporales, espaciales y geográficos. Una cesión anticipada al momento de su aplicación e independiente de los resultados económicos, que se acepta a cambio de una contraprestación económica cierta o salario.

Los protagonistas del Derecho del Trabajo son el trabajador asalariado, el empresario, el contrato de trabajo, los sujetos colectivos (sindicatos y asociaciones empresariales) y el poder público.

• EL TRABAJADOR. CONCEPTO LEGAL Y RASGOS IDENTIFICADORES.

El concepto de *trabajador* viene definido en el art.1.1 E.T. como: los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

De dicha definición legal han de destacarse los siguientes rasgos identificadores:

- **Trabajo personal.** Consiste en que la prestación laboral o trabajo asalariado sólo puede ser realizada por una persona física, nunca jurídica. El trabajo es una característica y una capacidad de la persona, lo que supone que no sea posible separar el trabajo de la persona del trabajador.
- **Trabajo voluntario.** En el sentido de que la adquisición de la condición de trabajador y la aceptación del compromiso de ceder el esfuerzo laboral a otra persona, se hace en el ejercicio de la propia libertad personal. Esta libertad personal se manifiesta como voluntad contractual. Se excluye del ámbito de aplicación de las normas laborales lo establecido en el art. 1.3. b) E.T. que se refiere a las prestaciones personales obligatorias (servicio militar o social sustitutorio).
- **Trabajo retribuido.** El trabajo por cuenta ajena es un trabajo pagado mediante el salario. Es decir, a las normas laborales sólo les interesa el trabajo prestado con la finalidad de conseguir un pago, un abono o contraprestación económica por el mismo; de tal manera que la aceptación del vínculo

laboral y el consentimiento prestado al contrato de trabajo encuentra su causa en el hecho de que la cesión del propio esfuerzo laboral va a ser recompensada por la cantidad dineraria en la que se valore dicho esfuerzo. Estas circunstancias son las que permiten calificar la relación laboral de onerosa y de sinalagmática. Lo anterior no quiere decir que no pueda existir el trabajo gratuito o no retribuido. Así, el art.1.3 d) E.T. excluye este tipo de actividades cuando menciona los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.

- **Trabajo por cuenta ajena.** Se trata del rasgo de ajenidad, el cual se refiere a un modo de prestar el trabajo cuya falta puede hacer que un tipo de tareas, sustantiva y materialmente iguales, estén unas incluidas y otras excluidas del Derecho del Trabajo y se califiquen o no como laborales. La jurisprudencia acude al análisis de las circunstancias concretas de cada caso para dilucidar si se está en presencia de una relación laboral o no. Se puede detectar a través de los siguientes indicios: la titularidad o la propiedad de los medios de trabajo; el control de la organización productiva; el control sobre el propio trabajo y el grado de autonomía que se ostenta; la posibilidad de rechazar el trabajo o la libertad para desarrollarlo o no; el tipo de compensación económica y si ésta incluye o no el beneficio empresarial; la asunción de los riesgos económicos de la actividad productiva; la relación jurídica directa con los compradores de los bienes o los receptores del servicio; y el grado de dependencia o subordinación. Los tribunales excluyen de las normas laborales como ya se prevé en el art. 1.3 a) E.T. los que se limitan a desempeñar el cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo. Pero no a los altos cargos que, según el art.2.1.a) E.T., son trabajadores por cuenta ajena, aunque especiales. También se excluyen todos los trabajadores autónomos como lo indica la Disposición Final Primera del E.T. al establecer que el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral. El art. 1.3.f) E.T. también excluye la actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma; que son los representantes del comercio o agentes libres.
- **Trabajo dependiente.** Es el trabajo prestado dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. Los síntomas de dependencia son, entre otros: la existencia de un horario de trabajo, la percepción de un salario fijo, la identificación precisa de un lugar de trabajo bajo control empresarial, la exclusividad, y, finalmente, la sujeción al círculo rector y disciplinario de la empresa.

• **EL EMPRESARIO. CONCEPTO Y TIPOS DE EMPRESARIO LABORAL.**

Se desprende del art.1.1 E.T. que es *empresario laboral* la persona por cuya cuenta y bajo su dependencia se prestan los servicios retribuidos. Dicho de otra forma, se es empresario laboral según establece el art. 1.2. E.T. serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior (trabajadores) así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas. Pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Es empresario laboral quien contrata a un trabajador
- Será empresario laboral quien así lo haga, aunque no sea empresa desde el punto de vista de otras normas u otros sectores del ordenamiento (iglesias, entes públicos...).
- El elenco de quienes pueden ser empresarios laborales es ilimitado (desde empresa tradicional hasta el amo o ama de casa en el supuesto de contratación de empleados al servicio del hogar familiar...).

De todas estas posibilidades el ET menciona expresamente dos:

- La primera, las comunidades de bienes, aquellos supuestos en los que el que contrata como empresario carece de personalidad jurídica propia, siendo no obstante una agrupación patrimonial con la finalidad

común a la que pueden imputarse responsabilidades económicas y que, como tal patrimonio diferenciado, está dotado de alguna instancia de gestión y administración. Ejemplos: comunidades de bienes de propietarios, sociedades irregulares o herencias yacentes.

- La otra posibilidad, es la referida a las empresas de trabajo temporal, que son empresas que sólo formalmente contratan trabajadores asalariados ya que no lo hacen para utilizarlos productivamente sino para ser cedidos a otras empresas, llamadas usuarias. Se trata de un supuesto de cesión legal de trabajadores.
- La amplitud de los posibles empresarios laborales queda subrayada por la referencia legal a una persona, física o jurídica. Es decir, podrá ser empresario laboral tanto la persona jurídica pública, como jurídico privada, bajo cualquiera de las formas previstas en el ordenamiento jurídico (sociedades personalistas, anónimas, de capital, de responsabilidad limitada...).
- **LOS SUJETOS COLECTIVOS (I) : LOS SINDICATOS.**

Junto a la dimensión laboral individual, el Derecho del Trabajo cuenta con otra dimensión relevante, la colectiva. Para que este plano colectivo tenga relevancia, es necesario: que se produzca una agrupación de intereses individuales y se conviertan en un interés colectivo; para ello es necesario que entre dichos intereses individuales haya identidad o similitud de los intereses de los trabajadores; y su idoneidad para coordinarse transformándose de intereses individuales en interés colectivo. Es lo ha dado origen al Derecho Colectivo del Trabajo que comprende todo lo relativo a los fenómenos de creación y funcionamiento de los sujetos colectivos; a la institucionalización de las formas de influir en este nivel sobre las condiciones de trabajo, y finalmente, al recurso a los medios de presión, también colectivos (huelga y cierre patronal) con los que las partes tratan de obtener de la otra condiciones más favorables y ventajas.

Así pues interesa detenerse en la configuración de los sujetos colectivos por excelencia reconocidos constitucionalmente en el art.7 CE (ver), los sindicatos y las asociaciones empresariales. El art.28.1 CE establece que debe reservarse la denominación de sindicato, en cuanto expresión del derecho de libertad sindical reconocido en dicho artículo exclusivamente a la asociación de trabajadores asalariados con la finalidad de defender los intereses profesionales de éstos. Mientras que el mismo derecho por parte de los empresarios no encuentra la tutela particular que le proporcionaría el citado art. 28.1 CE sino que ha de acogerse a la genérica libertad de asociación prevista en el art.22 CE y a la protección general que a partir de dicho artículo se prevé para cualquier iniciativa asociativa. Dicho sintéticamente, los trabajadores se sindicán y los empresarios se asocian. En consecuencia los entes colectivos creados por los trabajadores se acogerán a LOLS 11/1985 de 2 de agosto, mientras que los creados por los empresarios se acogerán a la ley general de asociación o la Ley 19/1977 de 1 de abril.

El sindicato: concepto y naturaleza.

Uniendo todas las referencias normativas, **sindicato** es una asociación específica, de carácter profesional, que puede ser libremente creada y estructurada por los trabajadores por cuenta ajena, con la finalidad de desempeñar una actividad de defensa de intereses profesionales, lo que comprende, en todo caso, la participación, la negociación colectiva y el planteamiento de conflictos en lo que se refiere a las materias de su interés.

Notas definitorias:

- *Se trata de una asociación profesional de tipo particular.* Esto es, que entre sus fines está excluido la obtención de lucro alguno y que tales fines están en función de objetivos que el grupo ostenta. Tales intereses son los estrictamente laborales, pero también otros más generales, vinculados a la condición trabajadora y relacionados con condiciones de vida.
- *Es una asociación que requiere un alto grado de libertad.* Así lo establece el art.28.1 CE que se refiere tanto a la libertad positiva (de crear un sindicato, afiliarse a un sindicato..) como a la negativa (de negarse a afiliarse a sindicato alguno). Todas las manifestaciones de la libertad sindical se

encuentran descritas en el art. 2 y 4 LOLS.

- *El sindicato ha sido la organización de defensa profesional de los intereses de los trabajadores asalariados o por cuenta ajena, tal y como se refleja en el art.7 CE.*
- *El sindicato recurre a una serie de medios singulares.* Se trata del derecho de participación en la empresa (art.129.2 CE), del derecho a la negociación colectiva laboral (art-37 CE), y del derecho de adopción de medidas de conflicto colectivo, ya sea para suscitarlo o plantearlo (huelga) como para resolverlo (procedimientos autónomos de solución de conflictos, arts. 28.2 y 37 CE).

Tipos de sindicato.

Existen diferentes tipos según el criterio que se tome como referencia:

- Si se utiliza el criterio funcional o de capacidad productiva en la que están empleados los trabajadores afiliados, y el sindicato circunscribe a ella su actividad, se hablará de **sindicatos de rama o de sector** (del metal, del transporte, de la construcción...).
- Si se basa en la profesión de los afiliados de forma que el sindicato es una agrupación de trabajadores asalariados, unidos por una identidad profesional, al margen de la empresa o del sector para el que trabajan, se hablará de **sindicatos de oficio** (conductores, ingenieros, pilotos). Además se les denomina como **sindicatos de franja**, queriendo expresar con ello que son el instrumento reivindicativo de sólo una parte (una franja), de los trabajadores de la misma empresa.
- Si se utiliza el criterio geográfico o espacial en torno al cual se organiza la asociación y se ejercita la libertad sindical. Esto lleva a que un sindicato puede tener un ámbito geográfico muy limitado (**una concreta empresa**); o de carácter territorial limitado (**sindicato provincial del calzado**); o de naturaleza territorial más amplia (**sindicatos autonómicos intersectoriales**). Finalmente, lo normal, es que los sindicatos tengan un ámbito nacional o sectorial estatal, y se agrupan en grandes confederaciones nacionales intersectoriales. Además tales confederaciones suelen agruparse en supranacionalmente en organizaciones sindicales europeas o internacionales (**Confederación Europea de Sindicatos**).
- Un criterio fundamental es el relacionado con el grado de representatividad de cada sindicato. La representatividad no es sino la capacidad de sintonizar con las inquietudes y los intereses de la mayoría de los trabajadores; de constituirse en un referente de la interpretación de la realidad sindical y de las iniciativas de acción; de arrastrar a un gran número de trabajadores a las acciones colectivas declaradas o convocadas en apoyo de las reivindicaciones; de ser capaz de concluir acuerdos que satisfagan las expectativas de los trabajadores representados; y en fin, de convertirse en portavoz mayoritario de esos mismos trabajadores.

La medida de la representatividad sindical y sus consecuencias.

Los arts.6 y 7 de la LOLS establecen tres niveles de representatividad que los sindicatos pueden alcanzar:

– **El sindicato más representativo.** Se consideran sindicatos más representativos los que acrediten una especial audiencia, ya sea en el *ámbito estatal* (serán sindicatos más representativos a nivel estatal) o en el *ámbito autonómico* (siendo sindicatos más representativos sólo a este nivel). Se ha hablado de acreditar una especial audiencia que se atestigua mediante la obtención de un cierto porcentaje de delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las administraciones públicas en las llamadas elecciones sindicales. Tales porcentajes son, para la mayor representatividad estatal, del 10 por 100 o más del total (nacional) de tales delegados, miembros de comités o de juntas; para la mayor representatividad autonómica, de, al menos, el 15 por 100, del total de los mismos representantes elegidos en ese ámbito autonómico, siempre que los obtenidos por el sindicato sean, en números absolutos, un mínimo de 1.500 representantes. Los porcentajes exigidos son promedios, nacionales o autonómicos, lo que significa que un sindicato puede ser más representativo teniendo una implantación desigual según sectores; lo importante es que la media sea superior a esa cifra del 10 por 100.

Las denominadas elecciones sindicales que, convocadas normalmente por los sindicatos más representativos con una periodicidad media de cuatro años, sirven para elegir, en cada empresa o centro de trabajo y por todos los trabajadores de los mismos, estén o no afiliados, los llamados representantes legales unitarios (delegados de personal, miembros de los comités de empresa o de las juntas de personal).

La mayor representatividad también puede obtenerse de forma indirecta o *por irradiación*, cuando un sindicato que carece de esa condición se afilia, se federa o confedera con un sindicato que sí ostenta esa condición de mayor representatividad.

Las ventajas que se derivan de la condición de sindicato más representativo (art.6 LOLS) son: derecho a participar institucionalmente en órganos de las administraciones públicas, estatales o autonómicas; negociar convenios colectivos de eficacia general; promover las elecciones sindicales que miden, y renuevan, la representatividad; participar en sistemas no jurisdiccionales o autonómicos de solución de conflictos; obtener cesiones temporales de uso de inmuebles públicos; obtener financiación con cargo al presupuesto en proporción a su representatividad.

– **El sindicato suficientemente representativo.** Se trata del sindicato que, no siendo más representativo, sin embargo si tiene una implantación o una representatividad notable. En concreto, según art.7 LOLS, el mismo 10 por 100 como mínimo al referido en el sindicato más representativo, pero ahora referido al ámbito concreto donde el sindicato quiera actuar; ámbito que se establece cruzando los criterios funcional (del sector o de actividad) y geográfico (nacional, autonómico o provincial). Sus facultades son las mismas que para el sindicato más representativo salvo las de participación institucional y de obtención de la cesión de inmuebles públicos.

– En el último escalón de la representatividad se encuentran **los sindicatos poco o nada representativos**. Se trata de aquellos que no alcanzan ni siquiera ese porcentaje mínimo y desarrollan una actividad más bien testimonial ya que no pueden acceder a la negociación de los convenios colectivos de eficacia general, tienen una presencia subalterna en la convocatoria y en la gestión de los conflictos de trabajo, y no son interlocutores válidos para la empresa.

• **LOS SUJETOS COLECTIVOS (II): LA ASOCIACIÓN EMPRESARIAL Y SU REPRESENTATIVIDAD.**

La contraparte organizativa del sindicato es la asociación empresarial. Es una asociación voluntaria de empresarios que se agrupan para la defensa de sus intereses económicos, sociales y empresariales, ya sea en relación con los poderes públicos, otras organizaciones o asociaciones, o los sindicatos y representaciones de los trabajadores (art.22 CE). Como los sindicatos, se rige por el principio de libertad de creación, organización interna y afiliación tal y como señala el art. 7 CE; y ha de garantizar que su funcionamiento interno es democrático.

No hay para las asociaciones empresariales una declaración de mayor representatividad general, válida para todas las actuaciones que pretenda realizar en el terreno laboral (la regulación de estas cuestiones ha de buscarse en ET).

La representación institucional.

En lo que se refiere a la representación o participación institucional y a la cesión temporal del uso de inmuebles patrimoniales públicos están previstas en la disposición adicional sexta de ET. Conforme a este precepto, sólo tienen derecho a ella las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal, o las asociaciones empresariales de comunidad autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores. Esto quiere decir:

- Que sólo tienen derecho a esa participación y cesión de inmuebles las asociaciones empresariales que tengan como afiliadas o asociadas un número de empresas que sean, como mínimo, el 10 por 100 del total de empresas a nivel estatal y que, a su vez, ocupen a un mínimo de un 10 por 100 de todos los trabajadores a nivel igualmente estatal.
- También tiene derecho las asociaciones de comunidad autónoma que, en el ámbito de la comunidad de que se trate, alcancen el 15 por 100 de empresas asociadas y de trabajadores ocupados por esas empresas.
- Alcanzados esos niveles de representatividad, las asociaciones empresariales tendrán derecho a participar institucionalmente y lograr la cesión de inmuebles, tanto a nivel estatal como de comunidad autónoma.
- La pretensión participativa sólo puede ejercitarse por una sola organización.

La negociación colectiva.

Una de las principales facultades de toda organización, ya sea sindical o empresarial, es la de negociar convenios colectivos de eficacia general. Por parte empresarial también existen reglas que atribuyen ese derecho a las asociaciones empresariales en razón de su representatividad; naturalmente siempre que se trate de convenios de ámbito superior a la empresa porque el legitimado es siempre el empresario titular. Tales reglas se encuentran en el art. 87 ET, estableciendo que, en los convenios colectivos del ámbito que sea, aunque siempre superior a la empresa, están legitimadas las asociaciones empresariales que, en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el diez por ciento de los empresarios, en el sentido del art. 1.2 de esta Ley, y siempre que den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados. Esto significa:

- Que las asociaciones de empresarios, aun cuando sean representativas a efectos de la participación institucional, no tienen el privilegio, como los sindicatos más representativos, de poder participar en la negociación de cualquier convenio, al margen de la representatividad concreta que tengan en ese específico ámbito.
- Que la representatividad empresarial se mide comparando el número de empresas asociadas con el total de empresas del ámbito del convenio en cuestión; y, a la vez, comparando el número de trabajadores empleados en las empresas asociadas con el total de trabajadores del ámbito del convenio.

• LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LAS RELACIONES LABORALES.

Otro de los protagonistas de las relaciones laborales son los poderes públicos. Su intervención es múltiple y cumple funciones variadas. Ha de tenerse en cuenta que en el terreno colectivo de las relaciones laborales, está regido por el principio de autonomía.

La intervención estatal no puede ser excesiva y debe limitarse a cumplir funciones marginales o instrumentales como las que siguen:

- Los poderes públicos intervienen normativamente, establece las reglas de garantía de un mínimo de derechos laborales de los trabajadores individuales. También intervienen regulando aquellos aspectos del denominado orden público laboral, la intervención normativa también puede estar dirigida a proporcionar las reglas que favorezcan, fomenten o faciliten el ejercicio de la propia autonomía colectiva. Es la llamada legislación del sostén del hecho colectivo, favorecedora, en consecuencia del mismo.
- También intervienen controlando la aplicación del ordenamiento laboral, e incluso del cumplimiento de la parte normativa de los convenios colectivos.
- También intervienen en las relaciones laborales mediante la organización de un sistema de justicia que garantice el derecho a la tutela judicial y el principio de defensa.
- Finalmente, la intervención pública más debilitada se produce en la intervención administrativa.

• **EL CONCEPTO DE DERECHO DEL TRABAJO. PROBLEMÁTICA ACTUAL.**

El **Derecho del Trabajo** podría concretarse como un sector del ordenamiento jurídico, integrado por un conjunto de principios, normas y técnicas específicas de interpretación y de aplicación de sus preceptos, dirigidas a regular las relaciones laborales, tanto en su dimensión individual como colectiva, así como la intervención pública en esta materia.

Los nuevos fenómenos de la globalización, la internacionalización de la economía, las exigencias de competitividad de las empresas, las nuevas formas de trabajo, la introducción de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva, son los interrogantes que colocan en un primer plano las exigencias de las empresas y reclaman del Derecho del Trabajo la búsqueda de un equilibrio entre la tutela del trabajador y la defensa del futuro de la empresa, de la rentabilidad de la misma y de la conservación de los empleos. Ello hace que el Derecho del Trabajo avance hacia transformaciones igualmente relevantes, dejando paso a condiciones de contratación laborales y de inserción del trabajo en la organización productiva marcadas por la inestabilidad, la adaptabilidad y la flexibilidad. Un proceso donde el convenio colectivo pasa a convertirse en un instrumento de gestión del personal donde se acogen los requerimientos empresariales de cualificación, movilidad o productividad; y donde se plasman nuevos derechos de los trabajadores vinculados a la formación, promoción profesional, la conciliación de la vida familiar y laboral, o el respeto de derechos fundamentales.

TEMA 2: LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO.

• **EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO.**

Conceptos de fuentes del Derecho.

Las **fuentes del Derecho del Trabajo** son, fuentes de producción o de creación de normas jurídicas (fuentes en sentido propio, sustantivo o material), como las fuentes formales o fuentes del Derecho en sentido instrumental o traslativo.

Las **fuentes de producción**, son los poderes, instituciones, o grupos sociales con capacidad para crear Derecho o normas Jurídicas, mientras que las **fuentes formales** son los procedimientos, cauces o formas de expresión, a través de los cuales se manifiesta el Derecho. Cada fuente de producción o de creación de normas (Sociedad) se expresa mediante una o varias fuentes formales (Constitución, costumbre).

El principio de jerarquía normativa.

Dicho principio, consagrado en el art.9.3 CE, implica que entre las diversas fuentes formales, existe una ordenación jerárquica, de manera que unas son de aplicación prioritaria sobre otras. Prioridad que hace nula a la norma de inferior rango que contradice o niega a la de rango superior y que expresa la jerarquización misma de los poderes sociales de donde emanan.

Fuentes del Derecho del Trabajo.

El sistema de fuentes del Derecho del Trabajo presenta una importante peculiaridad: a los empresarios y trabajadores, a través de sus respectivos representantes, se les otorga la potestad de crear derecho (fuente de producción). Siendo fuente del Derecho del Trabajo el acuerdo o el convenio colectivo (fuente formal), nacido del poder regulador conjunto de empresarios y trabajadores.

La jerarquización de las fuentes del Derecho del Trabajo es la siguiente:

- Constitución.

- Tratados Internacionales publicados oficialmente en España.
- Leyes y disposiciones con rango de ley (Decretos-Leyes y Leyes Delegadas).
- Reglamentos.
- Convenios Colectivos.
- Costumbre local y profesional.

Destacar que el Derecho Comunitario es directamente aplicable y prevalece sobre el Derecho Interno (art.93 CE).

El art.3.1 ET se refiere a las fuentes de la relación laboral, estableciendo que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

- Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.
- Por los convenios colectivos.
- Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.
- Por los usos y costumbres locales y profesionales.
- **LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO: DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIÓN LABORAL.**

La Constitución como norma jurídica.

La Constitución es la norma superior y fundamental de nuestro ordenamiento. Por una parte, configura y ordena los poderes del Estado; por otra, establece los límites del poder y los derechos y libertades fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que los poderes públicos deben otorgar en beneficio de la Comunidad.

La Constitución es además la primera de las normas del ordenamiento, que define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que una Ley solo será válida o un reglamento vinculante si se dicta en la forma dispuesta por la Constitución y con respecto a su contenido.

Además se establecen otra garantía para su cabal aplicación: si un juez, considera que una norma con rango reglamentario es contraria a la Constitución, no debe aplicarla. Si por el contrario, la norma tuviera rango de ley y al Juez se le suscitara alguna duda sobre su constitucionalidad, antes de aplicarla debe trasladar esta cuestión al Tribunal Constitucional, a través de la denominada cuestión de inconstitucionalidad, a quien corresponde pronunciarse sobre si la Ley es o no constitucional.

En el Título I de la CE (arts.10 a 55) se enumeran los derechos y deberes fundamentales. La propia CE, en su art.53, establece dos niveles entre los derechos que la misma reconoce en función de dos criterios básicamente: los diferentes medios utilizados para proteger esos derechos y el procedimiento utilizado para defenderlos. Estos niveles son:

- Los derechos regulados en el Capítulo II del Título I (arts. 14 a 38). Se caracterizan porque:
 - Vinculan a todos los poderes públicos (eficacia inmediata).
 - Solo pueden ser regulados por Ley, teniendo que ser regulado por ley orgánica los derechos reconocidos en los arts. 15 a 29 (Derechos Fundamentales y Libertades Públicas).
 - Dentro del capítulo II del Título I podemos distinguir entre los derechos de los arts 15 a 29 que pueden ser controlados por el Tribunal Constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad (art.53.1 CE); y los derechos de los arts 30 a 38 (Derechos y Deberes de los ciudadanos), diferenciándose en que los primeros se tutelan a través de un procedimiento especial, basado en los

principios de preferencia (procedimiento es rápido) y sumariedad (eliminación de trámites en el procedimiento) y a través del Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional.

- Los Derechos reconocidos en los arts.39 a 52 o Principios Rectores de la Política Social y Económica. Se caracterizan por:
 - Necesitan de una Ley que los desarrolle para que puedan ser alegados directamente ante los Tribunales.
 - Algunas gozan de eficacia inmediata, como consecuencia de su directa vinculación con algún otro derecho constitucional dotado de la misma, tal y como sucede con el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art.42.2.CE).

El modelo de relaciones laborales en la Constitución Española.

El sistema de relaciones laborales que diseña nuestra Constitución, se enmarca en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho (art.1.1. CE). Por consiguiente, junto a los derechos individuales tradicionalmente reconocidos en las Constituciones, y que en definitiva suponen la abstención del Estado, nuestra Constitución, reconoce otros derechos de contenido social que implican una actuación por parte del Estado, a saber: respecto al empleo en general y respecto al trabajo y las condiciones para su desempeño.

Además de los derechos sociales, la CE reconoce la existencia de los llamados intereses colectivos, de trabajadores y empresarios, merecedores de una especial protección, estableciendo que los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y su funcionamiento deberán ser democráticos (art.7 CE). Si sindicatos y asociaciones empresariales se mencionan en pie de igualdad, la propia CE reconoce expresamente dos derechos fundamentales que refuerzan la posición del trabajador frente al empresario: la libertad sindical y el derecho de huelga (art.28).

Con otro nivel de garantía y protección, la CE establece otros derechos que definen el modelo de relaciones laborales: derecho a la negociación colectiva (art.37).

Derechos Fundamentales y relación individual de trabajo.

Supone plantearse qué papel juegan los Derechos Fundamentales en la relación individual de trabajo que vincula a trabajador y empresario. En principio, debe reconocerse plena eficacia a los derechos fundamentales de sindicación y huelga, de contenido inequívocamente laboral. Igual que aquellos que trasciendan e incidan en el ámbito laboral: singularmente los que supongan una discriminación, por ejemplo, para el empleo o para su mantenimiento por razón de sexo, ideología, religión o afiliación sindical. Pero el problema se plantea, con respecto a otros derechos, vinculados exclusivamente a la condición de ciudadano del trabajador (como los de libertad de expresión, derecho al honor, reunión, libertad de cátedra, etc), y que no guardan relación a priori con su condición de empleado: son los llamados derechos fundamentales inespecíficos.

El trabajador, al celebrar un contrato de trabajo, queda sujeto al poder de dirección del empresario, y cabría preguntarse hasta qué punto, el ejercicio por parte del trabajador de tales derechos podría entrar en contradicción con dicho poder de dirección y, con el derecho de libertad de empresa, consagrado en el art. 38 CE.

La respuesta viene de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) extraída de las siguientes afirmaciones de carácter general:

- La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador, de

los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano.

- No cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad a cargo del trabajador con un significado de sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial.
- Partiendo de las premisas anteriores, ello no significa, que la invocación de un derecho fundamental pueda servir para justificar la imposición al empresario de modificaciones de la relación contractual, la ruptura del marco normativo de la misma o el incumplimiento de los deberes laborales que incumben al trabajador.

El TC, viene manteniendo que la limitación de los Derechos Fundamentales por parte de las facultades empresariales solo puede derivarse en función de un juicio de proporcionalidad de la medida, que implica un triple examen:

- Juicio de idoneidad. Saber si la medida es adecuada al fin que se persigue.
- Juicio de necesidad. Saber si la medida es necesaria, en el sentido de si no hay otra más adecuada.
- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Saber si es una medida ponderada, si perjudica el interés general.

Todo ello se puede examinar seleccionando algunos D. Fundamentales para examinar su incidencia en la relación individual de trabajo, como: Libertad de expresión (art.20 CE); a la Libertad ideológica y religiosa (art.17 CE); Libertad de cátedra (art.20.1.c CE); y al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen del trabajador (art.18.1 CE).

• **NORMAS INTERNACIONALES Y COMUNITARIAS.**

Derecho Internacional del Trabajo: Tratados Internacionales y la Organización Internacional del Trabajo.

En el ámbito del Derecho del Trabajo tienen especial relevancia los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Entre las funciones de la OIT se encuentra la aprobación de convenios y el control de la aplicación de los mismos. Las manifestaciones de la OIT son.

- *Los Convenios* son acuerdos adoptados por la Conferencia, ratificados por los Estados, que quedan obligados por los mismos.
- Junto con los Convenios, la Conferencia de la OIT puede adoptar también las denominadas Recomendaciones, que son acuerdos que aunque den ser sometidos a los Estado, no crean ninguna obligación para los mismos, sino que contienen orientaciones a seguir por los gobiernos.

Eficacia de los Tratados Internacionales.

Tanto la Constitución (art.96.1) como el Código Civil (art.1.5), establecen que los Tratados Internacionales, una vez publicados, forman parte del ordenamiento interno.

Deben ser ratificados por el órgano adecuado (normalmente Parlamento), y ocupan una posición superior a las leyes, en cuanto sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional (art.96.1 CE).

Derecho Comunitario.

La Unión Europea regula, en régimen de competencia compartida con los Estados, la mejora del entorno de trabajo, las condiciones de trabajo, la información y consulta a los trabajadores, la igualdad de oportunidades en el mercado laboral, la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres y la integración de personas excluidas del mercado laboral. Quedan excluidas de la competencia normativa comunitaria las

remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal.

Para conseguir sus fines, la Unión Europea, a través de sus órganos (Consejo, Parlamento y Comisión), dicta un conjunto de normas, que constituyen el llamado derecho derivado, y cuyo conjunto forma el llamado acervo comunitario, que debe ser incorporado al derecho de cualquier Estado que ingrese en la Unión Europea.

Los tipos de normas comunitarias son:

- Los **Reglamentos**. Son disposiciones de carácter general, obligatorias y directamente aplicables, sin necesidad de una norma interna de desarrollo en los Estados miembros.
- Las **Directivas**. Son disposiciones de carácter general, obligatorias, aunque no son directamente aplicables, necesitan de una norma de desarrollo (norma de transposición).
- Las **Decisiones**. Son actos de carácter individual dirigidas a destinatarios concretos, son obligatorias en todos sus elementos y tienen aplicación directa.
- Las **Recomendaciones**. No tienen carácter obligatorio tan solo la pretensión de uniformar la política de los Estados miembros.

Eficacia interna de las normas internacionales:

- **Eficacia interna del Derecho Comunitario.**

Las normas comunitarias prevalecen sobre el derecho interno (art.93 CE). No es precisa la publicación en el BOE, bastando la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOCE).

- **El Tribunal de Justicia de la Unión y el efecto de sus sentencias sobre el ordenamiento interno.**

El Tribunal de Justicia tiene competencias consultivas y contenciosas. Así mismo, controla la legalidad de los actos jurídicos emanados de las instituciones europeas así como su conformidad y adecuación a los tratados constitutivos. El control se realiza directamente, mediante el recurso de anulación dentro de los dos meses después de su publicación.

- **LA LEY Y EL REGLAMENTO.**

Las Leyes.

Norma jurídica de carácter general que emana del Estado. Es el acto únicamente publicado como tal en el BOE o Boletín Oficial de las Comunidades Autónomas, que expresan un mandato normativo de los órganos que tienen constitucionalmente atribuido el poder legislativo (Parlamento, Cortes Generales y Asambleas Legislativas de las CCAA).

Clases de Leyes:

- **Leyes orgánicas** (art.81 CE). Se definen por la reserva de regulación de determinadas materias; y debe ser aprobada por mayoría absoluta del Congreso en una votación final a la totalidad del proyecto. En materia laboral, los derechos de libertad sindical y de huelga se reservan a ley orgánica.
- **Leyes ordinarias**. No necesitan de votación final con mayoría absoluta del Congreso.

- **Legislación delegada.** A través de la delegación legislativa, se autoriza al Gobierno para dictar normas con rango de Ley, a través de dos tipos de normas:

*Decreto leyes (art.86 CE), son disposiciones legislativas provisionales, que se dictarán por el Gobierno en casos de extraordinaria y urgente necesidad. Deben ser derogados o convalidados por el Congreso a los 30 días de su promulgación.

*Decreto legislativo (art.82 CE), se trata de supuestos en los cuales, las Cortes, delegan en el Gobierno, la potestad de dictar normas con rango de Ley. El Parlamento, a través de una ley de delegación, encomienda al Gobierno la regulación de una determinada materia, y atribuye a la norma dictada el rango de ley. La legislación delegada puede asumir dos formas: El *Texto Refundido*, que consiste en sistematizar y articular en un texto único una pluralidad de normas que inciden sobre un mismo objeto; y el *Texto Articulado de Ley de Bases*, donde la delegación se lleva a cabo a través de una ley de bases aprobada por el Parlamento, cuyo desarrollo y articulación se encomienda al Gobierno.

En nuestro ordenamiento laboral, una de las normas básicas que adopta esta forma, es el Estatuto de los Trabajadores.

Reglamentos.

Toda norma de carácter general que proviene del Ejecutivo, excluidos los Decretos-Leyes y los Decretos Legislativos. Se denominan *Decretos* los reglamentos adoptados por el Consejo de Ministros y *Ordenes Ministeriales*, los reglamentos adoptados por los Ministros. Tiene un carácter subordinado a la ley, y juega un papel de desarrollo y complemento de lo dispuesto por la Ley. Se regulan con carácter reglamentario, las relaciones laborales de carácter especial (altos directivos, deportistas profesionales, personal al servicio del hogar familiar, etc).

• LA AUTONOMÍA COLECTIVA COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO: CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS.

La autonomía colectiva: el derecho a la negociación colectiva.

El Derecho del Trabajo cuenta con una fuente material que le es propia, la autonomía colectiva, es decir, el poder conferido a los representantes de los trabajadores y empresarios de regular las relaciones de trabajo, por medio de acuerdos vinculantes (art. 37 CE).

Siendo el Convenio Colectivo la manifestación típica de la autonomía colectiva, en tanto que es el acuerdo entre representantes de los trabajadores y empresarios para la regulación de las condiciones de trabajo.

Relaciones ley / convenio.

Los tipos básicos de relaciones entre ley y convenio son los siguientes:

- **Suplementariedad:** La ley fija unos mínimos que pueden ser superados por el convenio. Por ejemplo, número de pagas extraordinarias (art.31 ET).
- **Supletoriedad:** La ley otorga soberanía al convenio, permitiendo que sea éste quién regule una materia, si bien aquélla contiene alguna previsión residual para el supuesto de que la fuente colectiva no prevea nada sobre la materia de que se trata. Por ejemplo, respecto al periodo de prueba (art.14.1 ET).
- **Complementariedad:** La ley y el convenio regulan conjuntamente, de forma completa una

determinada cuestión, estableciendo la ley una regla general, y llamando al convenio a completar los detalles de la misma. Por ejemplo, en materia de clasificación profesional (art.22 ET).

- **Remisión:** La ley remite la regulación de una materia al convenio colectivo. Por ejemplo, respecto a la promoción económica en función del trabajo desarrollado (art.25.1 ET). Puede dar lugar a un vacío normativo.
- **Exclusión:** La ley regula una determinada materia de forma exclusiva, impidiendo que la negociación colectiva pueda entrar en la misma. Por ejemplo, la edad de admisión al trabajo (art.6.1 ET).

Los acuerdos o pactos de empresa.

Se encuentran en una relación de subsidiariedad respecto al convenio colectivo, ya que solo pueden pactarse en el caso de que el convenio no regule determinadas materias.

• OTRAS FUENTES: COSTUMBRE Y USOS DE EMPRESA. EL PAPEL DEL CONTRATO DE TRABAJO.

La costumbre laboral y los usos de empresa.

La **costumbre laboral** puede ser definida como *la norma creada e impuesta por el uso social*. Según el Código Civil (art.1.3), la costumbre es fuente del derecho, siempre que se trate de una costumbre probada; lícita; y tenga el carácter local y profesional de la costumbre.

La costumbre se aplica en dos supuestos: en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales; y en los casos de remisión expresa o recepción (costumbre llamada). Tiene un papel residual debido al protagonismo del Convenio Colectivo.

Los **usos de empresa**, nacen de una repetición de conductas en la empresa que inciden en determinadas condiciones laborales de una colectividad de trabajadores. No alcanzan el rango de fuente del derecho y su existencia práctica es ciertamente residual, dado que el convenio colectivo es la llamada a sustituirlos.

El papel del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo no es fuente del derecho, sino fuente de la relación laboral (art.3.1.c ET). Lo que quiere decir que la relación laboral entre empresario y trabajador se rige, además de por las leyes y convenios, por la voluntad de las partes expresada en el contrato de trabajo, que, en ningún caso, puede establecer condiciones menos favorables que las previstas en las leyes o convenio de aplicación.

El contrato es manifestación de la autonomía individual de los sujetos (empresario y trabajador). El problema es determinar hasta que punto el acuerdo individual libremente alcanzado por los sujetos puede contradecir lo pactado en el convenio. Manifestación concreta de lo anterior la tenemos en los denominados *pactos individuales en masa*, en los que la empresa llega a una serie de acuerdos individuales con gran número de trabajadores, contravieniendo algún punto concreto del convenio colectivo. Así, los Tribunales han admitido en algún caso, los acuerdos contractuales contrarios a la letra de un pacto colectivo, cuando en el núcleo de tal acuerdo se detectase un potencial beneficio para el trabajador, pues lo que el art.3.1.c ET lo que prohíbe es causar al trabajador un perjuicio.

Por lo que, la autonomía colectiva y la individual no se encuentran en relación de oposición, sino de complementariedad.

• INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES.

Problemas de aplicación del Derecho del Trabajo.

La aplicación del derecho consiste en el conjunto de actividades llevadas a cabo para ajustar la realidad a los dictados de las normas jurídicas.

El juez o en general, quién deba aplicar el derecho, debe seleccionar la norma o normas aplicables, y una vez seleccionadas, debe fijar su sentido y establecer su significación, esto es, debe interpretarlas. Sin embargo, la búsqueda de cual debe ser la norma aplicable, en el Derecho del Trabajo se presenta más compleja por la diversidad del sistema de fuentes, por lo que, es preciso acudir para solventarlos además de a los principios generales de aplicación del ordenamiento jurídico a otros propios del Derecho del Trabajo.

Los principios generales de aplicación de las fuentes del Derecho, son:

- **Principio de jerarquía normativa** (art.3.2 ET y 9.3 CE). Por el cual, la norma de rango superior prevalece, y es de aplicación preferente, sobre la norma de rango inferior.
- **Principio de modernidad.** Conforme al cual, entre dos normas iguales en rango, prevalece y se aplica la más moderna.
- **Principio de especialidad.** Entre varias normas que contemplen una misma situación de hecho, iguales en rango, se aplica la que tenga una conexión más estrecha con el objeto de regulación.

Junto a los anteriores principios existen otros de aplicación característicos del Derecho del Trabajo, que a continuación se analizan.

Principio de norma mínima.

En primer lugar conviene distinguir entre normas de derecho imperativo o necesario (o ius cogens) y normas de derecho dispositivo. Las primeras imponen una determinada conducta, mientras que las segundas permiten a las partes regular –disponer de– sus derechos y obligaciones como estimen oportuno.

Las normas de derecho necesario, pueden ser a su vez de derecho necesario absoluto, que no admiten otra regulación distinta (por ejemplo, el plazo de caducidad de 20 días establecido para presentar la demanda de despido, art.59.3 ET) o derecho necesario relativo, que establecen un límite para la autorregulación por las partes, que no pueden regular sus relaciones por debajo de ese límite mínimo, pero si pueden superarlo (por ejemplo, la duración de las vacaciones nunca podrá ser inferior a 30 días naturales pero si superior). Pues bien, a estas normas de derecho necesario relativas, se pueden denominar como normas mínimas.

En el Derecho Laboral, por influjo del principio pro operario, resulta que, ese mínimo que debe respetarse, se fija a favor de los trabajadores, por lo que, desde el punto de vista de la producción normativa, cada norma laboral condiciona el contenido de las que le siguen en rango, en el sentido de que la norma laboral debe tener en cuenta que las condiciones de trabajo establecidas en las normas de rango superior, no pueden ser modificadas en perjuicio del trabajador. Esto conlleva que sean nulas o no deban ser aplicadas por los Tribunales, aquellas normas que impliquen una minoración de los derechos mínimos establecidos por otra de superior rango a favor del trabajador.

Principio de norma más favorable.

El principio, pretende resolver los problemas de concurrencia conflictiva de normas que se suscitan cuando dos o más normas laborales vigentes y, en principio aplicables, contemplan un mismo supuesto de hecho. En este caso, se aplica la que se considere en su conjunto más favorable para el trabajador. (art.3.3 ET) Si el tema es cuantificable se tendrá en cuenta la que sea más favorable en cómputo anual, siendo en última instancia el juez, si el criterio de favorabilidad no coincide entre empresario y trabajador, quien decide cual se aplica según este principio.

Ahora bien, este principio no opera en todos los casos de concurrencia entre normas. Respecto a las normas estatales, el ET establece como regla general el papel subordinado del Reglamento a la Ley, por lo que no cabrá regulación reglamentaria más favorable, salvo que la Ley lo permita expresamente (art.3.2). No juega tampoco respecto de la costumbre, para la que rige sin más, el principio de jerarquía normativa, ya que sólo se aplica en defecto de ley. Por tanto, el supuesto típico de aplicación del mismo será el conflicto entre norma estatal interprofesional (ley o reglamento) y norma pactada (convenio).

Principio de condición más beneficiosa.

Puede definirse, como el principio en virtud del cual el trabajador conserva las condiciones de trabajo (salario, jornada, etc) adquiridas por contrato o acto unilateral del empresario, cuando resulten más beneficiosas que las contenidas en la nueva norma o convenio que derogue a otra u otro anterior.

No se trata de un principio general del Derecho, sino una creación jurisprudencial, que debe ser matizada, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

- La condición más beneficiosa, puede nacer del contrato o de un acto unilateral gracieable del empresario, o lo que es lo mismo, no cabrá condición más beneficiosa cuando la misma venga disfrutada en virtud de lo establecido en un mandato general e impersonal, como puede ser una ley, decreto, o convenio colectivo. Es decir, si en convenio colectivo se establece que los trabajadores afectados por el mismo percibirán tres pagas extraordinarias al año, nada impide que un convenio posterior fije el número de pagas en dos. Respecto a las leyes y convenios juega el principio de modernidad, de forma que la norma posterior deroga a la anterior.
- Es necesario que la condición más beneficiosa se haya incorporado al contrato de trabajo en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo. Para considerar una condición como más beneficiosa, no basta la repetición o la persistencia en el tiempo, sino que es preciso que esa actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o en el convenio, lo que ha podido acontecer por usos o acuerdos informales. La mayor dificultad es determinar cuando existe una condición más beneficiosa. En principio la condición más beneficiosa se modera por el juego de la absorción y compensación de condiciones, conforme al cual, las mejoras de orden normativo no se adicionan a las condiciones más beneficiosas disfrutadas a título individual, sino que, salvo estipulación en contrario, las condiciones más beneficiosas quedan neutralizadas por las mejoras (art.26 ET). La compensación y absorción sólo pueden afectar a condiciones homogéneas, es decir, aquellas con una finalidad análoga. Por ello, la compensación y absorción sólo tienen lugar entre condiciones salariales o traducibles numéricamente. Cabe, sin embargo, que el contrato o convenio, configuren las condiciones como no compensables o absorbibles.

Principio de irrenunciabilidad de derechos.

Según establece el art.6.2 Código Civil la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros. Sin embargo, en el Derecho Laboral, aparece consagrado el principio de irrenunciabilidad de derechos, al establecer el art.3.5 ET que los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por Convenio Colectivo.

La finalidad del principio, que supone una excepción a la autonomía de la voluntad, es proteger al trabajador,

cuya situación económica y social es menos privilegiada y, por consiguiente, puede ser más vulnerable a resistirse a la presión de renunciar a los derechos reconocidos a la hora de acceder a una contratación o para su mantenimiento. Esta protección alcanza, como no, a todos los derechos reconocidos por convenio colectivo aunque el ET distinga a los que se les reconozca como indisponibles.

No debe confundirse, sin embargo, la renuncia que sería ineficaz y nula, con la transacción que puede no serla. La transacción entendida como un contrato para la evitación de pleitos, goza de legalidad, siempre que se trate de actos de presente en los que la libertad de decisión de las partes se exteriorice en determinadas manifestaciones de voluntad. Estos pactos válidos pueden alcanzarse extrajudicialmente, en el trámite de conciliación, previo al proceso laboral, o en el propio proceso, ante el juez.

Interpretación de las normas laborales.

Una vez seleccionada la norma aplicable, es preciso atribuirle de sentido. La interpretación se puede definir, por tanto, como la captación del significado de una proposición normativa, o, más exactamente, la atribución de sentido o significado al ordenamiento como conjunto y a cada uno de las partes que formen parte de él.

Los criterios de interpretación de las normas laborales son, en principio, los generales contenidos en art.3.1 del Código Civil, conforme al cual, las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

En el Derecho del Trabajo, junto a los criterios de interpretación generales, rige el principio *in dubio pro operario*, conforme al cual de entre dos o más sentidos de la norma, ha de acogerse aquel que, en cada caso, resulte más conveniente para el trabajador. La jurisprudencia ha matizado que el principio no puede aplicarse en ningún caso en relación con las reglas en materia de valoración de la prueba, de modo que sólo puede ser aplicado cuando existan dudas en la determinación de los efectos jurídicos de una situación de hecho probada, pero no respecto a la valoración de las pruebas, ya que en esta materia rigen los principios generales que rigen la carga de la prueba y la valoración de la misma.

TEMA 3: LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

• EL DOBLE CAUCE DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.

En la empresa es evidente la contraposición de intereses entre empresario y trabajadores, lo que conlleva la necesidad de que el derecho arbitre mecanismos que permitan expresar y canalizar ese conflicto de intereses. Por estas razones, el ordenamiento reconoce y favorece que existan instrumentos de representación de los intereses de los trabajadores, que se constituyan en interlocutores del empresario, actuando en nombre del colectivo de trabajadores, promocionando y defendiendo los intereses de la colectividad de trabajadores.

En principio, cabría distinguir dos grandes modelos de representación colectiva de los trabajadores en la empresa. Ambos modelos no son necesariamente excluyentes. Por un lado, a través de la **representación sindical**, es el propio sindicato, quién se encarga de la defensa de los intereses de sus afiliados dentro de la empresa, a través de los órganos ad hoc. Por otro, mediante la **representación unitaria**, como forma de representación, al margen del cauce de acción del sindicato y articulada a través de órganos de representación del conjunto de los trabajadores de la empresa, con independencia de su afiliación sindical.

En el ordenamiento jurídico español, la representación de los intereses de los trabajadores se regula en distintas normas, y, hay dos vías o cauces distintos de representación. Por una parte, *la representación sindical*, regulada en los 7 y 28 de la CE, cuya regulación ha sido precisada a través de la LOLS, reconociendo a las *Secciones Sindicales* y *Delegados Sindicales*. Junto a la representación sindical, en nuestro ordenamiento, es posible que existan otras formas representativas de la empresa, *la representación unitaria*

(Comités de empresa y Delegados de Personal), de creación legal, cuya regulación se contiene en el Título II del ET, que se apoya tanto en el art.129 y 37 de la CE.

Por tanto, ambos modelos de representación, las sindicales y las unitarias, van a convivir y coincidir en un mismo ámbito de actuación: la empresa.

- **LA REPRESENTACIÓN UNITARIA DEL PERSONAL: TIPOLOGÍA, COMPETENCIAS Y GARANTÍAS.**

Tipología.

- **La representación unitaria: caracteres.**

La representación colectiva o unitaria de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo, presenta las siguientes características:

- Es una representación que afecta a la totalidad o conjunto de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo, con independencia de su eventual y diversa afiliación sindical (Obligatoria).
- Es de carácter electivo, en la medida de que es elegida libremente por todos los trabajadores de la empresa a través de un procedimiento cuidadosamente regulado.
- Es una representación prevista y regulada por la ley obligatoria si los trabajadores deciden libremente su establecimiento en la empresa. Puede, por tanto, existir o no. En las microempresas (con menos de 6 trabajadores), no está legalmente prevista su existencia.

Los órganos de representación previstos por el ET son: los Delegados de Personal y los Comités de empresa. La existencia de una u otra forma de representación viene determinada por el número de trabajadores del centro de trabajo o empresa. En este sentido, la base para la constitución de los órganos de representación unitaria no es la empresa, sino *el centro de trabajo*, definido en el art.1.5 ET como la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral. Cuando el ET utiliza, arts.62.1 y 63.1, la disyuntiva en la empresa o centro de trabajo, lo hace para referirse a las empresas con un solo centro, estableciendo, distintos criterios correctores, para el caso de empresas con más de un centro de trabajo.

El carácter alternativo de los órganos de representación unitaria y su constitución en función del número de trabajadores representados es absolutamente imperativo, sin que pueda alterarse por la negociación colectiva. Su principal distinción la encontramos en la distinta forma de su elección y en el ejercicio de sus funciones.

- **Delegados de Personal.**

Son órganos de representación unitaria de los trabajadores que deberán ser elegidos en las empresas o centros de trabajo cuando cuenten con más de diez trabajadores y menos de cincuenta. No obstante, aquellos centros de trabajo que tengan seis y diez trabajadores podrán tener un delegado si así lo deciden los trabajadores por mayoría.

En los centros de trabajo hasta treinta trabajadores puede haber un delegado, y a los centros que tengan de treinta y uno a cuarenta y nueve trabajadores les corresponden tres delegados.

Los delegados de personal ejercen sus funciones de representación ante el empresario para las que han sido elegidos de forma mancomunada.

Las competencias y las obligaciones frente al empresario que les otorgan el ET son las mismas que las establecidas para los miembros de los Comités de empresa.

- **Comités de Empresa.**

Es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores.

El número de miembros que lo integran varía en función del número de trabajadores del centro de trabajo; así, para los centros de 50 a 100 trabajadores corresponden cinco miembros, aumentando de cuatro en cuatro miembros según una escala determinada, hasta 75 miembros como máximo (art.66 ET).

Para solventar vacíos de representación que pudieran producirse en empresas que, contando con diversos centros de trabajo, en algunos de sus centros no alcancen la cifra de trabajadores necesarios para constituirse comité y en otros si, el ET establece dos reglas en su art.63. ET:

- la empresa que tenga en la misma provincias o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo, cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un *comité de empresa conjunto*
- y, cuando en unos centros tengan 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro.

Para su funcionamiento interno, elaborarán su propio reglamento de procedimiento, remitiendo una copia a la empresa y otra a la autoridad laboral para su registro. Contarán con un presidente y un secretario elegidos entre sus miembros, debiendo reunirse regularmente.

- **Comité Intercentros.**

Con objeto de poder articular la representación unitaria en aquellas empresas que cuenten con diversos centros y distintos comités, el ET (art.63.3) prevé, de forma voluntaria a través del convenio, la posibilidad de constituir un *comité intercentros*, que represente al conjunto de los comités de centro. Para que exista es preciso, que su existencia esté contemplada en el convenio aplicable a la empresa.

Podrá tener un número máximo de trece miembros, designados de entre los componentes de los distintos comités de centro, guardándose para su constitución la debida proporcionalidad sindical en función de los resultados electorales considerados globalmente.

Las funciones y competencias serán las que expresamente se fijen por el convenio colectivo que lo ha creado y no otras. Sus decisiones deben ser adoptadas por mayoría.

Las garantías para sus miembros son las mismas que las establecidas para los del comité de empresa al tener la doble condición: los miembros del comité intercentros se eligen de entre los miembros de los distintos comités de centros.

- **El Comité de empresa europeo.**

La importancia de los mismos es, regulados en la Ley 10/1997, de 24 de abril, no solo por los requisitos que deben reunir las empresas para su constitución, sino por sus funciones, únicamente de información y consulta. Alternativamente a la existencia del comité de empresa europeo, se prevé la existencia de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores sobre aquellas cuestiones transnacionales que puedan afectar a sus intereses.

Las previsiones sobre el comité de empresa europeo, o el procedimiento alternativo de información y consultas, se aplican a las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria. Son empresas de dimensión comunitaria aquellas que:

- Tengan al menos 1000 trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros.
- Den empleo en, al menos dos Estados miembros, a 150 trabajadores en cada uno.

Por otro lado, se entiende por grupo de empresas de dimensión comunitaria aquellos grupos que:

- Tengan no menos de 1000 trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros.
- Comprendan, al menos dos empresas en Estados miembros diferentes.
- Una empresa del grupo, al menos, emplee a 150 trabajadores en un Estado miembro, y otra de las empresas del grupo otros tantos en otro Estado miembro.

El que exista comité de empresa europeo dependerá del resultado de una negociación, iniciada por la dirección central de la empresa o grupo, a iniciativa propia, o previa petición escrita de al menos 100 trabajadores o de sus representantes, que pertenezcan, al menos, a dos centros de trabajo de la empresa o grupo situados en Estados miembros diferentes. Se constituirá en todo caso el comité si la dirección central de la empresa rechaza las negociaciones o éstas no concluyen con acuerdo, pasados tres años desde el comienzo de la negociación. El acuerdo que cree el comité, regulará su composición y funciones.

Constituido el comité, sus normas de funcionamiento se establecen por reglamento interno, siendo sus gastos sufragados por la dirección central.

El comité se integra por miembros que representan a los trabajadores de cada Estado miembro donde la empresa o grupo tenga centros de trabajo o empresas. La designación de los miembros del comité ha de recaer en un trabajador que ostente la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

Las competencias del comité son esencialmente de información y consulta sobre aquellas cuestiones que afecten al conjunto de la empresa o grupo o, al menos, a dos centros de trabajo o empresas situados en Estados miembros diferentes. Tiene derecho a mantener, al menos, una reunión anual con la dirección central de la empresa o grupo.

Para el ejercicio de sus funciones, se establecen una serie de garantías y facilidades, algunas añadidas a las que le corresponden por ser representantes nacionales (por ejemplo, un crédito horario adicional de 60 horas), a la vez que adquieren el deber de confidencialidad sobre la información que reciban.

Proceso de elección y duración del mandato.

• Proceso de elección (arts.67 y 69–76 ET).

El procedimiento electoral para elegir los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, es un proceso libre y democrático, en el que pueden participar como *electores*, todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de 16 años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes, mediante su voto, personal, libre, secreto y directo. Y como *elegibles*, los trabajadores que tengan 18 años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses.

El número de representantes a elegir depende del número de trabajadores en los centros de trabajo de la empresa, con alguna singularidad en cuanto al tipo de contrato y del aumento o disminución de la plantilla.

Para determinar el número de representantes de los trabajadores, dada la diversidad de tipos de contratos, el

ET en el art.72 establece las dos reglas siguientes:

- Los trabajadores fijos discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de trabajo de duración determinada superior a un año, se computarán como trabajadores fijos de plantilla.
- Los contratados por término de hasta un año, se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección. Cada 200 días trabajados o fracción se computará como un trabajador más.

En el caso de aumento de plantilla, el Real Decreto 1844/94, prevé (art.13.1) que en el caso de que en un centro de trabajo se produzca un aumento de plantilla que implique la adecuación del número de representantes, con arreglo a las escalas de los arts. 62.1 y 66.1. se podrá promover elección parcial par cubrir los puestos vacantes derivados de la nueva situación.

En caso de disminución de plantilla el Real Decreto citado (art.132), remite al último párrafo del 67.1 ET, que establece que los convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

El procedimiento electoral está sujeto a unas minuciosas reglas establecidas en el Título II del ET, desarrollado en este punto por el Reglamento de elecciones aprobado por el Real Decreto 1884/1994, de 9 de septiembre, que de forma general y esquemática se describe a continuación.

Este procedimiento es de exclusiva incumbencia de y para los trabajadores y es para los trabajadores, aunque compete al empresario facilitar el proceso electoral mediante: proporcionar los datos necesarios para elaborar los censos y listas electorales, así como facilitar toda la logística necesaria para la constitución de las Mesas electorales y par el buen desarrollo de todas las fases del proceso, incluidos los medios precisos para efectuar la votación. Debe conocer por tanto el empresario la intención de abrir o iniciar el proceso electoral con objeto de poder cumplir con estas obligaciones, y por consiguiente se le deben de comunicar todas aquellas actuaciones que le afecten.

El empresario puede designar a un representante suyo que asista a la votación y al escrutinio (art.74 y 75 del ET).

• **Promoción de las elecciones.**

Es el acto que pone en marcha todo el proceso, y puede producirse por: creación de nuevos centros de trabajo o nuevas empresas; por aumento de la plantilla de trabajadores del centro de trabajo; y por haber llegado al término del mandato de los representantes a partir de una elección anterior.

Las elecciones las pueden promover, en el tiempo y en la forma legalmente establecida, las organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo de un 10 por 100 de representantes en la empresa y los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario.

La decisión debe ser comunicada a la Oficina Pública dependiente de la Autoridad Laboral y a la empresa, con un mes de antelación mínimo al comienzo del proceso electoral propiamente dicho que se inicia con la constitución formal de la Mesa electoral.

• **Constitución de la Mesa electoral.**

Se constituye una Mesa por cada colegio electoral de 250 trabajadores o fracción. A estos efectos y a los de votación, hay que tener en cuenta que para las elecciones a comité de empresa se distribuye el censo electoral en dos colegios: uno integrado por los técnicos y administrativos y otro por los trabajadores especialistas y no

cualificados. Se puede crear un tercero por convenio colectivo, en función de la composición profesional del sector de actividad productiva o de la empresa.

La Mesa, se constituye y se forma por un presidente (trabajador de mayor antigüedad en la empresa) y dos vocales (los electores de mayor y menor edad, actuando este último como secretario). Todos ellos cuentan con los respectivos suplentes. La jurisprudencia ha señalado que la empresa debe abonar a los componentes de la mesa el salario correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo, sin obligación de retribuir el tiempo de votación y escrutinio fuera de jornada como si se tratara de horas extraordinarias.

Cada candidatura podrá designar un interventor, y asimismo el empresario podrá designar un representante que asista a la votación y al escrutinio.

Corresponde a la Mesa electoral ejercer las funciones esenciales del procedimiento electoral: impulsar, vigilar y desarrollar todo el proceso electoral.

• **Presentación de candidaturas.**

Corresponde a los sindicatos de trabajadores legalmente constituidos, o coaliciones de estos con una denominación concreta a quien atribuir después los resultados, así como los trabajadores, si su candidatura está avalada con un número de firmas de electores de su mismo centro y colegio equivalente, al menos, a tres veces el número de puestos a cubrir.

• **Votación y atribución de resultados.**

La votación se realizará en el centro o lugar de trabajo y durante la jornada laboral. La forma de votación tiene un sistema diferente –listas abiertas o cerradas–, según se trate de elección de delegados de personal o de comité de empresa.

En el caso de la elección de delegados de personal, el trabajador señala por los que opta de los candidatos proclamados que figuran todos en su papeleta de votación, en forma de lista abierta, ordenada alfabéticamente con indicación del sindicato, coalición sindical o grupo de trabajadores que los presenten.

En la elección de comités de empresa, por el contrario, cada trabajador da su voto a una sola de las candidaturas presentadas, cuyos componentes figuraran en una lista cerrada y bloqueada, lo que significa que una vez que se ha escogido aquella por la que vota no puede modificarse añadiendo, excluyendo algún nombre o alterando su orden.

Inmediatamente después de celebrada la votación, la mesa electoral procederá públicamente al recuento de votos mediante la lectura en voz alta por el presidente de las papeletas.

La diferencia de sistemas de votación expuestos tiene su reflejo en la atribución de resultados. En el caso de elección de delegados de personal, resultarán elegidos los candidatos que obtengan el mayor número de votos (sistema mayoritario puro). Y, en el caso de elección de comités de empresa, el sistema es el de representación proporcional, dentro de cada lista resultarán elegidos los candidatos de acuerdo con el orden en que aparezcan.

La atribución de resultados no solo sirve para determinar los órganos de representación unitaria de los trabajadores, comités de empresa y delegados de personal, sino también para fijar el nivel de representatividad de los sindicatos en función de la audiencia electoral que sus candidaturas hayan obtenido en este proceso, es decir el número de miembros de comités de empresa y delegados de personal que se les haya atribuido, no el número de votos conseguido.

Del resultado del escrutinio, y de las incidencias habidas, se levanta un acta, que será firmada por los

integrantes de la mesa y, si hubieran sido designados, por los interventores de las candidaturas y el representante del empresario. Una copia del acta, se remite al empresario, a los interventores de las candidaturas y a los representantes electos, debiéndose publicar el resultado de la votación dentro de las 24 horas siguientes a la terminación de la redacción del acta del escrutinio. Además, el presidente de la mesa, deberá presentar, en el plazo de tres días el original del acta a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral para su registro.

- **Duración del mandato, revocaciones y sustituciones.**

La duración del mandato de los delegados de personal y miembros de comités de empresa será de cuatro años; finalizando ese plazo conservaran sus funciones, competencias y garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones, pudiendo ser reelegidos en sucesivos períodos electorales.

Esta duración del mandato puede verse reducido por distintas causas: por muerte del representante, por pérdidas de condiciones de elegibilidad (cese del trabajador como consecuencia de un ascenso, un miembro del comité cambia de categoría, y ello conlleva un cambio de colegio electoral), por dimisión del representante, por revocación acordada por los electores, y en los supuestos de transmisión de empresas (art.44.5 ET).

La sustitución o cobertura de las vacantes que se produzcan, sea cualquier su causa, se realizará de acuerdo con las siguientes normas:

- Si la vacante es de un delegado de personal, al ser un sistema de elección por listas abiertas, se cubrirá automáticamente por el siguiente trabajador con más número de votos válidos obtenidos.
- Si la vacante es de un miembro del comité de empresa, al ser un sistema de listas cerradas y bloqueadas, se cubrirá automáticamente por el trabajador que le siga a continuación según el orden de la lista a la que pertenezca el sustituido.

Funciones y competencias (art.64 y otros ET).

Las funciones y competencias de la representación unitaria, se pueden clasificar en:

- **De negociación y de acuerdos.**

Los delegados de personal y comités de empresa disponen legalmente de legitimación para negociar, en representación de los trabajadores, convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior de eficacia personal general, lo que significa que el convenio se va a aplicar al conjunto de los trabajadores a quien representan y en cuyo nombre negocian (art.87.1 ET).

Además pueden negociar los denominados acuerdos o pactos de empresa, que frente al convenio colectivo, que trata de regular de una manera completa el conjunto de las relaciones laborales en la empresa, los pactos se refieren generalmente a materias concretas, por ejemplo, acuerdo sobre despidos colectivos fundados en causa económicas, técnicas, organizativas y de producción (art. 51.4 ET).

- **De información.**

Hay que distinguir entre derechos de información pasiva (materias sobre las que deben ser informados los representantes de los trabajadores), y derechos de información activa (materias sobre las que deben emitir informe los representantes de los trabajadores).

Derechos de información pasiva.

El ET contempla la obligación del empresario de informar a los representantes de los trabajadores sobre muy variadas cuestiones, como: información de la situación económica y contable de la empresa; información sobre contratación laboral; información sobre determinadas modificaciones en la relación laboral (por ejemplo sobre el traslado a trabajadores a un centro de trabajo distinto de la propia empresa, que exija cambio de residencia, art.40.1); información sobre la imposición de sanciones por faltas muy graves; e información sobre el absentismo y la siniestralidad en la empresa.

Derechos de información activa.

Los órganos de representación de los trabajadores, no sólo tienen derecho a recibir información, sino también deben emitir informe sobre una serie de materias, y entre ellas: la organización del trabajo en la empresa (p.e. planes de formación profesional); modificación colectiva de determinadas condiciones de trabajo (p.e. reducciones de jornada); en los casos de modificación del status jurídico de la empresa que afectan al volumen de empleo (p.e. fusión o escisión de empresa); sobre reestructuraciones de plantilla, y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquélla; y en el expediente contradictorio abierto a los representantes de los trabajadores en supuestos de sanciones por faltas graves o muy graves.

Los informes tendrán carácter de preceptivos u obligatorios, aun cuando no son vinculantes

• De vigilancia y control.

Son competencias atribuidas en esta materia:

- La vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor.
- La vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene en el desarrollo del trabajo en la empresa (art.64.1 ET, desarrollado por la Ley 13/95 de Prevención de Riesgos Laborales). En las empresas o centros con seis o más trabajadores, aparte de los órganos de representación unitaria, existe una representación especializada (*delegados de prevención*), designados por y entre los representantes de personal (art. 35.2 LPRL).

• Otras funciones y competencias.

Son también competencias y funciones de los representantes de los trabajadores:

- La participación, como se determine pro convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o sus familiares.
- La colaboración con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, de acuerdo con lo pactado en los convenios colectivos.
- La incoación del procedimiento de regulación de empleo, si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario podría causar perjuicios de imposible o difícil reparación (art. 51.9 ET).
- Competencias en materia de conflictos colectivos (art. 3.2 RDL 17/1977, de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo).

• Obligaciones de los representantes de los trabajadores.

Como contrapartida los representantes de los trabajadores están obligados a:

- Guardar sigilo profesional respecto de la información que les facilite el empresario (art.65 ET).
- Respecto de los trabajadores a quien representan, tienen la de informarles de todos los temas y cuestiones

relativas a sus competencias generales, en cuanto directa e indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales.

El equilibrio de estas dos obligaciones se obtiene, concediendo prevalencia a uno u otro deber mediante la ponderación de los factores, según la jurisprudencia.

Garantías y facilidades.

• Concepto y fundamento.

Las **facilidades**, serían aquellos instrumentos y medios que les proporciona el ordenamiento para un eficaz desempeño de su función representativa; y las **garantías**, o mecanismos arbitrados por el derecho, para la modalización y control del ejercicio de los poderes empresariales cuando estos tengan como destinatario a un representante de los trabajadores.

• Garantías.

Las garantías concebidas a los representantes de los trabajadores, son de muy diferente alcance.

Garantías frente al ejercicio del poder de disciplina del empresario.

Dichas garantías pueden ser de orden procedimental (imponiendo formalidades adicionales al ejercicio del poder disciplinario) o material (limitando el propio contenido de ese poder respecto a determinadas cuestiones). En el ET se establecen las siguientes garantías:

- La necesidad de apertura de expediente contradictoria en el caso de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal (art.68.a ET). Se trata de una garantía procedimental o formal que se limita a establecer la obligación de tramitar el expediente, sin decir nada sobre los principios o que lo presiden o la forma de tramitarlo.
- Los representantes de los trabajadores no podrán ser despedidos ni sancionados durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en el caso de revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación (art.68.c ET). Se trata de una garantía material, que pretende de asegurar al representante la inmunidad en su función representativa.
- Optar, en caso de despido improcedente, por la indemnización o la readmisión, siendo esta obligada para el empresario.
- A continuar ejercitando su función representativa hasta que se resuelva el recurso que el empresario pueda presentar contra la sentencia que declare la nulidad o improcedencia del despido del representante.

Garantía de no ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón del desempeño de su representación (art. 68.c ET).

Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo en los casos de despido colectivo, despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas, o productivas, suspensión de contratos por regulación de empleo, traslados o desplazamientos. La jurisprudencia ha reiterado que la prioridad de permanencia implica conceptualmente la concurrencia de dos o más trabajadores para un mismo puesto de trabajo que subsiste, siendo inherente a ella la idoneidad profesional para su desempeño, en cuyo caso se

impone la preferencia del representante.

- **Facilidades para el ejercicio de sus funciones representativas.**

Para favorecer el ejercicio de su actividad representativa, el ET otorga a los representantes una serie de facilidades ampliables por convenio colectivo, que se refieren, bien al modo en el que se comunican con sus representados, bien a las condiciones materiales para el desarrollo de su actividad, bien al tiempo empleado en el desarrollo de sus funciones. Además, como condición indispensable para el ejercicio de su función se les reconoce expresamente el derecho a expresar libremente sus opiniones, art. 68.d. ET (recordar los límites del derecho de la libertad de expresión).

- **Facilidades para la comunicación con sus representados:**

El ET reconoce a los representantes de los trabajadores, los derechos a:

- Publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa (art.68.d ET).
- A tener a su disposición uno o varios tableros de anuncios (art. 81 ET).
- A un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores siempre que las características de la empresa lo permitan (art.80 ET).

- **Derecho a un crédito de horas laborales retribuidas:**

- El art. 68 ET reconoce el derecho de los representantes a disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas según una escala (de 15 horas para 100 trabajadores y hasta 40 horas para más de 751 trabajadores) que se determina en función del número de trabajadores del centro de trabajo que puede ser ampliado por convenio colectivo.

La finalidad del crédito horario es la de permitir a los representantes el ejercicio de sus funciones de representación.

Las horas se conceden a título individual a cada uno de los representantes. La jurisprudencia entiende en los supuestos de sustitución de representantes resulta indudable el derecho de cada miembro nuevo a disfrutar del crédito de horas con independencia de las que haya utilizado el cesado legalmente, pero se puede pactar la acumulación de las horas correspondientes a cada uno de ellos en uno o varios representantes. Esta posibilidad de acumular el crédito horario está sujeta a dos limitaciones legales: a) La acumulación puede hacerse, sin rebasar el máximo total de horas atribuido a los diversos representantes; b) solo es posible si está pactada en el convenio colectivo correspondiente en los términos que se disponga.

El crédito de horas es mensual, sin que se encuentre prevista acumulación para meses posteriores en caso de no agotarse completamente en cada período de tiempo. Se trata de un crédito de horas retribuidas.

El representante puede alcanzar el despido cuando el uso del crédito horario en provecho propio se haga de modo manifiesto y habitual mediante una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados.

- **LA REPRESENTACIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA: TIPOLOGÍA, COMPETENCIAS Y GARANTÍAS.**

La representación sindical constituye el segundo canal de representación de los trabajadores en la empresa, es

decir, su regulación es posterior a la contenida en el ET sobre la representación unitaria.

El derecho a la libertad sindical cuenta con un reforzado respaldo en nuestra Constitución (art.28.1), de forma que no sería admisible el que nuestro derecho no reconociera la representación sindical en la empresa. La representación sindical, regulada en la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), (que se articula fundamentalmente a través de las secciones sindicales, representadas éstas a su vez por los delegados sindicales), se encuentra fundamentalmente implantada en las grandes empresas.

Las Secciones Sindicales.

• Concepto y requisitos de constitución.

Son la forma en que se estructura o manifiesta orgánicamente un sindicato, desde el punto de vista organizativo, en el ámbito interno de una empresa o centro de trabajo. Son órganos sindicales intraempresariales que agrupan a los trabajadores de una empresa o centro de trabajo afiliados a un determinado sindicato.

Puede haber tantas secciones sindicales como sindicatos con presencia en la empresa, considerando que un sindicato tiene presencia en la empresa cuando tienen trabajadores afiliados, con independencia de su número. Cabe la posibilidad, si los Estatutos del Sindicato así lo prevén, que la sección sindical pudieran también formar parte trabajadores no afiliados (simpatizantes del sindicato), aunque será necesaria para la constitución de la sección, que el sindicato cuente con afiliados entre los trabajadores de la empresa.

La constitución de una sección sindical en la empresa es decisión de los trabajadores afiliados al sindicato, si bien dicha constitución habrá de acomodarse a los estatutos del sindicato (art.8.1 LOLS).

El Tribunal Constitucional ha declarado que la constitución de una sección sindical no está sujeta a forma que no venga prevista en los Estatutos y su puesta en conocimiento del empresario solamente es necesaria en la medida en que se precise para desarrollar la acción sindical en la empresa.

Respecto al ámbito donde pueden constituirse secciones, es perfectamente posible que se constituyan, si así lo prevén los Estatutos del sindicato, tanto a nivel de empresa, como de centro de trabajo (art.8.1 LOLS).

• Derechos de las secciones sindicales.

A todo sindicato y por tanto a su correspondiente sección sindical por el mero hecho de constituirse formalmente y sin ninguna otra condición, se le deben reconocer determinadas competencias relacionadas con la defensa y representación de los intereses específicos de los trabajadores afiliados al propio sindicato. También se le deben reconocer como consustancial al derecho constitucional de libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, a la presentación de conflictos colectivos o individuales, el derecho a la huelga y a la presentación de candidaturas a las elecciones de delegados de personal y comités de empresa (art.2.2.d.LOLS).

A los afiliados que componen una sección sindical se les reconoce, en el ámbito de la empresa, la posibilidad de reunirse, repartir información del sindicato a los trabajadores, recaudar cuotas y recibir información del sindicato, sin que esta actividad, que se realizará fuera de la jornada de trabajo, perturbe el normal funcionamiento de la empresa (art.8.1.b.LOLS). También pueden solicitar del empresario el descuento de la cuota sindical de sus salarios y su transferencia al sindicato (art.11.2.LOLS).

No a todas las secciones sindicales se les reconocen las mismas prerrogativas, competencias o funciones, por cuanto la LOLS distingue entre las secciones sindicales según su nivel de representación.

Si se trata de secciones sindicales de sindicatos con implantación en los órganos de representación unitaria de los trabajadores, es decir sindicatos cuyas candidaturas obtuvieron el número de votos suficientes para contar con algún Delegado de Personal o miembro del comité de empresa, o secciones sindicales de sindicatos que tengan la condición de más representativos, se les reconoce los siguientes derechos mínimos que la negociación colectiva puede ampliar (art.8.2.LOLS):

- Derecho a disponer de un tablón de anuncios en el centro de trabajo, que la empresa pondrá a disposición de la sección sindical, en un lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores, con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos anuncios que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general.
- Derecho a la negociación colectiva, con una eficacia general en los términos y con las condiciones previstas en el ET.
- Derecho a la utilización de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades, únicamente en aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores.

Delegados Sindicales.

- **Concepto y requisitos.**

Las secciones sindicales pueden estar representadas por delegados sindicales, elegidos por y entre los trabajadores de la empresa o centro de trabajo afiliados al sindicato matriz de la sección sindical. Cualquier sección sindical puede designar delegados, en ejercicio de la libertad de autoorganización del sindicato, si bien la LOLS (art.10.1) condiciona la atribución de determinados derechos y garantías a favor de los delegados sindicales a la concurrencia de dos requisitos:

- Que la empresa o centro de trabajo ocupe a más de 250 trabajadores cualquiera que sea la clase de contrato.
- Que la acción sindical sea de un sindicato con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación de las Administraciones Públicas. El número de delegados sindicales se determina legalmente con arreglo a una escala en función de la audiencia electoral del sindicato y del número de trabajadores del centro, sin perjuicio de la posible ampliación por convenio colectivo. La escala (art.10.2 LOLS) es la siguiente:

De 250 a 750 trabajadores, 1.

De 751 a 2000 trabajadores, 2.

De 2001 a 5000 trabajadores, 3.

De 5001 en adelante, 4.

El requisito exigido a la sección sindical para poder acceder a la anterior escala, consiste en haber obtenido un 10% de los votos en la elección al comité de empresa, debiendo entenderse que ese 10% se refiere a la totalidad de los colegios electorales existentes en la unidad tenida en cuenta para constituir la sección sindical. Las secciones sindicales que no hayan obtenido el 10% de votos, estarán representadas por un solo delegado sindical.

Los delegados sindicales, serán elegidos por y de entre los afiliados al sindicato correspondiente en la empresa o centro de trabajo.

- **Garantías y facilidades.**

Respecto a las garantías y facilidades de los delegados sindicales, la LOLS utiliza como referencia, las reconocidas a los miembros del comité de empresa. Por tanto, si los delegados sindicales forman parte del comité, tienen, las garantías y derechos que les corresponden, en cuanto miembros de la representación unitaria (art.68 ET).

En el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tienen las mismas garantías que las establecidas para los representantes unitarios. Por tanto, en materia de garantías, la asimilación es total.

Respecto a los derechos reconocidos a los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa, y a salvo de lo que pueda establecerse el convenio colectivo, la LOLS (art.10.3), les reconoce los siguientes derechos:

- Acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados a guardar sigilo profesional en aquellas materias en que legalmente proceda.
- Asistencia a las reuniones del comité de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene, con voz, pero sin voto.
- A ser oídos por el empresario, con carácter previo a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de éstos últimos.

TEMA 4: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA EMPRESA (Título III ET).

- **CONCEPTO Y CLASES DE CONVENIOS COLECTIVOS.**

Concepto.

La Constitución reconoce el derecho a la negociación colectiva en art.37: La Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

Se puede definir como el *acuerdo autónomo y libremente adoptado, de naturaleza y efectos colectivos, realizado entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios o el empresario, mediante un proceso de discusión y negociación previo, por el que establecen los derechos y obligaciones que van a regir sus relaciones laborales tanto individuales como colectivas.*

De acuerdo con este concepto, son notas que definen el convenio colectivo:

- Acuerdo autónomo y libremente adoptado. Es expresión de la voluntad libremente ejercida por los sujetos a los que el ordenamiento atribuye la facultad de dotarse de sus propias normas para ordenar sus relaciones.
- De naturaleza y efectos colectivos. Por razón de los sujetos que lo negocian, en función de la representación que ostentan y los intereses que contemplan.
- Realizado entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios o el empresario. Son estos sujetos colectivos a los que la norma atribuye, en representación de los intereses que les son propios, el poder de crear normas laborales.

- Mediante un proceso de discusión y negociación previo. El convenio colectivo viene precedido de un proceso de discusión y negociación que la norma impulsa e incentiva que en ocasiones resulta largo y laborioso.
- Para establecer derechos y obligaciones por los que se van a regir sus relaciones laborales. Los convenios colectivos se refieren a las condiciones de trabajo o empleo.

El ET define el **convenio colectivo**, como el resultado de la negociación desarrollada entre los representantes de los trabajadores y empresarios, que constituye la expresión libremente adoptada por ellos en virtud de su autonomía colectiva (art.82.1). Seguidamente, delimita genéricamente su contenido: condiciones de trabajo, productividad y paz laboral (art.82.2).

Además los convenios colectivos van a complementar, suplir o, subsidiariamente, regular derechos y obligaciones laborales establecidas en el ET.

El convenio colectivo es fuente del Derecho del Trabajo (art.3.1 ET), y el incumplimiento de su parte normativa puede generar sanciones al empresario.

Clases de Convenios Colectivos.

- **Convenios de eficacia general (estatutarios) y convenios de eficacia limitada (extraestatutarios).**

Clasificación que distingue los convenios colectivos según su eficacia, es decir, atendiendo a si el convenio se va a aplicar a todos los trabajadores incluidos en la unidad de contratación (ámbito de aplicación del convenio) –convenios de eficacia general– o sólo a una parte de ellos –convenios de eficacia limitada–. Es la clasificación general o básica de todos los convenios colectivos.

- **Convenios de eficacia general (art. 82.3 ET, erga omnes).**

También denominados estatutarios o propios, son aquellos convenios que afectan y obligan a todos los trabajadores y empresarios incluidos en la unidad de contratación (ámbito de aplicación del convenio) de que se trate, sin tener en cuenta la afiliación sindical de los trabajadores o asociación profesional de los empresarios que lo pacten o a la que pertenezcan.

Es de aplicación imperativa y automática a las concretas relaciones laborales comprendidas en su campo de aplicación, sin necesidad de incorporación expresa o tácita al articulado del contrato de trabajo. Por eso deben publicarse en el Boletín Oficial que corresponda, a efectos de su general conocimiento.

El modo y modelo de negociación colectiva diseñado y regulado por el ET es un proceso exigente, riguroso y formalizado que avala y garantiza que su eficacia sea de carácter general.

- **Convenios de eficacia limitada.**

También denominados extraestatutarios o impropios, son aquellos convenios que se van a aplicar solo a los trabajadores afiliados y a los empresarios asociados, a los sindicatos y asociaciones empresariales firmantes, y no al resto de los trabajadores o empresarios. Estos convenios son aquellos que no se sujetan desde el inicio a las reglas y pautas marcadas por el ET, que se negocian al margen de este, o bien, aquellos que iniciados conforme a sus reglas y con vocación de tener eficacia general, durante su desarrollo no consiguen mantener los requisitos para finalizarlo de acuerdo con el ET (p.e. falta la mayoría suficiente para firmar el convenio).

Este tipo de convenios, que generan habitualmente diferencias de régimen jurídico dentro del mismo ámbito funcional y territorial, pueden plantear dificultades de gestión para el empresario al existir una duplicidad de

regímenes jurídicos aplicables a los trabajadores: uno, para los afiliados al sindicato firmante, y otro, para los no afiliados. Por ello, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de adhesión individual al convenio de eficacia limitada, por parte de empresarios o trabajadores no afectados.

- **Clasificación de los convenios según su ámbito de aplicación.**

Atendiendo al ámbito de aplicación del convenio, o sea, al conjunto determinado de trabajadores y empresarios a los que se aplica, se puede hablar de:

- Un ámbito funcional, será aquel sector del sistema productivo cuyas relaciones de trabajo pretende regular el convenio. P.e. Industrias químicas, agencias de viajes...
- Un ámbito territorial, o espacio geográfico donde se aplicará el convenio: nacional, Comunidad Autónoma, Provincia...
- Un ámbito personal, será el grupo o categoría de trabajadores al que se destina la regulación convencional. Más concretamente, se refiere a determinados grupos o categorías profesionales existentes en la empresa. P.e. los convenios, suelen excluir de su aplicación a los altos directivos o al personal directivo en general, exclusión no discriminatoria, dadas las características de este tipo de relaciones, y su proximidad al empresario.

Utilizando como criterio de aplicación los ámbitos funcional y territorial del convenio, pueden establecerse distintos tipos de convenio:

- Atendiendo al ámbito funcional, y tomando a la empresa como referencia, se puede hablar de *convenios colectivos de empresa* (aquellos cuyo ámbito de aplicación es una empresa determinada), o *de ámbito superior –supraempresarial–*, como son los convenios de rama (madera, construcción, hostelería) o sector. Existen también *convenios colectivos de ámbito inferior a la empresa*, a saber: de centro de trabajo de sección (cadena de montaje, recepción de material, oficinas), de grupos o categorías de profesionales –convenios franja– (pilotos, mandos intermedios).
- Si atendemos al ámbito territorial al que se extiende el convenio colectivo, existirán *convenios Estatales, de Comunidad Autónoma, Provinciales, Interprovinciales, Locales, etc.*

- **Clasificación de los convenios según su función.**

Existen convenios colectivos y acuerdos asimilados a ellos, a los que el ET hace referencia por razón de las materias que van a regular. Entre otros, se pueden señalar:

- **Convenios marco**, que son convenios para convenir, que tienen por objeto establecer reglas o pautas, sobre la estructura de la negociación colectiva en el ámbito interprofesional o sectorial en que se aplica. La existencia de distintos ámbitos de negociación, hace preciso ordenar de alguna manera la negociación colectiva, y, por ello, el ET (art.83.2), establece que, mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.
- **Acuerdos sobre materias concretas.** El ET, establece que, las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas de carácter estatal o Comunidad Autónoma podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas (art.83.3 ET).
- **Convenio general o básico.** Tiene por objeto fijar, en un ámbito sectorial amplio, condiciones de trabajo, que actúan como mínimo para otros convenios de ámbito inferior. Pueden ser, en parte de su

articulado, acuerdos marco, en cuanto establezcan reglas de articulación de la negociación colectiva.

- **Acuerdo de adhesión** (art.92.1 ET). Supone que, las partes legitimadas para negociar un convenio, y que no estén afectadas por otro, deciden, de común acuerdo, adherirse a la totalidad de un convenio colectivo en vigor. Es una forma de abreviar la negociación, optando las partes por adherirse a otro convenio en vigor, en lugar de negociar uno específico.
- **Acuerdo que pone fin a una huelga.** Al que pueden llegar el comité de huelga y el empresario, previsto en la norma reguladora de los conflictos (art.8.2 RD-Ley 17/1997, de 4 de marzo de Relaciones de trabajo), que va a tener la misma consideración jurídica que un convenio colectivo.

Los acuerdos de empresa.

Existen aspectos comunes a todos estos acuerdos, en tanto se trata de manifestaciones de la autonomía colectiva, en el ámbito de la empresa, cuyos sujetos legitimados para negociarlos son los representantes de los trabajadores (unitarios o sindicales), y cuya singularidad, respecto al convenio colectivo, estriba en que se trata de acuerdos sobre materias concretas sin que pretendan establecer una regulación general de todos los aspectos de la prestación laboral. El convenio colectivo frente al acuerdo de empresa, tiene una vocación de plenitud, de la que carece el acuerdo de empresa.

La potenciación de este tipo de pactos, responde a una pretensión de flexibilidad de la relación laboral, y de impulso de adaptación de la norma laboral a su entorno más próximo. Al mismo tiempo, constituyen un medio para abrir mayores cauces a la participación de los trabajadores en la toma de decisiones en la empresa.

Pueden establecerse las siguientes categorías principales:

- **Acuerdos en defecto de convenio.** Se trata de acuerdos que regirán en defecto de convenio colectivo, por lo que tienen carácter subsidiario a éste, caracterizándose por su informalidad procedimental (p.e. sistema de clasificación profesional, art.22.1 ET; régimen de ascensos, art.24.1 ET; límite de nueve horas diarias de trabajo efectivo, art. 34.3 ET).
- **Acuerdos de reorganización productiva.** En los casos de traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de origen contractual, suspensiones y despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (arts.40, 41, 47 y 51 ET) el empresario, está obligado a consultar a los representantes de los trabajadores con vistas a la consecución de un acuerdo. Se trata de, a través de estos acuerdos, limitar la libertad de decisión empresarial, permitiendo la participación de los representantes de los trabajadores en la toma de ciertas decisiones. El acuerdo es jurídicamente vinculante para el empresario, pero el empresario es libre, de adoptar o no la medida, debiendo cumplir el acuerdo si la ejecuta efectivamente.
- **Acuerdos sobre sucesión de empresa.** En aquellos supuestos en los que se produce un cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (fusión, absorción o escisión de sociedades, venta de empresa o centro de trabajo), el nuevo empresario, queda subrogado en los derechos y obligaciones del anterior (art.44 ET), o dicho de otra forma, los trabajadores afectados conservan sus derechos y obligaciones independientemente de la sucesión empresarial. La cuestión es determinar el convenio aplicable a los trabajadores afectados por la sucesión de empresa. El ET (tras la reforma del art. 44 llevada a cabo por la Ley 12/2001 de 9 de julio), establece que, salvo pacto en contrario establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la

entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

• **SUJETOS NEGOCIADORES Y LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR.**

La CE hace una referencia abierta y genérica a los sujetos a quienes corresponde ejercer el derecho a la negociación colectiva –los representantes de los trabajadores y empresarios– (art.37.1) sin especificar cuales.

El ET da cobertura legal al modelo dual de representación colectiva, configurando unos órganos de representación unitaria (comités de empresa o delegados de personal), a los que también reconoce capacidad para negociar convenios colectivos.

Por tanto, tienen capacidad negocial colectiva, entendida como la *aptitud genérica para negociar* convenios, del lado empresarial, el propio empresario y las asociaciones empresariales, y por parte de los trabajadores, los sindicatos y los órganos de representación unitaria y sindical de la empresa. Ahora bien esta capacidad genérica para negociar convenios, no implica que cada uno de los sujetos anteriormente citados, pueda negociarlos en cualquier ámbito posible. Resulta así, que para negociar un convenio en un ámbito determinado, no basta con tener capacidad negocial, sino que se precisa algo más, o sea, tener aptitud específica para negociar convenios en ese ámbito o unidad de contratación. A esa aptitud específica se le denomina *legitimación*. La legitimación supone, por tanto, el derecho a formar parte de la comisión negociadora de un determinado convenio, e implica un plus respecto a la capacidad negocial, por cuanto conlleva una cierta vinculación entre el sujeto negociador, y la unidad de negociación. Se puede tener capacidad negocial genérica, y carecer de legitimación para negociar en un ámbito determinado.

Ya se ha dicho antes, que la distinción fundamental en materia de convenios colectivos, es la que diferencia entre convenios de eficacia general, y convenios de eficacia limitada. Los convenios de eficacia general obligan a la totalidad de los trabajadores y empresarios incluidos en la unidad de contratación. Ello significa, que un convenio negociado por un sindicato, se aplica a trabajadores afiliados y no afiliados. Que un sindicato, tiene legitimación para negociar convenios que afecten a sus afiliados parece evidente, pero, ¿cómo se explica que un convenio negociado por él pueda también aplicarse a no afiliados?. Ello obedece a que el ordenamiento, reconoce, a determinados sujetos colectivos (sindicatos y asociaciones empresariales), una *legitimación ampliada*, que les permite negociar convenios que vinculen a afiliados y no afiliados.

Como dice la STS de 24 de marzo de 1995, en la negociación colectiva entran en juego tres tipos distintos de legitimación. Una que habilita para negociar (*legitimación básica o interviniente*), otra que capacita para constituir la comisión negociadora (*legitimación negociadora o complementaria*), y por último la que es exigida para dar validez a los acuerdos, reguladas respectivamente en los arts. 87, 88 y 89... para que un convenio colectivo tenga fuerza erga omnes es preciso que se atenga al conjunto de las normas que regulan los convenios estatutarios, es decir, que las partes que los acuerdan cumplan las tres legitimaciones que han sido enumeradas.

Legitimación para negociar en el ámbito de empresa o ámbito inferior.

En este ámbito el ET opta por conceder legitimación a los dos tipos de representaciones colectivas: a las unitarias, comités de empresa o delegados de personal, y a las representaciones sindicales si las hubiere (art.87.1 ET), pero lo hace de forma alternativa, lo que significa que ambas representaciones no pueden actuar conjuntamente, es decir, o negociar la representación unitaria o negocia la sindical.

En el supuesto de que el convenio colectivo vaya a ser solo de aplicación para aquellos trabajadores integrados en un grupo o categoría profesional (convenios franja), el ET exige a las representaciones sindicales que pretendan negociarlo, lo que implicará, que cuenten con cierta implantación (trabajadores afiliados en ese grupo o categoría), y que sean designadas por la mayoría de los trabajadores pertenecientes a

esa unidad de contratación a través del voto personal, libre y secreto ejercido en una asamblea celebrada a tal efecto.

También legitima el ET par negociar colectivamente en este ámbito empresarial, al comité intercentros, si por convenio colectivo se ha atribuido esta específica competencia (art.63.3).

Por lo que la legitimación empresarial se refiere, el empresario, estará legitimado él mismo, actuando personalmente o a través de las personas que designe para representante.

Para todos los supuestos anteriormente mencionados, es preciso que los sujetos negociadores, por ambas partes se reconozcan como interlocutores válidos para iniciar la negociación, quizás como medio de garantizar que cumplen con los requisitos de legitimación exigibles para poder culminar un convenio colectivo de eficacia general. Como ha dicho el TS (STS 18 de enero de 1993), la legitimación deriva de que cumplan los requisitos que de manera indisponible la ley establece, por lo cual ni tal recíproco reconocimiento generaría que quien careciera de tales requisitos alcanzara legitimación, ni la falta del mismo privaría de legitimación a quien los cumpliera.

Resuelta la legitimación como derecho a formar parte de la comisión negociadora del convenio, la norma exige otro requisito para que el convenio alcance eficacia general, que concierne a la composición de aquélla, que en los convenios colectivos de empresa o ámbito inferior, estará formada por 12 miembros como máximo, designados por cada una de las partes legitimadas. En el supuesto de que negocien las representaciones sindicales –secciones sindicales–, para que el convenio colectivo afecte a todos los trabajadores de la empresa, y no solo a los afiliados, el ET exige que cuenten con la mayoría de los miembros del comité de empresa.

Cualquier desviación en el cumplimiento de estos requisitos o una proporcionalidad representativa inadecuada en la composición de la comisión negociadora del convenio, puede hacer fracasar la eficacia general pretendida.

Legitimación para negociar en el ámbito supraempresarial.

Cuando se trata de negociar convenios de ámbito supraempresarial, el ET otorga legitimación a los siguientes sujetos:

- **Si el convenio es de ámbito estatal, están legitimados:**

Por la parte de los trabajadores, los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel Estatal y de Comunidad Autónoma.

Por los empresarios, aquellas asociaciones empresariales que tengan trabajadores por cuenta ajena que cuenten, a nivel Estatal, con una afiliación del 10% de empresarios y ocupen el mismo porcentaje de trabajadores. También estarán legitimadas aquellas asociaciones empresariales que, en el ámbito de una Comunidad Autónoma, cuenten con un 15% de afiliados y ocupen el mismo porcentaje de trabajadores por cuenta ajena.

- **Si el convenio es del ámbito de una Comunidad Autónoma, están legitimados:**

Por parte de los trabajadores, los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel Estatal, y aquellos sindicatos que estén afiliados, confederados o federados a estos que, por el principio denominado de irradiación, adquieren la condición de más representativo. Asimismo están legitimados, los sindicatos que tengan la condición de más representativos en la Comunidad Autónoma y aquellos sindicatos que estén afiliados, confederados o federados a estos que, por el mencionado principio de irradiación, adquieren la

condición de más representativos.

También están legitimados aquellos sindicatos que hayan obtenido, en este ámbito, una audiencia en las elecciones para designar las representaciones unitarias que se haya traducido en un 10% de miembros o puestos en estos órganos.

Por los empresarios, aquellas asociaciones empresariales que tengan trabajadores por cuenta ajena que cuenten, en este ámbito, con una afiliación del 10% de empresarios y ocupen el mismo porcentaje de trabajadores.

- **Si el convenio tiene otros ámbitos supraempresariales, distintos a los de una Comunidad Autónoma o que combinan estas, los convenios interprovinciales, de sector, rama u otras y distintas ubicaciones geográficas, están legitimados:**

Por parte de los trabajadores, los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel Estatal y aquellos que estén afiliados, confederados o federados a estos, que, por el principio de irradiación, adquieren la condición de más representativo. Asimismo también estarán legitimados aquellos sindicatos que hayan obtenido, en el ámbito de que se trate, una audiencia en las elecciones para designar las representaciones unitarias que se haya traducido en un 10% de miembros o puestos en estos órganos.

Por los empresarios, aquellas asociaciones empresariales que tengan trabajadores por cuenta ajena que cuenten, en el ámbito de que se trate, con una afiliación del 10% de empresarios y ocupen el mismo porcentaje de trabajadores.

Para que el convenio alcance eficacia general, es necesario que la comisión negociadora guarde la debida proporcionalidad representativa de todos los sujetos legitimados. En este caso, la regla sobre la proporcionalidad representativa en la comisión negociadora, se presenta más compleja que en el caso de los de ámbito empresarial y, en consecuencia, si puede plantear en algunos casos problemas de aplicación, toda vez que la comisión quedará validamente constituida cuando los sujetos legitimados (15 máximo por cada una de las partes), representen como mínimo a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal y a empresarios que ocupen a la mayoría de trabajadores afectados por el convenio (art. 87.1 párrafo segundo del ET).

• **CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO.**

Contenido del convenio: parte obligacional y normativa.

El **contenido del convenio** es el conjunto de pactos o cláusulas sobre el que las partes convienen. Tiene una **parte o contenido obligacional** (compromisos asumidos por las partes firmantes del convenio), y **una parte o contenido normativo** (reglas dirigidas a regular las relaciones de trabajo de todos los integrantes de la unidad de negociación). Esta distinción viene determinada por el art.86.3 ET que establece que denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales. En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio (pierde su vigencia el contenido obligacional).

Contenido obligacional del convenio: el deber de paz.

El contenido obligacional del convenio, está formado por las obligaciones que asumen las partes negociadoras entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, y que normalmente, suelen tener un contenido negativo, en el sentido de compromiso de las partes no realizar aquello que pueda impedir la aplicación cabal del convenio durante su vigencia. Así cobra especial relieve el llamado **deber de paz**, ya que, la firma de un convenio significa un tratado de paz, impeditivo de cualquier

medida conflictiva lícita durante su período de vigencia. Este deber de paz, puede tener un carácter relativo, por cuanto no impide la existencia de conflictos que tengan su causa en reivindicaciones que no supongan la modificación del convenio vigente. Por lo que no podrá plantearse conflicto colectivo para modificar lo pactado en convenio colectivo, y que es huelga ilegal la que tenga por objeto alterar, durante su vigencia, lo pactado en convenio colectivo (p.e. huelgas novatorias).

También forman parte del contenido obligacional, el establecimiento de reglas para la solución de los conflictos que se susciten durante la vigencia del convenio, o, los compromisos asumidos por los firmantes, para constituir comisiones de estudio sobre determinadas cuestiones de interés en el sector al que se aplique el convenio (comisión paritaria).

Contenido normativo del convenio.

Bajo el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva (art.37 CE), puede entenderse que *son materias propias o susceptibles de negociación colectiva todas aquellas que directa o indirectamente, estén relacionadas con las condiciones de trabajo o empleo.*

El art. 82.2 ET establece que, mediante los convenios colectivos, los representantes de los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad. Y además, en su art. 85 menciona qué materias pueden constituir un contenido apropiado para el convenio colectivo: materias de índole económica, laboral, sindical, condiciones de empleo, normas sobre las relaciones entre las organizaciones representativas de los trabajadores y empresarios, sobre procedimientos para solventar los conflictos durante el período de consultas en los supuestos de traslado, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión o extinción del contrato por causas técnicas, organizativas o de producción, y sobre procedimientos de información y seguimiento en los casos de despidos colectivos.

Forman parte del contenido normativo del convenio:

- **Normas y principios sobre regulación de las condiciones de trabajo y empleo.**

Por medio del convenio se puede regular el régimen de condiciones de trabajo en una empresa o sector, así, puede establecer el sistema de clasificación profesional, el régimen de jornada y horario, la estructura salarial, el régimen disciplinario...

Además puede contener reglas sobre las condiciones de empleo en la empresa o sector, como por ejemplo, en los que se pacta que las empresas no recurrirán a la contratación con ETT.

- **Normas y principios sobre relaciones colectivas.**

Mediante el convenio colectivo se pueden reforzar las garantías y facilidades reconocidas a los representantes de los trabajadores (p.e. ampliación del crédito horario); y mejorar la regulación de la LOLS en materia de derecho de las secciones y delegados sindicales.

- **Normas y principios sobre protección social complementaria y acción social empresarial.**

A través del convenio, se puede mejorar la acción protectora de la Seguridad Social (S.S.), complementado las prestaciones de la misma, o estableciendo prestaciones adicionales a las del régimen público de la S.S., no pudiendo modificar los requisitos establecidos por la legislación de la Seguridad Social para acceder a dichas prestaciones. Junto a las mejoras de la acción protectora de la S.S., los convenios pueden contener previsiones en materia de acción social empresarial (p.e. becas para estudios de los hijos de los trabajadores).

- **Normas y principios sobre organización del trabajo en la empresa.**

El convenio podrá establecer sistemas de organización del trabajo, productividad, sistemas de control de rendimiento..., implicando de alguna manera a los trabajadores en la gestión de la empresa.

Dentro de la libertad que se reconoce a los sujetos negociadores para que decidan qué materias van a ser objeto del convenio, se les imponen tres limitaciones:

- Los sujetos sólo pueden negociar sobre aquellas materias que estén dentro del ámbito y competencias, concernientes a la relación laboral que las une y, en consecuencia, sobre las que puedan obligarse recíprocamente.
- Lo que pacten, aunque sean materias relacionadas con las condiciones de trabajo, no vulnere lo establecido en las leyes, ni derechos necesarios o indisponibles de los trabajadores (p.e. no pueden establecer criterios discriminatorios de forma injustificada).
- Esta limitación corresponde a aquellos requisitos mínimos que en todo convenio han de hacerse constar. El ET exige que los convenios sujetos a su imperio han de tener necesariamente el **contenido mínimo** que señala (art.85.3), integrado por una serie de cláusulas delimitadoras o de configuración del convenio. Son fundamentalmente, cláusulas de carácter formal, por lo que no es posible concebir un convenio, limitado exclusivamente al contenido mínimo legalmente previsto, puesto que su funcionalidad sería nula. Los convenios, deben cumplir los siguientes requisitos formales o de configuración del convenio (contenido mínimo conforme al art.85.3 ET):
 - Deben identificar a los sujetos que lo conciertan (comité de empresa, delegados de personal, comité intercentros, secciones sindicales, sindicatos).
 - Han de determinar los trabajadores y empresario o empresarios a quien se les va a aplicar el convenio, es decir, identificar el ámbito personal, funcional y territorial que conforma la unidad de negociación.
 - Deben de fijar la duración del convenio.
 - Deben establecer las condiciones de aplicación de la llamada cláusula de descuelgue salarial, en aquellos convenios cuyo ámbito sea superior a la empresa. *El ET en su art.82.3 prescribe que, los convenios colectivos de ámbito superior al de la empresa, deben establecer las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del convenio, a la empresa cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de la aplicación de dicho régimen salarial. Estas cláusulas denominadas cláusulas de descuelgue salarial constituyen, por tanto una excepción a la regla general de vinculación al convenio de todos los trabajadores y empresarios incluidos en la unidad de negociación, y permiten que en una empresa, pueda inaplicarse el régimen salarial previsto en el convenio, aplicando otro distinto, menos favorable para los trabajadores. Sin perjuicio de lo anterior, los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establecerán las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación. Si los convenios no contienen esta cláusula de inaplicación, el descuelgue salarial sólo podrá realizarse, por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores si así lo demanda la situación económica de la empresa, y, de no existir acuerdo, la discrepancia podrá ser solventada por la comisión paritaria del convenio.*
 - Se hará constar la forma, condiciones y plazo en el que los sujetos firmantes del convenio deben manifestar su intención de finalizar el convenio que a ambos les vincula: la denuncia del convenio. La denuncia es por tanto la voluntad de formalmente expresada por quien está legitimado para ello de poner fin a lo convenido, que debe ser comunicada a la otra parte que lo acordó.
 - Se designará una comisión paritaria para entender de aquellas cuestiones que se le atribuyan.

• **EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADOR.**

El ET somete a la negociación colectiva a un procedimiento reglado como garantía y desarrollo de este derecho constitucional. Es un procedimiento formalizado en el que se pueden diferenciar tres fases, que son:

• **Inicio de la negociación.**

La *iniciativa* para negociar la puede promover cualquiera de los sujetos legitimados para la negociación. Si se trata de renegociar un convenio ya firmado, esta iniciativa habrá venido precedida de la denuncia del convenio anterior presentada por cualquiera de las partes.

La iniciativa debe formalizarse por escrito, haciendo constar la legitimación que se tiene en función de la unidad de negociación sobre la que se pretende negociar y las materias de negociación. Copia de esta comunicación debe remitirse a la Autoridad Laboral correspondiente.

La parte que recibe el escrito de solicitud de negociación debe aceptar esta iniciativa salvo que existan motivos legales o convencionales, o cuando se trate de revisar un convenio que todavía está vigente (p.e. cuando provenga de un sujeto no legitimado). En todo caso la parte receptora de la iniciativa debe contestar por escrito a la otra parte, haciendo constar de forma clara y detallada, cuales son los motivos de su rechazo que, en ningún caso, pueden suponer una forma directa o indirecta de vulnerar el derecho a la negociación colectiva que la ley reconoce.

• **Desarrollo de la negociación colectiva.**

Recibida la iniciativa de negociación, se debe responder a la propuesta en el plazo máximo de un mes a contar desde su recepción, y constituir la comisión negociadora.

La **comisión negociadora** estará integrada, en los convenios de ámbito empresarial, por un máximo de 12 miembros designadas por cada una de las partes legitimadas. En los de ámbito superior el número máximo será de 15 por banco patronal.

Constituida la comisión negociadora, las partes negociadoras establecerán en su primera reunión, la forma de moderar las siguientes reuniones, pudiendo designar par esta función, un presidente ajeno a los sujetos negociadores, con voz pero sin voto. También podrán contar con la presencia de asesores con voz pero sin voto.

Se fijará un calendario para celebrar las reuniones, y se designa al Secretario de actas que se encarga de confeccionarlas después de cada reunión. En estas actas quedará reflejado lo tratado y los acuerdos que se vayan alcanzando, que son más bien preacuerdos, pues, pueden ser modificados por la propia dinámica del procedimiento negociador, de tal forma que solo el acuerdo final manifiesta el convenio colectivo.

Todo el procedimiento negociador, desde su inicio hasta su conclusión, debe estar presidido por el principio de buena fe. Negociar con buena fe es recibir con tolerancia y voluntad real de análisis y estudio las propuestas negociadoras, considerarlas y razonar, en su caso, su falta de aceptación. Este ánimo incluye e implica respetar las diferencias y aceptar la discrepancia, y excluye tanto las repuestas negativas inmotivadas como las propuestas extravagantes. El principio de buena fe demanda de las partes negociadoras que se sienten a negociar con la intención y vocación real no formal de llegar a un acuerdo, lo que comporta realizar y mostrar un verdadero y efectivo esfuerzo e interés por convenir, presentando contrapropuestas alternativas que permitan acercar posturas para alcanzar el consenso. Este tipo de actitudes implica precluir posturas intransigentes, evitar encastillarse en posiciones irreductibles y huir de las dominantes.

El problema práctico es cómo hacer cumplir este deber. El ordenamiento español no ofrece una respuesta

concreta, y las soluciones que se pueden inferir de la legislación, tienen más bien carácter sancionatorio. Hay tres posibles soluciones por la otra parte:

- Acción sindical (situación de conflicto colectivo)
- Acción administrativa (denunciar)
- Acción judicial (LPL arts 175 a 182)

En cualquier momento de la negociación las partes pueden designar un mediador que aporte soluciones para concluir el convenio. Se trata de una mediación voluntaria, que puede desembocar en fracaso o en una solución de mutuo acuerdo. *La ley impulsa el proceso negociador impidiendo que se suspenda la negociación, a no ser que se produzcan violencia en las personas o en los bienes constatable por los negociadores y solo durante el tiempo en que estas circunstancias permanezcan.*

• **Conclusión del Convenio.**

Los procesos negociadores abiertos concluyen –con más o menos dificultad, antes o después–, en acuerdo. Para que los acuerdos de la comisión negociadora tengan validez, la norma exige que se adopten con el *voto favorable de la mitad más uno de cada una de las dos representaciones* (art.89.3 ET). Este requisito, además del de legitimación exigidos para negociar y conformar debidamente la comisión negociadora, asegura y acredita las mayorías suficientes para que el convenio tenga la eficacia general que el ET le atribuye.

Concluido el acuerdo que se reflejará en el Acta final, y en el plazo de 15 días a contar desde su firma, debe remitirse a la Autoridad Laboral competente, que registra el convenio y lo manda publicar en el Boletín Oficial que corresponda, en función del ámbito territorial del convenio.

Si la Autoridad Laboral considerase que el convenio transgrede la ley o lesiona gravemente intereses de terceros, lo pondrá en conocimiento del Órgano de la Jurisdicción Social competente para que juzgue esa circunstancia y adopte las decisiones oportunas. Si el convenio lesiona gravemente el interés de terceros podrá ser impugnado también por estos terceros perjudicados.

• **APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO: SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.**

La comisión paritaria.

Forma parte del contenido mínimo del convenio, la designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas, y la determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión (art.85.3.e ET).

En la comisión paritaria van a estar representados –en igual número de personas y con el mismo poder– los trabajadores y empresarios designados por los sujetos negociadores del convenio colectivo.

La comisión debe guardar en su composición la misma proporcionalidad representativa que la establecida para componer la comisión negociadora del convenio, para evitar con ello futuras impugnaciones a sus acuerdos.

Las funciones propias de esta comisión, son las de administrar, gestionar, interpretar el convenio y vigilar su leal y fiel cumplimiento (art.9.1). Debe además dotarse así misma de normas para resolver las discrepancias que puedan suscitarse en su seno. También se le pueden asignar funciones de mediación en los conflictos, la resolución de discrepancias que pudieran surgir por la inaplicación, en los convenios de empresa, de la cláusula de descuelgue salarial, como cualquier otra que el propio convenio le otorgue, con el límite de no conferirle la competencia para negociar colectivamente, ya que ésta compete a la comisión negociadora.

Procedimientos de solución de conflictos.

La solución de controversias derivadas de la aplicación del convenio, y con independencia de las atribuciones que pudiera tener la comisión paritaria, corresponde, en principio, a los órganos de la jurisdicción social, a través de la vía del proceso colectivo de trabajo (art.151LPL). Pero además, conforme el art.91ET, en los convenios marco y en los acuerdos sobre materias concretas, se podrán establecer procedimientos extrajudiciales (mediación o arbitraje), para la solución de estas controversias.

• **VIGENCIA Y DURACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO.**

Vigencia del convenio colectivo.

Es el contenido necesario y de configuración del convenio colectivo, que supone la obligación de que los sujetos negociadores manifiesten y fijen el tiempo durante el cual se van a comprometer u obligar, ya que el convenio es una norma temporal.

Las partes negociadoras pueden establecer el tiempo de duración de sus compromisos reflejados en el convenio, fijando tanto la fecha de su entrada en vigor (art.90.4 ET) como la de su finalización. Pueden, si así lo acuerdan, someter la totalidad del contenido del convenio a una duración de un año, dos, tres, o más años, ó bien pueden establecer diferentes tiempos de vigencia según materias homogéneas o contenidos concretos (art. 86.1 ET).

Finalizado el plazo de vigencia pactado, las partes pueden denunciar el convenio, en la forma y condiciones que se hubieran pactado (contenido necesario del convenio, art. 85 ET). Si no se denuncia, el convenio se prorroga de año en año, salvo pacto en contrario (art 86.2 ET).

Denunciado en plazo el convenio, decaen las llamadas cláusulas obligacionales pero siguen vigentes las normativas, art. 86.3 ET (ultraactividad del convenio). Este mantenimiento de la parte normativa, evita vacíos normativos en tanto se aprueba el nuevo convenio. Pero, esta prórroga de la vigencia de la parte normativa también puede a su vez quedar sometida a la libre decisión de las partes, si así lo acuerdan en el propios convenio incorporándolo como cláusulas reguladoras de su aplicación y vigencia. Lógicamente, tendrán que prever las normas sustitutorias que han de regir de manera provisional, hasta la firma del nuevo convenio. Pero, ¿qué ocurre si se han limitado a excluir la prórroga de la vigencia de la parte normativa, sin establecer ninguna alternativa?. Cabría sostener que serían de aplicación los mínimos legales. Pero, parece más razonable pensar que si las partes hacen un uso incompleto de la facultad de disponer de la prórroga de la parte normativa, sin prever alternativas de regulación, el pacto de renuncia a la prórroga deviene ineficaz, al ser el pacto incompleto, lo que conllevaría la aplicación de la regla general del mantenimiento en vigor del contenido normativo.

Pactado un nuevo convenio colectivo y una vez que entra en vigor, se impone al anterior sustituyéndolo en todos aquellos derechos u obligaciones que se hubieran acordado. Rigen por tanto las nuevas condiciones salvo para aquellas materias que expresamente se haya acordado dejar inalteradas. Esta sucesión normativa ha quedado aclarada en el art.82.4 ET al disponer que el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio. No puede aceptarse, por tanto, que el convenio colectivo, durante su vigencia y por su mera aplicación, genere derechos individuales para el trabajador, que se incorporen al contrato, y que se mantengan tras el cambio normativo.

Concurrencia de convenios.

Se refiere a la posibilidad de que coincidan o se solapen en el mismo tiempo distintos convenios que regulen de forma diferente las mismas materias, tengan ámbitos parcialmente coincidentes y afecte a los mismo sujetos. Lo que conduce que existan dudas acerca de cual de los convenios concurrentes debe aplicarse.

Ante los problemas que ocasiona, el ordenamiento puede reaccionar de distintas formas. Puede optar por prohibir tajantemente la concurrencia. Cabe también que el ordenamiento reconozca y asuma la concurrencia de convenios, y busque entonces fórmulas para solucionar los conflictos que trae consigo. De las dos posibilidades anteriores, el ET opta por la primera (prohibición), pero, a partir de la reforma que tuvo lugar en 1994, deja abierta cierta posibilidad a la concurrencia.

La regla general, es la de prohibición de la concurrencia entre convenios (art.84 párrafo 1º ET). A través de esta regla general, se trata de dotar de cierta seguridad a lo que se pacta, otorgando una especie de preferencia, para el convenio negociado y firmado en primer lugar.

Esta regla general de prohibición de concurrencia tiene dos excepciones:

- Una, consistente en autorizar la concurrencia mediante acuerdos interprofesionales o convenios colectivos, negociados por las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma (art.83.2).
- Otra, permitiendo que convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior (superior al de la empresa) puedan afectar a otros de ámbito superior, siempre que se cumplan determinados requisitos. Deben ser convenios estatutarios, que respeten el procedimiento de elaboración legalmente establecido y el convenio ha de alcanzar el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación. Se considerarán materias no negociables en ámbitos inferiores el periodo de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad social e higiene en el trabajo y movilidad geográfica (art.84.2º y 3º). En estos casos lo establecido en el convenio posterior, de ámbito inferior, no podrá afectar a lo establecido en el convenio de ámbito superior.

TEMA 5: LAS MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO EN LA EMPRESA.

• EL CONFLICTO Y MEDIDAS DE SOLUCIÓN.

El concepto de conflicto: actitudes del ordenamiento.

El **conflicto de trabajo** puede definirse como toda discusión o controversia manifestada externamente entre empresario y trabajadores relativa a las condiciones de trabajo.

Tipos de conflictos laborales.

Los conflictos laborales pueden clasificarse desde dos puntos de vista:

• Según los sujetos enfrentados:

- **Conflictos individuales:** los que surgen entre un trabajador, en singular, con su empresario.
- **Conflictos colectivos:** enfrentan a uno o varios empresarios, con una pluralidad de trabajadores. Para que exista un verdadero conflicto colectivo, lo decisivo es la existencia de un interés colectivo diferenciable de las situaciones particularizadas de cada uno de los trabajadores en conflicto (art.17.1 RDLRT; art. 151 y 152 LPL).
- **Conflictos plurales:** el conflicto se presenta entre uno o varios empresarios y una pluralidad de trabajadores, estando los trabajadores afectados de forma individual, singular o concreta pero simultáneamente, aunque no en virtud de un interés colectivo. El elemento diferenciador entre el colectivo y el plural es el cualitativo, a la hora de que su tramitación ante los tribunales los procedimientos judiciales son diferentes: especial para el colectivo y común par el plural. El

procedimiento especial se diferencia del común, por los sujetos legitimados para iniciarlo, el objeto de lo que se pretende, la rapidez con la que se resuelve y, la eficacia general de aplicación que tiene su resolución.

- **Desde el punto de vista de la causa o materia:**

- **Conflicto jurídico o de aplicación:** es el que surge por la interpretación o aplicación de una norma existente, sea ésta general, como el ET, o convencional, como el convenio colectivo.
- **Conflicto económico o de intereses:** es aquel que surge entre las partes que, desde posiciones diferentes y contrapuestas, pretenden establecer nuevas condiciones de trabajo o normas. Se produce respecto a materias no previstas en la norma y se resuelve creando una nueva (p.e. negociación de un convenio colectivo o renegociación de uno preexistente).

El conflicto de trabajo en la Constitución y en nuestro ordenamiento.

La CE dedica al conflicto de trabajo dos preceptos: el art.28.2, que reconoce el Derecho a la Huelga (una forma de exteriorizar un conflicto) y, art. 37.2, que reconoce el derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. Ambos derechos constitucionales se pueden limitar para garantizar el funcionamiento de los servicios esenciales para la comunidad.

La ubicación en la CE del art. 28 confiere a la huelga el carácter de derecho fundamental, mientras que el art. 37 está fuera de esa zona de privilegio con las repercusiones que ello tiene en el diferente trato en cuanto a sus garantías y protección. Así pues la diferencia de ubicación se encuentra a la luz del art.53 CE que implica que el derecho a la huelga, así como todos los demás derechos regulados en la sección I Derechos y libertades públicas, son de aplicación directa respecto a los demás (art.37).

Medidas de solución de los conflictos laborales.

- **Definición y modalidades.**

Los **procedimientos de solución de conflictos** son: las instancias o instrumentos técnicos establecidos por el ordenamiento jurídico para el desarrollo, la integración o terminación de la controversia.

Estos procedimientos de solución, pueden venir dados por las propias partes en conflicto (**autocomposición**), o por un tercero distinto de las partes en conflicto (**heterocomposición**).

Si se trata de un tercero el que soluciona el conflicto, este puede ser un juez habilitado por el Estado para la solución de conflictos (**solución judicial**), o un tercero, distinto del juez, en cuyo caso se distingue entre:

- El **arbitraje**: el árbitro es un tercero ajeno a las partes del conflicto, que decide, mediante una resolución denominada laudo, la controversia que enfrenta a las partes.
- La **mediación**: el mediador ofrece soluciones opcionales a las partes en conflicto, eligiendo éstas, en su caso, la conveniente.
- La **conciliación**: el conciliador se limita a intentar la avenencia entre las partes, al objeto de facilitarles la búsqueda de soluciones por sí mismos.

- **Medios de solución nacidos de la autonomía colectiva.**

La legislación laboral más reciente ha optado por favorecer la solución de los conflictos laborales a través de medios nacidos de la autonomía colectiva. Así, el art.91 ET menciona a las Comisiones Paritarias de los convenios colectivos, como lugar e instrumento adecuado para determinar *los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión*.

Además, el art.91 ET también concede a los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos previstos en el ET la posibilidad de establecer *procedimientos, como la mediación y el arbitraje, par la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos.*

Una nueva llamada a la solución de los conflictos por la vía de la negociación colectiva se descubre en el art. 85.1 ET, según el cual, los convenios pueden establecer procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en el ET para los traslados forzosos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y suspensión o extinción de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (arts. 40, 41, 47 y 51); discrepancias que también pueden someterse a los medios de solución creados por acuerdos interconfederales.

Una muestra de un acuerdo para la solución de conflictos es el **Acuerdo sobre Solución de Conflictos Laborales (ASEC II)**. Tiene por objeto la creación y desarrollo de un sistema de solución extrajudicial de los conflictos colectivos laborales surgidos entre empresarios y trabajadores o sus respectivas organizaciones representativas. El ASEC señala el procedimiento para solucionar la conflictividad en los ámbitos que el acuerdo establece, que se regirá por los principios de, gratuidad, celeridad, igualdad, audiencia de las partes, contradicción e imparcialidad, respetándose, en todo caso, la normativa vigente y los principios constitucionales.

Las partes pueden acogerse a cualquiera de los dos procedimientos establecidos al efecto, previos la intervención de la Comisión Paritaria para el caso de conflicto por la aplicación o interpretación de los convenios. Estos procedimientos son:

- **La mediación**, que será obligatoria, cuando lo solicite alguna de las partes legitimadas; antes de imponer una demanda de conflicto colectivo ante la jurisdicción Laboral; antes de la comunicación formal de la convocatoria de huelga; y en los supuestos de discrepancias en los periodos de consultas previstas en el ET para los traslados forzosos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y suspensión o extinción de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (arts. 40, 41, 47 y 51 ET).
- **El arbitraje**, que sólo será posible cuando ambas partes por mutuo acuerdo lo soliciten por escrito. La resolución arbitral (laudo) tendrá los efectos de un convenio colectivo, siendo vinculante e inmediatamente ejecutivo. El laudo es susceptible de impugnación por las partes dentro del plazo de 30 días desde que se dictó, estando la impugnación sujeta a una serie de motivos tasados, son muy concretos con objeto de que la resolución (laudo) ponga fin al conflicto de forma definitiva y no quede abierta a otros procesos que lo alarguen.

El órgano que tiene encomendado el soporte administrativo y de gestión de los procedimientos instaurados por el Acuerdo es el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), que sólo acogerá las demandas de mediación y arbitraje que se deriven de lo pactado en el ASEC II y en su reglamento.

Existen también acuerdos para la solución extrajudicial de conflictos de ámbito autonómico (País Vasco, Madrid, Navarra, La Rioja, Cataluña,...).

• **El procedimiento de conflicto colectivo.**

El procedimiento administrativo de conflicto colectivo, regulado en el RDLT, puede iniciarse en principio cuando se trate de situaciones conflictivas que afecten a intereses generales de los trabajadores; esto es, en conflictos donde se debata sobre un interés complejo y abstracto que afecte a una categoría profesional y que sea de imposible o difícil individualización, y no podrá plantearse para modificar lo pactado en convenio colectivo o lo establecido por laudo.

Están legitimados para iniciarlo los representantes de los trabajadores y los empresarios o sus representantes.

Si los trabajadores deciden utilizar el procedimiento de conflicto colectivo no podrán ejercer el derecho a la huelga. Es, por tanto, una alternativa a la huelga, siendo posible que, declarada la huelga, los trabajadores puedan desistir de la misma y someterse al procedimiento de conflicto colectivo de trabajo. Por su parte, si el empresario inicia el procedimiento y los trabajadores ejercen el derecho a la huelga, el procedimiento se suspende.

El planteamiento del conflicto colectivo ha de formalizarse por escrito, identificando a las personas que lo plantean, y a los trabajadores y empresarios afectados, debiendo constar además los hechos sobre los que versa el conflicto, peticiones concretas que se formulen y los demás datos que procedan (art. 21 RDLRT). Deben dirigirse a la autoridad laboral según su ámbito territorial de afectación.

En las 24 horas siguientes a la presentación del escrito, se remite copia por la autoridad laboral a la parte contraria, y se convoca a las partes dentro de los tres días siguientes a una comparecencia. Si en dicha comparecencia se alcanza un acuerdo, por mayoría simple de las representaciones de cada una de las partes, el procedimiento finaliza. El acuerdo tendrá la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo.

Las partes pueden también acordar someterse a un **arbitraje voluntario**, pudiendo designar uno o varios árbitros, que deberán dictar su laudo en el término de 5 días.

Si no hay acuerdo en conciliación, ni tampoco las partes acuerdan someterse al arbitraje, siempre que el conflicto sea de aplicación o interpretación de norma, la autoridad laboral remite las actuaciones al juez laboral para que se inicie el proceso judicial de conflicto colectivo y de una solución. Este proceso tiene la consideración de procedimiento especial (arts. 151 a 159 LPL) de carácter urgente, cuya sentencia será dictada en un plazo muy breve, será ejecutiva, aunque se interponga recurso, y se aplicará a todo el colectivo de trabajadores con efectos de cosa juzgada.

• **La conciliación administrativa y de la Inspección de Trabajo.**

Además, los trabajadores y empresarios podrán solicitar del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC) la designación de un mediador imparcial, en cualquier momento de una negociación o de una controversia colectiva (arts. 6 RD 5/1979 y 2 del RD 2756/79). Asimismo, se prevé la mediación potestativa de la Inspección de Trabajo durante la huelga (art. 9 RDLRT).

• **LA HUELGA: CONCEPTO Y TIPOLOGÍA.**

Concepto de huelga.

La huelga es una de las formas en las que puede exteriorizar o manifestar un conflicto, constituyendo la más clásica, típica, costosa y radical de las posibles medidas de presión que pueden adoptar los trabajadores.

La huelga se reconoce en el art. 28.2 CE como un derecho, de carácter fundamental *se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses*, y se menciona en el art. 4.1 ET como un derecho básico de los trabajadores.

En términos generales, se puede **definir** como un derecho individual de ejercicio colectivo, que consiste en la perturbación (interrupción de la actividad), generalmente temporal, de la prestación laboral, acordada de forma colectiva y concertada por los trabajadores.

Los elementos que pueden destacarse del concepto legal son los siguientes:

- **La interrupción temporal de la prestación laboral.** La huelga habrá de realizarse, art. 7.1 RDLRT, mediante la cesación de la prestación de trabajo. Durante la huelga legal, *el contrato de trabajo se*

suspende, no se extingue.

- **Es una interrupción colectiva y concertada.** La huelga es un derecho individual de ejercicio colectivo, es decir, se necesita del concurso de varios trabajadores que son los que además la convocan o promueven, por sí mismos o a través de sus representantes.
- **Es una medida de presión de los trabajadores.** Es una medida de presión que parte de la iniciativa de los trabajadores y que solo se les reconoce a éstos, por lo que quedan fuera del concepto estricto de huelga las huelgas de usuarios, las de consumidores, las de estudiantes,..., puesto que ninguna de ellas dará lugar al presupuesto de hecho necesario para la aplicación de las normas sobre huelgas laborales.

Además, el concepto de huelga se ha extendido a otros supuestos de perturbación del proceso de producción, concertado colectivamente a instancias de los trabajadores, en los que no existe interrupción o suspensión del trabajo, como las huelgas de celo, o las huelgas de trabajo lento.

Tipología de la huelga

La definición de **huelga legal** se ha descrito por la doctrina *como la laboral o socio-profesional de trabajadores por cuenta ajena, realizada mediante la suspensión de la prestación de servicios o a través de otras modalidades aceptadas legalmente que afecten a las condiciones de trabajo de los que en ella toman parte, inmediatamente o por afección solidaria de sus propios intereses profesionales, para exteriorizar, en sus respectivos casos, inexistente convenio colectivo, –y en supuestos extraordinarios aun existente éste– bien excepcionalmente un conflicto jurídico, bien normalmente un conflicto económico o de intereses, sindical o espontánea, que no viole las prohibiciones impuestas para el mantenimiento de servicios esenciales. A lo que podría añadirse siempre que su ejercicio se desarrolle conforme a los requisitos establecidos por la norma.*

- **Huelgas ilegales.**

Son huelgas ilegales (arts. 11 y 7.1 RDLRT):

- **Las huelgas políticas o no profesionales**, cuando se inicien o sostengan *por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados* (art. 11.a RDLRT).
- **Las huelgas de solidaridad o apoyo**, *salvo que afecten al interés profesional de quienes las promuevan o sostengan*. La huelga de solidaridad se produce cuando se adhieren a la misma trabajadores que no pretenden la obtención de ningún beneficio personal sino sólo manifestar su unión con otros, inicialmente promotores del conflicto.
- **Las huelgas novatorias**, *que tengan por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo* (art.11.c. RDLRT).
- **Las huelgas con ocupación de lugares de trabajo (art. 7.1 RDLRT)**. La prohibición de ocupación no puede entenderse como impeditiva del derecho de reunión de los trabajadores, necesario para el desarrollo del derecho de huelga, por lo que, por ocupación debe entenderse *un ilegal ingreso en los locales o una ilegal negativa de desalojo frente a una legítima orden de abandono, pero no, en cambio, la simple permanencia en los puestos de trabajo*. La ocupación se torna ilícita también cuando con ella se vulnera el derecho de libertad de otras personas (como los trabajadores no huelguistas), o el derecho del empresario sobre las instalaciones y los bienes.
- **Las huelgas procedimentalmente irregulares**, que se produzcan en general *contraviniendo lo dispuesto en el presente Real Decreto-Ley, o lo expresamente pactado en convenio colectivo para la solución de conflictos* (art. 11.d. RDLRT). Es decir, aquellas que no respeten las formas de proceder para iniciar la huelga y/o las pautas para su desarrollo previstas por la norma.

- **Huelgas abusivas.**

Se consideran actos ilícitos o abusivos aquellos comportamientos que quiebran el equilibrio de la proporcionalidad que debe existir entre los daños inevitables que toda huelga produce al empresario y los medios empleados en su ejercicio. El art.7.2 RDLRT, contempla los siguientes tipos:

Las huelgas rotatorias, en las que se produce el paro sucesivo en distintos establecimientos o secciones (rotación horizontal) o en diversos grupos o categorías de trabajadores (rotación vertical), de manera que el momento de realización de la huelga se divide en partes concatenadas entre las diversas unidades del ámbito conflictivo.

Las huelgas tapón o estratégicas: son las *efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo*, ya que su paro impide trabajar a los demás. Para que una huelga parcial, que afecta solo a un grupo de trabajadores, sea calificada como estratégica no basta sólo con que se convoque en un sector estratégico de la empresa o el sector, sino que se requiere además, una intencionalidad amplificatoria determinada.

Las huelgas de celo o reglamento, hacen referencia a un minucioso cumplimiento de la actividad, mostrando una extraordinaria atención por los detalles. Con el común denominador de un enorme retraso en las cadencias de trabajo en razón de un exceso de diligencia cualitativa.

Las huelgas atípicas, son aquellas que comporten cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga. El RDLRT se refiere a otras formas de alteración del trabajo, distintas a la manifestación típica de la huelga, entendida como interrupción del trabajo. Algunas manifestaciones son:

- **Huelga de bajo rendimiento, o de trabajo lento**: consisten en la disminución concertada del ritmo laboral por debajo de los niveles normales, pero sin detener la actividad por completo.
- **Huelga de brazos caídos, o huelga blanca**: consistente en la cesación de actividad manteniéndose los trabajadores en sus puestos de trabajo y tiene su causa en la brevedad del paro, o en el deseo de evitar la intervención de esquiroles.
- **Huelga activa** (también llamada a la japonesa o de trabajo arbitrario): el trabajo, lejos de interrumpirse, se lleva más allá de lo debido, produciendo por encima de las previsiones empresariales.

El criterio para decidir sobre el carácter abusivo o no de estas modalidades, será el de proporcionalidad en el daño. Además de este criterio, la huelga deberá considerada abusiva, si la perturbación de la producción se ve acompañada de un efecto multiplicador, de forma que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva, que solo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado.

Cuando el tipo de huelga utilizados no se encuentre contemplado dentro de la relación de huelgas abusivas establecidas en el art.7.2 RDLRT, debe presumirse su validez. Se parte, pues, en tales casos, de la presunción de la licitud de la huelga, de forma que la carga de probar la existencia de los elementos fácticos de la huelga abusiva corresponde al empresario, y a los efectos de cuya calificación no basta con que la huelga origine un daño a la empresa, sino que es preciso que el daño sea grave y haya sido buscado por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica. Así, por ejemplo, las huelgas intermitentes (aquellas en las que a un periodo de inactividad laboral sucede otro de normalidad), no se presumen abusivas, de forma que el empresario deberá probar su ilicitud.

• **LA DINÁMICA DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA.**

El ejercicio del derecho de huelga se desarrolla de la siguiente forma (procedimiento o formalidades):

Convocatoria

La convocatoria de huelga exige la adopción de un acuerdo expreso de convocarla (art. 3.1 RDLRT), estando facultados para ello (art.3.2 RDLRT):

Los representantes unitarios de los trabajadores, en reunión conjunta de dichos representantes y por decisión mayoritaria de los mismos, levantándose acta de aquélla, que deberán firmar los asistentes.

Las organizaciones sindicales con implantación en el centro de trabajo o en la empresa, es decir, que tengan afiliados o cuenten con alguna presencia en la representación unitaria.

Directamente los propios trabajadores del centro o centros de trabajo afectados por el conflicto, siendo precisa una reunión de los trabajadores afectados por el conflicto para que adopten un acuerdo por mayoría simple.

Comunicación de la huelga

El acuerdo de declaración de huelga habrá de preavisarse al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral con 5 días naturales de antelación, al menos, a su fecha de iniciación, o con 10 días naturales como mínimo, cuando la huelga afecte a empresas encargadas de cualquier clase de servicios públicos (art.3.3 RDLRT), debiendo en tal caso dar a la huelga, antes de su iniciación, la publicidad necesaria para que sea conocida por los usuarios del servicio (art.4 RDLRT).

La comunicación deberá hacerse por escrito, comenzando a contarse el plazo de preaviso (los 5 o 10 días naturales) desde la fecha de adopción del acuerdo de declaración. La comunicación escrita habrá de contener, como mínimo (art.3.3 RDLRT): los objetivos de la huelga, las gestiones realizadas para resolver las diferencias, la fecha de su inicio y la composición del comité de huelga.

El preaviso de huelga tiene por objeto que el empresario conozca, previamente a su realización, que se va a llevar a cabo una huelga, a fin de que esté, negocie con el comité de huelga desde el momento de la notificación, dando la oportunidad de llegar a un pacto, incluso evitando la huelga convocada. No se exigirá el cumplimiento del preaviso cuando así lo impongan una notoria fuerza mayor o un estado de necesidad, que tendrán que probar.

El hecho de que la huelga haya de ser comunicada a los empresarios afectados, no significa que haya que hacerse a todos y cada uno de ellos y en todos los casos: la STCo de 30 de enero de 1986 afirma constitucionalmente *la inecesariedad de una notificación individualizada*.

El comité de huelga.

Tiene como función ser, por un lado, un órgano de defensa y negociación con la finalidad de llegar a una solución del conflicto y, por otro, el garante de la prestación de los servicios de seguridad y mantenimiento de la empresa durante la huelga.

Le corresponde participar en cuantas *actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto* (art.5 RDLRT), debiendo *negociar para llegar a un acuerdo que ponga fin a la huelga, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla* (art.8.2. RDLRT). También tiene la función de garantizar durante la huelga la prestación de *los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas* del centro de trabajo (art.6.7. RDLRT). Se trata de una obligación de medio y no de resultado, por lo que no existirá responsabilidad si la prestación de estos servicios no se hubiera efectuado, pero el comité de huelga hubiera efectuado una diligente actividad de vigilancia de los servicios y de advertencia a los trabajadores incumplidores de las consecuencias de sus actos.

Estará compuesto por un número máximo de doce personas, elegidas únicamente de entre los trabajadores del *propio centro de trabajo afectados por el conflicto* (art.5 RDLRT).

La prohibición del esquirolaje, los piquetes y el respeto de la liberalidad de trabajo de los no huelguistas.

En tanto dure la huelga, *el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo en caso de incumplimiento de las obligaciones de garantía de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas* (art.6.5RDLRT).

No podrá, por tanto el empresario, contratar esquiroleros, esto es, trabajadores que se presten a realizar el trabajo abandonado por los huelguistas, salvo en los casos justificados por el ordenamiento.

El objeto de la prohibición de esquirolaje es, sin duda la denominada sustitución externa de trabajadores en caso de huelga, esto es, la contratación de trabajadores no vinculados a la empresa jurídicamente antes de la huelga (art.6.5.RDLRT), por lo que escapa en principio a la prohibición del precepto, la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia plantilla de la empresa que no secundan la huelga. La sustitución interna de trabajadores en caso de huelga, permitida como regla general, puede sin embargo ser abusiva desde el momento en que el poder de dirección del empresario se ejerza con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el propio paro en el trabajo. De este modo es ilícita, la sustitución de los trabajadores en huelga *por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado* (STCo 123/1992).

El incumplimiento de los trabajadores de la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y las cosas, posibilita al empresario la contratación de otros trabajadores.

Por lo que a la acción de piquetes se refiere, se ampara en la previsión legislativa de que *los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna* (art.6.6.RDLRT). La función de los piquetes es por tanto: efectuar publicidad de la huelga, y llevar a cabo la recogida de fondos sin coacción alguna.

Como límite a su actuación y derecho de los trabajadores no huelguistas, se encuentra el obligado respecto a *la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga* (art. 6.4.RDLRT). El poder disciplinario del empresario faculta para sancionar a los trabajadores que ejerzan coacción o cometan agresiones verbales o físicas sobre los no huelguistas, con independencia de que la coacción sobre otros trabajadores también puede ser objeto de sanción penal.

Adopción de servicios de seguridad (de las personas y de las cosas) y de mantenimiento de las instalaciones.

Durante la huelga se tiene que garantizar *la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, el mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa* (art.6.7.RDLRT).

Al empresario le corresponde proponer qué medidas de seguridad y servicios son las necesarias. La designación de los trabajadores que deban efectuar estos servicios de mantenimiento, atribuida en exclusiva al empresario en la versión primitiva del art.6.7.RDLRT, es en realidad una facultad compartida entre el empresario y el comité de huelga. Si no se consigue acuerdo, la jurisprudencia ha señalado que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra su criterio, sino que ambas están legitimadas para pedir la

tutela jurisdiccional. Parece lógico tener previsto un sistema previo de mediación o arbitraje para solventar el desacuerdo que pueda producirse.

La ejecución de las medidas de seguridad señaladas compete a los propios trabajadores designados. Si los trabajadores designados incumplieran su obligación de prestar servicios, no obstante haber cumplido con su obligación el comité de huelga, podrá lugar al despido de los trabajadores incumplidores.

La garantía de la prestación de los servicios necesarios corresponde, finalmente, al comité de huelga, de forma que si el comité no presta esta participación, la huelga podrá ser considerada como abusiva, con la consecuencia de que el empresario podrá sancionar a los trabajadores en huelga. Además, se genera una responsabilidad para los sujetos convocantes de la huelga, que podría traducirse en una indemnización por daños y perjuicios.

Terminación de la huelga.

Al margen de los procedimientos que, para la solución de los conflictos que den origen a la huelga, pudieran estar establecidos por convenio colectivo, el propio RDRLT contempla las siguientes formas de terminación de la huelga:

- Puede ser desembocada por decisión unilateral de los trabajadores, art.8.2.RDLRT.
- Puede finalizar por acuerdo entre las partes en conflicto, como consecuencia de la negociación directa a la que están obligados el comité de huelga y el empresario, *y en su caso los representantes designados por los distintos comités de huelga y por los empresarios afectados*, desde el momento de preaviso y durante la huelga. El acuerdo *tendrá la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo* (art.8.2.RDLRT).
- Como consecuencia del arbitraje obligatorio acordado por el Gobierno previa propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional*, y cuyo incumplimiento podrá dar lugar a las sanciones previstas por el ordenamiento jurídico (art.10.1.RDLRT). No por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje. El laudo podrá ser impugnado en 3 casos concretos: ilegalidad de su contenido por atentar contra normas imperativas, existencia de vicios esenciales (falta de audiencia a las partes) y que no se haya garantizado la imparcialidad del arbitro.

• LÍMITES Y EFECTOS DEL DERECHO DE HUELGA.

Límites del derecho de huelga.

El derecho de huelga ha de conjugarse con el resto de derechos y bienes protegidos por el ordenamiento, en especial con los de rango constitucional.

• Mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

La CE a la vez que reconoce el derecho de huelga (art.28.2), encomienda a la ley que lo regule la existencia de *establecer garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*. Por su parte, el REDLRT, establece que *cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios* (art.10.2.).

Nos encontramos ante una colisión entre dos intereses concurrentes. El de los trabajadores, que deciden recurrir a la huelga como medida de presión ante una situación conflictiva, y el interés de los ciudadanos usuarios de determinados servicios esenciales que pueden verse afectados por la huelga.

Ante este conflicto, se podría dar prevalencia al interés de los huelguistas, o bien, al interés de los ciudadanos usuarios de tales servicios. Entre estas dos posturas, la CE asume una solución de compromiso, admitiendo la huelga en los servicios esenciales, pero limitándola de forma que no se paralícen, garantizando, que se sigan prestando durante la huelga, si bien su funcionamiento no será el normal.

La primera cuestión es determinar cuáles son los servicios esenciales para la Comunidad. Ante esto, el RDLRT se refiere a *empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad*, mientras que el art.28.2 CE lo hace escuetamente a *servicios esenciales de la comunidad*.

A la hora de definir los *servicios esenciales* se distinguen dos líneas interpretativas. Para la primera, *son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales necesarias para la vida de la comunidad*, y de acuerdo con la segunda, *para que un servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos*, entendiendo por estos últimos *los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos*. El TC, tras un periodo inicial se ha decantado por la línea segunda, por ser la mejor que concuerda con los principios que inspira la CE.

Por otro lado, en cuanto al desarrollo de los servicios, el RDLRT requiere asegurar su *funcionamiento*, mientras que la CE lo hace sólo del mero *mantenimiento* de los mismos. El TC ha dicho, sin embargo, que *aunque a primera vista puede parecer algo más amplia la expresión funcionamiento que la del art.28.2 CE, se reconduce sin demasiada dificultad al texto constitucional, en el sentido de que los servicios a mantener son los esenciales* (STCo de 8 de abril de 1981).

Mantener un servicio implica prestar los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal.

El mantenimiento de las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad corresponde a la autoridad gubernativa (art.10.2.RDLRT), entendiendo por tal aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno y no genéricamente a la Administración pública.

La determinación de las medidas para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales no puede dejarse en manos de los órganos de gestión y administración del servicio donde se desarrolla la huelga ya que entonces faltarían, los requisitos de neutralidad y imparcialidad.

Aunque en la práctica es frecuente que la autoridad gubernativa abra un período de consultas o, incluso, de negociación con los huelguistas y sus representantes, con el fin de acordar de modo conjunto, si es posible, el establecimiento de las medidas precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales, tal negociación, no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa.

La autoridad gubernativa puede adoptar, entre otras, las siguientes medidas:

- El establecimiento de los *servicios mínimos* indispensables para el mantenimiento de la actividad y consiguiente llamada para su cobertura o atención a un cupo o número determinado de trabajadores, cuya prestación laboral es por ello *debida*, sin que puedan legalmente secundar la huelga convocada.
- La asunción por la propia Administración de los trabajos indispensables para el mantenimiento de la actividad esencial.
- El recurso a un arbitraje obligatorio (art.10.1.RDLRT), cuando el mantenimiento de los servicios esenciales no ha sido asegurado mediante otras garantías previas.

- La militarización de los trabajadores huelguistas, medida sólo constitucionalmente viable en el ámbito de la declaración formal de los estados de alarma, excepción o sitio.

- **Otros límites al derecho de huelga.**

Otros límites implícitos al derecho de huelga, hay que buscarlos en que su ejercicio conlleva limitaciones para *la libertad del empresario, influye en los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga, y puede incidir en los terceros, usuarios de los servicios de la empresa y público en general, a quienes no deben imponérseles más gravámenes o molestias que aquellos que sean necesarios*. Por ello su ejercicio exige *proporcionalidad, sacrificios mutuos* y, en definitiva, interdicción de los abusos.

Pero hay otras previsiones más directas, una de ellas es la que exige que en caso de huelga se respete la libertad de trabajo de los trabajadores que decidan no sumarse a la huelga.

También los bienes y derechos empresariales, y los de otras personas pertenecientes a la empresa, merecen protección. Por ello la ley exige en toda huelga *la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, para el mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas, y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa*.

Otro límite general es el de que ha de hacerse compatible con el orden público y la seguridad del Estado.

Efectos del Derecho de Huelga.

Los efectos son diferentes en función de que el ejercicio de la huelga respete los requisitos de fondo y de procedimiento previstos por el ordenamiento jurídico (huelga legal), o bien se realice al margen o en contravención del mismo (huelga ilegal).

- **Efectos de la huelga legal.**

La huelga suspende el contrato de trabajo (arts.45.11.ET y 6.2.RDLRT): *el ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral* (art.6.1.RDLRT).

Durante la huelga se produce, por tanto, la interrupción de las obligaciones recíprocas del contrato de trabajo: la obligación de la prestación del trabajo y la del pago de salarios.

El empresario no puede despedir, o imponer otra sanción al trabajador, por incumplir su prestación laboral como consecuencia de su participación en una huelga legal; si así lo hiciera, sería nulo por violación de un derecho fundamental.

El empresario puede descontar el salario al trabajador correspondiente al tiempo no trabajado por el ejercicio de la huelga, en la parte proporcional de las retribuciones relacionadas con el tiempo de trabajo así como las correspondientes al descanso semanal y días festivos. No incide en la retribución de las vacaciones anuales ni en su duración, ni en la retribución correspondiente a los días festivos anuales.

Las faltas de asistencia al trabajo no se computan como absentismo a efectos de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (art.52.d.ET).

Por lo que se refiere a las relaciones con la Seguridad Social, el trabajador en huelga permanecerá en situación de alta especial (situación asimilada al alta), se suspende la obligación de cotización por parte del empresario y del propio trabajador, y éste no tendrá derecho a la prestación por desempleo, ni a la económica por incapacidad temporal (art.6.3.RDLRT).

- **Efectos de la huelga ilegal.**

El ejercicio de una huelga ilegal a suponer **incumplimiento del contrato** por parte del trabajador puede tener como consecuencia la adopción del **despido disciplinario o de una sanción menor** (art.54.1.ET). Sin embargo, la jurisprudencia entiende que para que prosperen estas sanciones el trabajador debe haber participado activamente en la huelga, siendo responsable o instigador de la misma.

El empresario no tiene la obligación de imponer a todos los huelguistas la misma sanción, pero ello no significa que pueda ser arbitrario en la toma de sus decisiones, ya que, se encuentra limitado con la obligación de no crear discriminaciones entre los trabajadores.

Los efectos de una huelga ilegal sobre los salarios de los trabajadores son los mismos que para una huelga legal. En relación con la Seguridad social puede producir una baja temporal en ésta sin cotizaciones a ingresar por el empresario.

Finalmente, otro efecto es la posibilidad de exigir responsabilidades de tipo económico, para la reparación de los daños causados al empresario.

- **EL CIERRE PATRONAL.**

Concepto y Fundamento.

El cierre patronal es una medida de presión laboral tomada a iniciativa del empresario, o por acuerdo de varios empresarios, como consecuencia de un conflicto laboral, que consiste en el cierre temporal de la empresa dejando suspendidos los contratos de trabajo.

Nuestra CE lo reconoce implícitamente en el art.37.2 (adopción de medidas de conflicto colectivo), pero no es un verdadero derecho fundamental, por lo tanto, el reconocimiento constitucional es de menor nivel al derecho de la huelga. Esto se debe a que la situación de los trabajadores es de inferioridad frente al empresario, por lo que para conseguir una equiparación entre ambos sujetos es necesario dotar de una mayor protección a los trabajadores.

El TC en algunas de sus sentencias ha establecido que no será lícito el cierre patronal agresivo u ofensivo (cuando el empresario cierra porque pretende imponer a los trabajadores determinadas condiciones con finalidades políticas, etc) que pretenda dejar sin contenido el derecho de huelga u otra medida colectiva adoptada por los trabajadores. Por lo que sólo se ajusta a derecho el cierre defensivo (preservar la integridad de las personas, bienes o instalaciones, es como un poder de policía ejercitado por el empresario).

Causas.

Las causas para que haya un cierre patronal son:

- Notorio de peligro de violencia para las personas o daño grave para las cosas. Este peligro debe ser una amenaza real grave e inminente, por lo que, el empresario deberá probar que se encuentra en dicha situación (piquetes peligrosos).
- Ocupación ilegal del centro o sus dependencias, o peligro cierto de que se produzca.
- Por inasistencia o irregularidades en el trabajo que impidan gravemente el proceso normal de producción. Tal gravedad existe cuando se producen perjuicios reales adicionales a los derivados de una huelga.

El cierre patronal se considerará ilegal o legal dependiendo de si existe una de estas tres causas o no.

El procedimiento.

Se encuentra regulado en el art.13 RDLRT que exige los siguientes aspectos:

Ponerlo en conocimiento de la autoridad laboral en el término de 12 horas, que deberán contarse desde el momento del cierre del centro, esta comunicación no exige forma alguna, aunque lo normal será que se elija una que deje constancia de ello. Esta comunicación es condición necesaria pero no suficiente para la licitud del cierre, ya que como es visto además deberán incurrir las anteriores causas.

La duración del cierre se limita al <tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa o para la remoción de las causas que lo motivaron>, es decir, hasta que desaparezcan las causas que lo motivaron, y si prolonga más allá de estos límites será ilícito.

El empresario estará obligado a la reapertura del centro cuando la administración así lo requiera en el plazo que establezca, en caso de incumplimiento el cierre será ilegal desde el momento en que el empresario incumple dicho requerimiento. Si la orden de apertura fuera injustificada, la administración indemnizará por daños y perjuicios a la empresa.

Efectos.

- Suspensión de los contratos de trabajo, por lo que, no hay prestación laboral ni derecho a percibir salario, la jurisprudencia, no obstante, ha admitido y considerado como legal el pago de salarios discriminatoriamente a trabajadores durante un cierre patronal lícito. El cierre nunca puede suponer la reducción de la duración de las vacaciones de los trabajadores.
- Cesa la obligación del empresario de cotizar a la Seguridad social quedando los trabajadores en situación de alta especial, sin poder percibir prestación por desempleo ni por incapacidad temporal.

Por el contrario si el cierre patronal es ilegal, el empresario debe abonar los salarios devengados por el tiempo no trabajado por causa de cierre, así como cotizar por seguridad social y percibir las prestaciones por desempleo e incapacidad temporal.

TEMA 6: EL CONTRATO DE TRABAJO.

• EL CONTRATO DE TRABAJO CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

Concepto.

El contrato de trabajo es la relación que vincula al trabajador y empresario, y que consiste en que el trabajador de forma voluntaria por cuenta ajena y retribuida presta sus servicios, dentro del ámbito de organización y dirección del empresario.

Características generales.

- **Es un contrato de cambio**, con interés contrapuestos donde el empresario quiere obtener trabajo y el trabajador un salario.
- **Es un contrato bilateral**, porque hay obligaciones para ambas partes.
- **Es un contrato oneroso** (no es gratuito).
- **Es un contrato sinalagmático**, porque hay relaciones recíprocas.
- **Es un contrato conmutativo**, porque la equivalencia en las prestaciones se determina inicialmente.
- **Es un contrato consensual**, porque se basa en el consentimiento de las partes (el consentimiento es el que perfecciona el contrato).

- **Es un contrato típico**, ya que está previsto en la ley, Título I del ET.

Elementos esenciales del contrato de trabajo.

De acuerdo con el art.1261 Código Civil, *no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca.*

La ausencia de cualquiera de estos tres componentes supone la nulidad del contrato de trabajo, caso en el que, de acuerdo con lo previsto en el art.9.1.ET, el trabajador podría exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración correspondiente a un contrato válido.

- **El consentimiento en el contrato de trabajo.**

Es evidente que, para que exista contrato, es necesario un **acuerdo de voluntades** o intención común de las partes. Si no existe tal intención común, el contrato será nulo, al igual que si la voluntad de las partes estuviera viciada por error, dolo, violencia o intimidación.

Los vicios del consentimiento sobre el contrato de trabajo:

- **El error**, para invalidar el consentimiento, **debe ser relevante o sustancial**, de modo que sólo el error sobre aspectos decisivos para la celebración del contrato invalidará el consentimiento (p.e. los de error en el tipo de trabajo).
- **El dolo**, que existe cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no hubiera hecho.
- **La violencia**, implica que el consentimiento se arranca empleando una fuerza física irresistible, mientras que **la intimidación** supone la amenaza de un mal antijurídico, inminente y grave.
- **Objeto del contrato de trabajo.**

El objeto del contrato de trabajo son, los servicios que el trabajador presta y el salario con que se retribuye, y debe reunir los siguientes requisitos:

- Ha de ser **lícito**, de modo que no pueden ser objeto de contrato los servicios contrarios a las leyes o las buenas costumbres (art.1271 C.C.).
- Ha de ser **posible**, de forma que no pueden ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles.
- Ha de estar **determinado**, lo que implica que, a la hora de celebrar el contrato de trabajo, hay que determinar qué servicios prestará el trabajador, y en qué condiciones (lugar, tiempo, etc).
- **Causa del contrato de trabajo.**

La causa del contrato es la razón o justificación de por qué el ordenamiento jurídico tutela una determinada manifestación de la autonomía de la voluntad, caracterizado como el que regula el intercambio de servicios en régimen de dependencia y ajenidad por un salario.

Distinción de figuras afines.

Las figuras afines al contrato de trabajo, se explican en términos de autonomía en la organización y en la prestación de la actividad, con el elemento determinante de la propiedad de su resultado: siempre del empresario y desde el inicio de la producción en el contrato de trabajo.

- **Respecto del mandato.**

Según el art.1709 Código Civil (C.C.) *por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.*

La diferencia entre mandato y contrato de trabajo, debe encontrarse en que en el mandato, el mandatario, hace algo en provecho de otra persona, ocupando su lugar en el mundo físico y jurídico, y atribuyendo los efectos de su actuación al patrimonio del mandante, mientras que en el contrato de trabajo, el trabajador, no hace lo que le compete a otro, sino sólo lo que a él compete. Es decir, el mandatario obra *como si fuera el mandante, en lugar de este*, ejecutando lo que pertenece a la esfera propia de actuación del mandante; el mandatario actúa siempre con autonomía, aunque reciba instrucciones al recibir el encargo. Por el contrario, el trabajador, que *obra por sí en provecho ajeno*, lo hace en dependencia de su empresario.

- **Respecto del contrato de sociedad.**

El art. 1665 C.C. dice que el contrato de sociedad, implica *la puesta en común de bienes, dinero o industria, con ánimo de repartir las ganancias.*

Las diferencias con el contrato de trabajo parten de que el contrato de sociedad, es asociativo, ya que los intereses de las partes son coincidentes, mientras que el de trabajo los intereses de las partes son contradictorios. En el contrato de sociedad falta la ajenidad que define el contrato de trabajo.

Hay un supuesto en el que las líneas de separación se difuminan; en el caso de las Sociedades Laborales (Anónima Laboral y de Responsabilidad Limitada Laboral), en las que el 51% del capital social pertenece a los trabajadores que presten en ellos sus servicios retribuidos de forma directa y personal, y cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido. Así parte de los socios son, al mismo tiempo, trabajadores, lo mismo sucede con las Sociedades Cooperativas de Trabajo Asociado.

- **Respecto del arrendamiento de obra.**

El art. 1554 C.C. lo define como aquel *contrato por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por un precio cierto*, el contrato de trabajo se diferencia fundamentalmente en que, el objeto de la obligación del trabajador es el trabajo o actividad, no el resultado final conseguido, como sucede en el arrendamiento de obra. Además, en el arrendamiento de obra, quién ejecuta la obra, lo hace con *independencia o autonomía*, no sometido al ámbito de organización y dirección de quien la encarga.

- **Respecto al arrendamiento de servicios.**

De acuerdo con el art.1554 C.C. es aquel *contrato por el que una de las partes se obliga a prestar un servicio a cambio de un precio cierto*. La diferencia entre contrato de trabajo y arrendamiento de servicios, estriba en la nota de dependencia o subordinación de quién presta el servicio respecto de quién lo encarga, característica del contrato de trabajo que no existe en el arrendamiento de servicios. Ejemplo típico de arrendamiento de servicios es el contrato que liga a los *profesionales liberales* (abogados, médicos, arquitectos, etc) con sus clientes.

- **Respecto del contrato de transporte.**

Es aquel contrato por el que una persona (porteador) se obliga a cambio de un precio a trasladar de un lugar a otro a un bien o persona determinada, o a ambos a la vez. Es de naturaleza mercantil de conformidad al Código de Comercio, cuando tenga por objeto mercancías o cualesquiera efectos de comercio o, cuando siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el porteador o se dedique habitualmente al comercio. Las diferencias con respecto al contrato de trabajo son:

- **Diferencias subjetivas:** en el contrato de trabajo, quien presta los servicios (el trabajador) es en principio insustituible, mientras que en el de transporte, el transportista puede ser sustituido. Además, en el contrato de trabajo existen dos sujetos (empleador y trabajador), mientras que en el contrato de transporte, normalmente aparecen tres: empresario, cargador y transportista.
- **Diferencias objetivas:** en el contrato de trabajo el trabajador únicamente es deudor una actividad, mientras que en el de transporte el transportista debe un resultado que obtiene mediante el uso de un medio de locomoción propio.
- **Diferencias modales:** el transportista actúa por su cuenta y en régimen de autoorganización, mientras que el trabajador lo hace por cuenta y dependencia ajena.

El art.1.3.g. ET excluye de su ámbito de aplicación *la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizadas mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada por aun mismo cargador o comercializador*. Conforme al ET, por voluntad del legislador, quedan excluidos del ámbito laboral, los transportistas que cumplan las siguientes condiciones:

- Que ejerzan su actividad al amparo de las correspondientes autorizaciones administrativas que se regulan en la legislación sobre transporte terrestre (Ley 16/1987, de Ordenación del Transporte Terrestre y Reglamento de aplicación).
- Que ostenten la propiedad o poder directo de disposición sobre el vehículo.
- Que se trate de autorizaciones de servicio público, o sea, el que se lleva a cabo por cuenta ajena, mediante precio, tal y como se especifica en la LOTT.

- **Respecto del contrato de agencia.**

El contrato de agencia, de carácter mercantil, regulado en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, es *aquel por el cual una persona, natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra, de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones*. La principal diferencia con el contrato de trabajo radica en que en el de agencia, el agente desarrolla y organiza su actividad con criterio propio e independiente; es pues, la *falta* de la nota de *dependencia* lo que lo coloca fuera del ámbito laboral.

- **CAPACIDAD PARA CONTRATAR.**

En principio, toda persona, por el mero hecho de serlo desde su nacimiento se le reconoce una **capacidad jurídica general** (art.30 C.C., solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno), o sea, una aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Pero además, nuestro ordenamiento exige que quienes celebran cualquier contrato, tengan **capacidad de obrar**, es decir, aptitud específica para realizar actos jurídicos eficaces y en consecuencia capaces de obligarse. La capacidad de obrar que se requiere a los sujetos para obligarse por el contrato de trabajo precisa de la concurrencia de determinados requisitos que se analizan seguidamente.

Capacidad para contratar del trabajador

Para celebrar válidamente un contrato de trabajo, el trabajador debe reunir determinados requisitos de edad y nacionalidad.

- **Edad.**

Tienen **capacidad plena** para celebrar contratos de trabajo los mayores de 18 años y los menores de dicha edad emancipados (que puede ser por matrimonio, por concesión de los que ejerzan la patria potestad y por concesión judicial) (art.7.a. ET).

Asimismo, tienen capacidad plena, los menores de 18 años y mayores de 16 que vivan de forma independiente con el consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que los tenga a su cargo (art.7.b ET).

Por lo que los mayores de 16 años y menores de 18 años, no casados ni emancipados de hecho, tienen **capacidad limitada**, por cuanto se requiere la previa autorización de sus representantes. Esta autorización puede ser tácita o expresa y no puede ser revocada.

Junto a los supuestos de capacidad plena y limitada, existen determinadas **prohibiciones** para trabajar por razón de edad:

- Los menores de 16 años (art.6.1.ET), salvo el trabajo en espectáculos públicos, que deberán ser autorizados por la autoridad laboral, permiso que deberá ser escrito y para actos determinados siempre que no haya peligro para la salud física ni para la formación profesional y humana del menor (art.6.4 ET).
- Se prohíbe a los menores de 18 años realizar trabajos nocturnos o en aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, considere insalubres, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana (art.6.2.ET); y realizar horas extraordinarias (art.6.3.ET).
- **Nacionalidad.**

El art.7.c. ET establece que podrán contratar la prestación de su trabajo los extranjeros, de acuerdo con la legislación específica sobre la materia. Podemos distinguir entre los ciudadanos de países de la Unión Europea y el resto de extranjeros:

- **Ciudadanos comunitarios:** Los ciudadanos de Estados miembros de la UE gozan de libre circulación en España, lo que significa que no podrán ser objeto de discriminación alguna respecto a los trabajadores españoles, pudiendo residir en España para ejercer su empleo y pudiéndose quedar en España tras haber desempeñado su empleo. Existen dos límites a esta equiparación plena con los españoles:
 - Reserva de determinados empleos que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o la Administración Pública (p.e. órganos constitucionales, diplomáticos, etc).
- Se puede denegar la entrada o acordar la expulsión por razones de orden o salud públicos.

Por tanto, los nacionales de Estados miembros de la UE así como sus familiares tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, así como acceder a cualquier actividad por cuenta propia y ajena, necesitando únicamente la tarjeta de residencia.

- **Resto de extranjeros:** Los extranjeros podrán encontrarse en España en alguna de las situaciones siguientes:
 - **Situación de estancia:** que es la permanencia por un período no superior a 90 días, que podrá prorrogarse por otros 90 días, siempre que obtenga la prórroga de estancia o un permiso de residencia.

- ***Situación de residencia temporal:*** que es aquélla que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a 5 años. Las autorizaciones inferiores a los 5 años podrán prorrogarse a petición del interesado. También podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de 2 años en territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia.
- ***Situación de residencia permanente:*** que es aquélla que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. Tendrán derecho a ella quienes hayan tenido residencia temporal durante 5 años.

Para los supuestos de residencia temporal y permanente, es necesario obtener permiso de residencia.

Los extranjeros mayores de 16 años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España, deben obtener el permiso de trabajo.

Ningún empleador o empresario podrá contratar a un extranjero que no esté autorizado a trabajar en España, salvo que haya sido exceptuado de la obligación de proveerse del permiso de trabajo por encontrarse en alguno de los casos o de acuerdo con lo previsto en los Tratados y Convenios internacionales celebrados en España (art.66.2. RD 864/2001, de 20 de julio). El art.36.3, Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, contempla el caso del trabajador extranjero sin autorización para trabajar, y sin que el empresario haya solicitado a su vez autorización para contratarlo, estableciendo que la carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto del trabajador extranjero.

El **permiso de trabajo** es la autorización para realizar en España actividades lucrativas por cuenta ajena. Para su concesión inicial se tendrá en cuenta la situación nacional del empleo y tendrá las siguientes **características:**

- Una duración inferior a 5 años y podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad.
- Podrá renovarse a su expiración si persiste o se renueva el contrato.
- Transcurridos 5 años desde la concesión del primer permiso de trabajo y las prórrogas correspondientes, el permiso adquirirá carácter permanente.

Además de los permisos de trabajo anteriores existen autorizaciones temporales para casos concretos como: para realizar prácticas profesionales y de formación o para extranjeros con tarjeta de estudiante podrán ser excepcionalmente autorizados a realizar actividades laborales por cuenta ajena, siempre que sean compatibles con los estudios y los ingresos obtenidos no tengan el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia.

Además de otras personas, quedan **exceptuados** de la obligación de obtener permiso de trabajo aquellas que, por ejemplo, su actividad como técnicos y científicos extranjeros contratados por el Estado, docentes extranjeros invitados o contratados por una universidad española para desarrollar tareas lectivas, corresponsales de medios de comunicación extranjeros, o por otras condiciones, como es el caso de españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española.

Los permisos de trabajo y las autorizaciones administrativas pueden ser renovados temporalmente y, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- Si persiste o se renueva el contrato de trabajo que motivaron su concesión inicial.
- Cuando por la autoridad competente se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación.
- Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público

destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma.

La Ley señala que representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones o prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

Por último, según la jurisprudencia, el contrato de trabajo de un extranjero sin permiso de trabajo, será nulo, sin perjuicio de que quién haya prestado servicios pueda exigir la remuneración correspondiente al tiempo trabajado. Así la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo es falta muy grave, sancionable con multas desde 1.000.001 hasta 10.000.000.

Capacidad para contratar del empresario.

El ET no establece nada al respecto por lo que habrá de estar a las reglas generales del Derecho Civil y Mercantil.

Pueden ser empresarios, tanto las personas físicas como las jurídicas. Si el empresario es persona física, su capacidad jurídica y de obrar se rige por las normas generales del Código Civil. Si es menor de edad, podrá contratar a través de su representante.

Las personas jurídicas pueden ser empleadoras cualquiera que sea su forma de constitución y cualquiera que sea su naturaleza. Así, serán empleadoras las sociedades, las asociaciones, las fundaciones y las corporaciones. Las sociedades podrán serlo civiles, cooperativas o mercantiles.

Asimismo, los entes sin personalidad pueden ser también empresarios, como sucede con las comunidades de bienes.

• FORMA Y PRUEBA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Forma del contrato de trabajo.

• Forma del contrato de trabajo: principio general de libertad de forma.

La **forma del contrato** es el modo a través del cual, las partes expresan su voluntad de crear un negocio jurídico.

En nuestro Derecho rige con carácter general el **principio espiritualista**, conforme al cual los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, sin necesidad de plasmar este consentimiento de una forma determinada. Según el art.1278 C.C. *los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en la que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*. El art.8.1 ET recoge este principio diciendo que *el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra*.

• Supuestos de necesidad de forma escrita.

El art. 8.2 ET establece una serie de supuestos en los que el contrato de trabajo **deberá celebrarse por escrito**:

- *Cuando lo exija una disposición legal*, es el caso del ejercicio de la abogacía, cuando se hace por cuenta ajena bajo el régimen laboral.

El ET, exige forma escrita para el contrato del auxiliar asociado (art.10.3), para todos los contratos de trabajo que celebren las Administraciones Públicas, para los contratos de trabajo celebrados por ETT debidamente autorizadas, para el contrato de trabajo para el fomento de contratación indefinida y para casi todas las relaciones laborales de carácter especial.

- Además el propio art.8.2 recoge un catálogo de contratos que deben constar por escrito:
 - Contrato en prácticas.
 - Contratos para la formación.
 - Contrato de inserción.
 - Contrato de relevo.
 - Contrato a tiempo parcial.
 - Contrato fijo–discontinuo.
 - Contrato a domicilio.
 - Contrato de trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero.
 - Contrato para obra o servicio determinado.
 - Contrato por tiempo determinado superior a 4 semanas.
- Por otro lado, el art.8.4 ET atribuye la posibilidad a cualquiera de las partes de exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral.

La exigencia de la forma escrita para el contrato de trabajo, tiene naturaleza meramente declarativa y no ad solemnitatem, lo que significa que su omisión en ningún caso comporta la ineficacia del contrato, sino que pone en juego la presunción según la cual de no observarse tal exigencia el contrato se presumirá celebrado a jornada completa y por tiempo indefinido (art.8.2), presunción que admite prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios.

Además de los contratos que deben celebrarse por escrito, el propio ET exige que determinados pactos contractuales consten por escrito, como son: el período de prueba (art.14.1) y el pacto de permanencia en la empresa (art.21.4). En estos casos, la forma si tiene el carácter de requisito esencial, de forma que si no se pactan por escrito, no se podrán hacer valer frente a la otra parte.

• **Obligación de entregar copia básica.**

El art.8.3 ET obliga al empresario a entregar a la representación legal de los trabajadores una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, salvo los contratos de alta dirección, sobre los que sólo existe obligación de notificación. La función es procurar un control y garantía de que el contrato se adecua a la legalidad vigente.

Dicha copia básica contiene todos los datos del contrato a excepción del DNI, domicilio, estado civil y cualquier otro que pudiera afectar a la intimidad personal. El plazo para entregarla no será superior a 10 días desde la formalización del contrato, será firmada por los representantes de los trabajadores como forma de acreditar la entrega, y remitirla a la Oficina de Empleo. De no existir representación legal de los trabajadores

se enviará igualmente a la Oficina de Empleo.

- **Deber de información de las condiciones aplicables al contrato.**

El art.8.5 ET impone al empresario, la obligación de informar a cada trabajador por escrito sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, cuando la relación laboral sea de duración superior a 4 semanas y siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato celebrado por escrito (Se detalla en Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio).

Dicha obligación se entenderá cumplida cuando tales elementos y condiciones figuren ya en el contrato formalizado por escrito que obre en poder del trabajador. Cuando este contrato contenga parcialmente la información relativa a los citados elementos y condiciones el empresario deberá facilitar por escrito dicha información al trabajador en el plazo de dos meses a contar desde el inicio de la relación laboral.

Cualquier modificación de estas condiciones también debe ser formalmente comunicada en el plazo de un mes a partir de que sea efectiva.

El incumplimiento de esta obligación no tiene repercusiones sobre la validez y eficacia del contrato, si bien constituye una infracción leve, sancionable con multa de 5.000 a 50.000 pesetas.

De forma resumida, la información detallada a facilitar al trabajador versa sobre los siguientes extremos: sujetos del contrato, duración de la relación, centro de trabajo, categoría o grupo profesional del puesto de trabajo, retribuciones, jornada y su distribución, vacaciones y periodo de disfrute, plazos de preaviso, que en su caso, estén obligados a respetar el empresario y el trabajador en el supuesto de extinción del contrato, y convenio colectivo aplicable a la relación laboral, precisando los datos concretos que permitan su identificación.

Prueba del contrato de trabajo.

- **Medios de prueba del contrato de trabajo.**

Nuestro ordenamiento común (art.1214 C.C.) sienta el principio general según el cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, la de su extinción al que la opone, en este caso, quién prestaba los servicios, si reclama judicialmente, deberá probar que existía un contrato de trabajo, es decir, deberá probar que prestaba servicios en régimen de dependencia y ajenidad, a cambio de un salario.

A estos efectos, el derecho prevé la existencia de unos medios de prueba, mediante los cuales, el trabajador intentará demostrar a un tercero, generalmente el Juez de lo Social que existe o existió el contrato de trabajo. Estos **medios de prueba (arts 90–96 LPL) son:**

- **La confesión**, que es toda declaración de las partes en el proceso, con fundación probatoria, para que una de las partes el empresario reconozca la existencia del contrato de trabajo por la parte que negaba su existencia.
- **Los documentos**, objeto en el que consta por escrito una declaración de voluntad, una idea, pensamiento, conocimiento o experiencia, que aplicado al caso que nos ocupa, serían aquellos documentos a través de los cuales se puede probar la existencia de un contrato de trabajo (recibos, fichas de control de horario, Alta de Inspección de Trabajo, etc). Además del documento escrito, se esta admitiendo como medio de prueba, los resultados de aplicar los instrumentos que proporcionan los avances de la tecnología, como las cintas de vídeo, magnetofónicas, etc.
- **Los testigos**, terceras personas, distintos del trabajador y el empresario, que con su declaración acerca

de los hechos de los que tienen conocimiento pueden contribuir a demostrar la existencia del contrato de trabajo.

- **La presunción de laboralidad.**

Otro instrumento a favor de la existencia del contrato de trabajo es la presunción de laboralidad de la relación.

La presunción aparece como aquella actividad del juzgador o del legislador por la cual se afirma un hecho a partir de la afirmación de un hecho distinto, con el cual guarda alguna relación.

Las **presunciones**, pueden ser **judiciales**, cuando el juez, a la vista de los hechos que las partes han probado, presume la existencia de determinado hecho, o **legales**, cuando la propia ley, establece que cuando se produzca un determinado hecho, se presumirá otro, admitiendo o no prueba en contrario. Las presunciones legales se denominan *iuris tantum* o *iuris et de iure*, según admitan o no prueba en contrario.

Dice el art.8.1 ET que *el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.*

- **RELACIONES LABORALES DE CARÁCTER ESPECIAL: ESTUDIO DE LOS ALTOS DIRECTIVOS Y DE LOS REPRESENTANTES DE COMERCIO.**

Relaciones laborales de carácter especial: enumeración.

Son aquellas relaciones de trabajo –por tanto no excluidas del ámbito del ET–, que dadas las especiales características que en ellas concurren precisan de una regulación diferenciada que las tutele.

Algunas de las razones de su particular tratamiento son: la especial confianza que requiere la relación, la forma de prestar la actividad, el centro o la institución que la recibe, u otras que van estrechamente ligadas a la condición o situación del sujeto que la realiza.

El ET (art.2) se limita simplemente a nombrar las relaciones especiales, sin precisar sus características, tan solo señala lo que resulta ser una obviedad y es que su regulación *respetará los derechos básicos reconocidos en la CE* (art.2.2.ET).

Son relaciones laborales de carácter especial:

- El personal de alta dirección, que no se limite puramente al mero desempeño del cargo de Consejero o miembros de los órganos de administración de la empresa, que revista la forma jurídica de sociedad, y siempre que su actividad en la misma sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo, que como se ha visto quedan excluidos del ámbito del ET (art.1.3.c ET).
- La del servicio del hogar familiar.
- La de los penados en instituciones penitenciarias.
- La de los deportistas profesionales.
- La de los artistas en espectáculos públicos.
- La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.
- La de los trabajadores minusválidos que presten servicios en centros especiales de empleo.
- La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las CCAA.
- Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley.

Personal de Alta Dirección.

• Los directivos de la empresa: tipología.

Dentro de lo que muy genéricamente podríamos denominar *los altos cargos de una empresa*, podríamos distinguir tres grandes grupos:

- Personas que se limitan puramente al mero desempeño del cargo de Consejero o miembros de los órganos de administración de la empresa, que revista la forma jurídica de sociedad, y siempre que su actividad en la misma sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo. En tal caso el ET(art.1.3.c), excluye la existencia de relación laboral, común o especial. Se trata de un vínculo de carácter mercantil, que comprende, con carácter general a los administradores sociales.
- Personal de alta dirección vinculado con la empresa a través de una relación laboral de carácter especial.
- Personal Directivo incluido como relación laboral común, por cuanto reúne las características exigidas propias del personal de alta dirección (veremos).

• Definición y notas caracterizadoras del personal de alta dirección.

Se encuentra regulado en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, el cual define al **personal de alta dirección** como *aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad de la empresa y relativos a los objetivos de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad* (art.2.1). *A sensu contrario, se excluye la actividad que se limite pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo* (art.3.1 RD).

La jurisprudencia entiende que existe relación laboral especial de alta dirección cuando concurren los tres **requisitos** siguientes:

El interesado ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa (participa en la toma de decisiones fundamentales o estratégicas para la dirección y gobierno de la empresa, que afectan al núcleo de su organización productiva).

Estos poderes afectan a los objetivos generales de la empresa.

El ejercicio de estos poderes se efectúa con autonomía y plena responsabilidad, con la limitación de los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona física o jurídica que ostente la titularidad de la empresa.

• Directivos y administradores sociales.

Como ya se ha dicho (art.1.3.c ET), en principio, los administradores sociales quedan fuera del Derecho del Trabajo. Lo que sucede es que en ocasiones, se produce una confusión de figuras ya que los administradores de la sociedad, al mismo tiempo, mantienen una relación laboral con la misma. Así, en la práctica, nos encontramos con Consejeros Delegados que a la vez ostentan el cargo del Director General de la empresa, o miembros del Consejo de Administración, que, son Gerentes de la empresa.

Así, con arreglo a la jurisprudencia mayoritaria, en los casos de coincidencia de los cargos de Consejero

Delegado y Gerente (o Director General), por regla general, dada la amplitud de funciones del primero, se entiende que no es posible superponer el cargo societario y el puesto de alto directivo, prevaleciendo el vínculo orgánico o mercantil, salvo que los estatutos de la sociedad conciban separadamente los puestos de Consejo y los de alta dirección y siempre que la posición que ostente en los órganos decisorios de la sociedad no supongan un control no efectivo sobre la misma.

- **Peculiaridades de la regulación del personal de alta dirección.**

Dicha relación se rige por el RD 1382/1985, de 1 de agosto, y sólo se aplicará las demás normas de derecho laboral cuando haya una remisión expresa del propio RD. En caso contrario, no hay subsidiariedad, sino que la legislación supletoria es la civil.

El contrato de alta dirección se formalizará por escrito. En ausencia de pacto escrito, se entenderá que el personal es empleado de alta dirección cuando se den las notas que definen tal relación especial.

A la condición del personal de alta dirección se puede acceder por promoción interna o por contratación directa. La distinción radica en la situación del trabajador vinculado anteriormente a la empresa, y que accede luego a la condición de alto directivo. En este caso la relación laboral común queda suspendida, conservándose los derechos adquiridos por antigüedad, categoría profesional y salario. Si se opta por la sustitución de la relación laboral común por la especial, tal novación sólo producirá efectos transcurridos dos años desde la suscripción del acuerdo.

El alto directivo no podrá celebrar contratos de trabajo con otras empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario. Cabe el pacto de no competencia postcontractual si se satisface al directivo una compensación económica.

En materia de extinción, junto a las causas de extinción reguladas en el ET, una modalidad propia de esta figura es la extinción por desistimiento del empresario, comunicado por escrito y con un preaviso mínimo de tres meses o de seis si el contrato se había celebrado por tiempo indefinido o duración superior a cinco años (art.11.1 RD). En este caso, la indemnización por extinción del contrato, en defecto de pacto en el contrato, será de siete días de salario en metálico por año de servicio, con el límite máximo de seis mensualidades. Si no se cumpliera con el plazo de preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente al período de preaviso incumplido. Es frecuente establecer en el contrato indemnizaciones en caso de resolución, superiores a las previstas en el RD o en el propio ET.

Representantes de comercio.

- **Concepto.**

El art.2.1.f ET califica como relación laboral especial la de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.

Esta relación laboral especial ha sido desarrollada por el RD 1438/1985, de 1 de agosto, que establece que será de aplicación a las relaciones en cuya virtud una persona natural, actuando bajo la denominación de mediador, representante, o cualquier otra con la que se le identifique, se obliga con uno o más empresarios a cambio de una retribución, a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones (art.1.1 RD).

No se consideran incluidos, dentro de esta relación laboral especial:

- Los trabajadores asalariados que realizan las mismas funciones de promover o concertar operaciones mercantiles para la empresa, lo hagan en los locales de la misma o teniendo en ellos su puesto de

trabajo, estando sujetos al horario laboral (art.1.2.a. RD).

- Quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles de forma continuada, por cuenta de uno o más empresarios, como titulares de una organización empresarial autónoma, entendiéndose por tal *aquella que cuenta con instalaciones y personal propio* (art.1.2.b. RD). La norma presume que no existe tal organización empresarial autónoma del intermediario *cuando quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles actúen conforme a las instrucciones de su empresario con respecto a materias como honorarios de trabajo, itinerario, criterios de distribución, precios o formas de realizar los pedidos y contratos* (art.1.3.b. RD).
- La relación laboral que regula a las personas incluidas en el ámbito de la normativa específica sobre producción de seguros y corresponsales no banqueros (art.1.2.c. TRD).
- **Algunas peculiaridades de su régimen jurídico.**

El contrato exige forma escrita. Su duración puede ser indefinida o temporal (no puede pactarse una duración superior a tres años). No hay sujeción a jornada y horario. El régimen retributivo normal es el salario a comisión, devengándose comisiones por todas las operaciones que se realicen en su zona o con la clientela a él asignada. El derecho a comisión nace, salvo pacto en contrario, en el momento del pago por el cliente en ejecución del contrato en que se medió; se liquidarán y pagarán en el plazo de un mes, que puede, por pacto, ampliarse hasta tres meses. Si el negocio no llegará a buen fin por culpa del empresario, el trabajador tendrá derecho a la comisión. También puede pactarse como salario una parte fija y otra por comisiones, o una cantidad fija exclusivamente.

Además de las indemnizaciones que por las distintas formas de extinción de la relación laboral puedan corresponder al trabajador, éste tiene derecho a una indemnización por el incremento de la clientela conseguido por él cuando se cumplan estas condiciones: que la extinción no se deba a un incumplimiento por el trabajador de las obligaciones que le incumben, y que una vez extinguido el contrato, el trabajador esté obligado a no competir con el empresario o a no prestar servicios para otro empresario competidor.

A falta de acuerdo entre las partes, la indemnización será fijada por la jurisdicción social, sin que pueda superar el importe total de las comisiones correspondientes a un año, calculado por el importe medio de las comisiones percibidas durante los últimos tres años o el tiempo que hubiese durado la relación si fuere inferior.

TEMA 7: EL INGRESO DEL TRABAJADOR EN LA EMPRESA.

- **LA COLOCACIÓN DE TRABAJADORES: CONCEPTO Y PROCEDIMIENTOS. EL SERVICIO PÚBLICO DE COLOCACIÓN. LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN.**

La colocación de trabajadores: concepto.

Hay dos acepciones **de la colocación** cuyo denominador común es el encuentro de ofertas y demandas en el mercado de trabajo.

En la primera, la colocación es el acto concreto de ingreso en una empresa para la prestación en la misma de trabajo asalariado, es decir, el mismo acto de celebración del contrato de trabajo.

En la segunda, sería el conjunto de actividades de información realizadas de forma directa o por medio de canales de comunicación más o menos eficientes, cuya finalidad común es la aproximación y puesta en conocimiento de las ofertas y demandas de empleo existentes en el mercado de trabajo al objeto de acercarlas, es decir, un proceso previo a la celebración del contrato de trabajo, cuyo objeto es lograr la celebración del

mismo.

Así, el Convenio 96 de la Organización Internacional del Trabajo define en su art.1.1.a la actividad de colocación, como *aquella actividad de intermediación para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador*.

Selección y contratación de trabajadores por el empresario.

El empresario goza, en principio, de amplia **libertad** para decidir a qué trabajadores va a contratar, y a través de que procedimiento los va a seleccionar. No obstante, existen una serie de **límites u obligaciones**, que son:

- El empresario debe respetar el **principio general de no discriminación** (art.17.1ET), de forma que viene vedada cualquier discriminación favorable o adversa, por razón de edad, sexo, afiliación política o sindical, ideológica o lengua. Constituyendo infracción laboral muy grave establecer condiciones mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio que constituyan *discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado* (art.16.2.LISOS) .
- El empresario debe respetar, a la hora de seleccionar y contratar a los trabajadores, **las normas sobre reserva de puestos de trabajo a favor de minusválidos**. Así, las empresas que empleen un número de trabajadores de 50 o más, están obligadas a que, de entre ellos, al menos un 2% sean trabajadores minusválidos (art.38.1 Ley de Integración Social de Minusválidos 13/1982, de 7 de abril). No obstante, como excepción a esta obligación, las empresas pueden quedar exentas de esta obligación cuando la no incorporación de un trabajador minusválido a la empresa se deba a la imposibilidad de que los servicios de empleo públicos o las agencias de colocación puedan atender a la oferta de empleo por la no existencia de demandantes de empleo discapacitados inscritos en la ocupación indicada en la oferta de empleo, o, que aún existiendo, acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo (RD 27/2000, de 14 de enero).
- Para la contratación de trabajadores extranjeros (no comunitarios), se precisa autorización y los trabajadores deben contar con el oportuno permiso de trabajo en la forma y condiciones establecidas legalmente.
- La empresa, a la hora de obtención de datos de los candidatos al puesto de trabajo, no puede solicitar aquellos que afecten a su vida privada, ideológica o intimidad.

La intermediación en el mercado de trabajo.

En el mercado de trabajo, han surgido oficinas o agencias especializadas cuyo fin es proporcionar de manera completa y sistemática la información requerida por oferentes y demandantes de empleo, y cuyas **funciones** son:

- Elaboración de registros de empleo o listas de ofertas y demandas de empleo.
 - Puesta en contacto de oferentes y demandantes de empleo (mediación).
 - En algunos casos, la evaluación de aptitudes de los candidatos (selección).
 - El régimen de las **agencias de colocación** responde a dos **modelos**:
- **Modelo de reglamentación de las oficinas privadas**, en el que las oficinas públicas concurren con las agencias privadas estrictamente reglamentadas por normas imperativas, con licencias concedidas por la administración y según tarifas máximas fijadas por la propia ley.
 - **Modelo de monopolio público en la colocación**, que reserva a las oficinas públicas todas las actividades de intermediación en el mercado de trabajo, prohibiéndose las agencias privadas.

El servicio público de colocación.

Las oficinas públicas de colocación están centralizadas en el INEM, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, cuya mediación es gratuita.

El **INEM**, ofrece a los demandantes de empleo, los siguientes **servicios**:

- Inscripción y registro como demandantes de empleo.
- Ofertas de puestos de trabajo adaptados a sus características.
- Información sobre medidas de fomento de empleo.
- Orientación profesional.
- Calificación profesional.

El INEM cumple además con otras funciones como la de gestionar las prestaciones por desempleo.

El empresario no está obligado a solicitar a las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesite, salvo en los casos de contrataciones subvencionadas cuya normativa específica así lo exija. Los trabajadores deberán inscribirse en las Oficinas de Empleo cuando hayan de solicitar ocupación, bien en el INEM o en alguna agencia de colocación autorizada, salvo los preceptores de prestaciones por desempleo, que deberán continuar inscritos en el INEM.

Los empresarios deben comunicar a la Oficina de Empleo, en el plazo de los 10 días siguientes a su concertación, el contenido de los contratos de trabajo que celebren o las prórrogas de los mismos, deban o no celebrarlos por escrito. Actualmente, (artículo único de la Orden de 2 de enero de 2001), dicha comunicación se realiza mediante la presentación en la Oficina de Empleo de copia del contrato de trabajo o de sus prórrogas.

Las agencias de colocación.

El Convenio 181, de 19 de Junio de 1997, de la OIT entiende por **agencia privada de colocación**, *toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:*

- *Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia forme parte de las relaciones laborales que pudieran derivarse.*
- *Servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución.*
- *Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores o trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.*

La actividad consistente en contratar trabajadores, para cederlos a otra empresa con carácter temporal, la desarrolla un tipo de empresa especial, denominada Empresa Trabajo Temporal (ETT).

Nuestro Derecho distingue entre las agencias de colocación (cuya función es acercar a los oferentes y demandantes de empleo), de las ETT. Respecto de las primeras, el art.16.2 del ET, prohíbe aquellas que tengan ánimo de lucro, pero sí permite agencias de colocación que no persigan fines lucrativos cuando reúnan determinados requisitos, sometiéndolas a un proceso de autorización previo.

Las agencias de colocación, reguladas por el RD 735/1995, de 5 de mayo, se configuran como entidades que

colaboran con el INEM en la intermediación en el mercado de trabajo, y tienen como finalidad ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de los trabajadores adecuados a la satisfacción de sus necesidades.

Los requisitos que deben reunir son los siguientes:

- **Carecer de fines lucrativos.** Ello no quiere decir que su actividad sea gratuita, aunque pueden recibir una remuneración del empresario o del trabajador limitada por los gastos ocasionados por los servicios prestados.
- Garantizar, en su ámbito de actuación, **el principio de igualdad en el acceso al empleo.**
- **Estar previamente autorizadas por el INEM.** La autorización se concede inicialmente por un año, a partir de la firma del convenio de colaboración, pudiendo ser prorrogado por un año más, a partir del cual podrá convertirse en indefinida.
- **Circunscribir su ámbito territorial o funcional de actuación** a lo que se determine en el correspondiente convenio de colaboración.
- **No subcontratar la realización de los servicios** objeto de la autorización concedida con terceros.

No existe un único y general convenio de colaboración, sino que las relaciones entre cada agencia y el INEM, están reguladas por un concreto convenio, que debe ajustarse a las premisas fundamentales establecidas.

Otras formas de intervención en el mercado de trabajo.

Además de las agencias privadas, existen otras formas de intervención privada en la colocación de trabajadores, como son:

- **Gabinetes de selección de personal.** La función de los mismos es la selección de trabajadores, actuando de una de estas tres maneras:
- El empleador contacta directamente con los demandantes de empleo, encargando a una empresa la selección de éstos.
- El empleador, realiza una oferta genérica o a la oficina pública o agencia privada, que comunican a la empresa los trabajadores inscritos, que serán seleccionados por el gabinete o empresa de selección.
- La empresa de selección comunica a la oficina o agencia autorizada las ofertas de empleo y realiza la selección con los trabajadores que se le presenten por aquélla.

En ningún caso, los gabinetes de selección de personal, que están obligados a informar de sus tareas al INEM, pueden desarrollar una función de mediación.

- ♦ **Agencias de reclutamiento de directivos.** Se encargan de contactar y seleccionar directivos, ejecutivos y técnicos altamente especializados.
- ♦ **Agencias de recolocación.** Se ocupan de facilitar la búsqueda de un nuevo empleo a trabajadores (normalmente directivos o técnicos) excedentes en empresas en proceso de reestructuración.

• EL PERÍODO DE PRUEBA.

Concepto y fundamento.

A partir del art.14 ET podemos definirlo como la etapa inicial del contrato de trabajo, durante la cual empresario y trabajador comprueban mutuamente su capacidad para realizar las prestaciones a las que están obligados (efecto evaluativo), siendo libre la resolución del contrato a instancia de cualquiera de las partes (efecto resolutorio).

El período de prueba tiene carácter facultativo, ya que, como dice el art.14 ET *podrá concertarse por escrito un período de prueba*, es decir, no es un pacto obligatorio que deba formar parte del contrato de trabajo. No obstante, es recomendable incluir en el contrato de trabajo una cláusula que lo contemple.

Forma.

Si se acuerda, es necesario que sea expreso y por escrito, y no se presume en ningún caso su existencia. El momento de suscribir el pacto es el del inicio de la relación laboral, considerándose ineficaz si se fija después de dar comienzo la prestación laboral.

Duración.

El art 14 ET establece que *podrá concertarse un período de prueba, con sujeción a los límites de duración, que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos*. Si el convenio colectivo no dispone otra cosa, la duración del período de prueba no podrá exceder de 6 meses para los técnicos titulados, ni de 2 meses para los demás trabajadores, salvo que se trate de empresas de menos de 25 trabajadores, en cuyo caso el plazo para estos últimos se eleva a 3 meses.

El cómputo del plazo se inicia con la prestación de servicios, y se cuenta de fecha a fecha si está estipulado en meses. La situación de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento, que afecten al trabajador durante el período de prueba, lo interrumpen, si existe acuerdo entre ambas partes, si bien dicho pacto de suspensión, debe constar de forma expresa.

Para algunas relaciones laborales de carácter especial, se fijan distintos períodos de prueba, como el personal de alta dirección, que no puede exceder de 9 meses.

Efectos.

Según el art.14.1.párr.2º ET empresario y trabajador están respectivamente obligados a realizar las experiencias que constituyan al objeto de la prueba. Parece que la finalidad del período de prueba es valorar la aptitud del trabajador y su adaptación al puesto de trabajo (efecto experimentación o evaluativo).

Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación (art.14.1.párr.3º ET).

En definitiva, cuando se pacta un período de prueba en el contrato de trabajo no convierte a este en un contrato a prueba o precontrato, es un verdadero contrato de trabajo eficaz y pleno, sometido a la condición resolutoria de la prueba (efecto resolutorio, extintivo o liberatorio).

Si el empresario hace uso de esta condición resolutoria, la rescisión del contrato no es un despido y por consiguiente no le son exigibles los requisitos de este. La Ley no exige ninguna forma determinada para exteriorizar el desistimiento que pone fin al contrato durante el período de prueba, por lo que puede hacerse por escrito o de palabra, y tampoco se requiere un preaviso determinado. No obstante, por convenio colectivo o contrato individual, podría pactarse un plazo de preaviso determinado, cuyo incumplimiento llevaría consigo el pago de los salarios correspondientes al plazo de preaviso incumplido.

Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato produce plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios en la antigüedad del trabajador en la empresa. Que el contrato *produce plenos efectos* (art.14.2 ET), se refiere a que, una vez transcurrido el período de prueba, decae la posibilidad de que el contrato de trabajo se extinga por la mera voluntad del empresario, único aspecto en que los derechos y obligaciones del trabajador *a prueba* son distintos.

• **LA CESIÓN DE TRABAJADORES Y LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.**

La cesión de trabajadores.

• **La cesión de los trabajadores: supuesto de hecho.**

Junto a la relación laboral típica o tradicional (presupone la existencia de dos sujetos, trabajador y empresario), existen otras modalidades donde interviene un tercer sujeto además del trabajador y del empresario, que se interpone entre ambos y entre el contrato de trabajo y recibe la prestación de servicios del trabajador.

El objeto es la cesión de los servicios laborales del trabajador y eventualmente de otros derechos derivados de la posición jurídica de empresario, sin que el cesionario asuma la cualidad de empresario, que es conservada formalmente por el cedente.

Los motivos de la cesión de mano de obra son muy variados, entre ellos:

- Obtener mayores beneficios, recortando costes.
- Utilizar de manera flexible la fuerza de trabajo.
- Eludir la normativa laboral, y los controles y limitaciones que para el empresario supone la misma.

Esta figura estaba prohibida por el ET en cuanto los derechos del trabajador pueden ser minorados o totalmente burlados al no mantener el mismo ningún contacto con el que ha contratado sus servicios. Sin embargo, el obtener mayores beneficios reduciendo los costes y utilizar de manera flexible la mano de obra, no es en sí mismo contrario a Derecho. Por ello, a partir de 1993, se va a permitir una determinada modalidad de cesión temporal de trabajadores: la realizada a través de las ETT.

Así, las cesiones temporales de trabajadores de unas empresas a otras continuarán estando prohibidas, a salvo de las realizadas a través de las ETT, de acuerdo con la ley que las regula.

• **Regulación legal de la cesión de trabajadores: consecuencias de la cesión ilegal.**

El art.43.1 ET establece que *la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.*

De esta forma, **se puede entender que existirá cesión prohibida en los siguientes casos:**

- Cuando no se realice por ETT.
- Cuando se realice por ETT no autorizada.

En caso de **cesión ilegal**, el art.43.2 ET establece la **responsabilidad solidaria** entre las empresas cedente y cesionaria, respecto a las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social.

Por otra parte, los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tienen el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria (art.43.3.ET). Según la jurisprudencia este derecho

sólo puede ejercerse mientras dura la cesión ilegal.

Por otro lado, constituye infracción laboral muy grave, la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente. Asimismo, la cesión ilegal de trabajadores puede llegar a ser constitutiva de un delito contra los derechos de los trabajadores (art.311 del Código Penal).

Empresas de Trabajo Temporal.

- **Concepto y legislación aplicable.**

Las ETT son empresas de servicios cuya actividad consiste en el suministro temporal de trabajadores a otras empresas usuarias, con la finalidad de satisfacer sus necesidades temporales de mano de obra; a tal fin, seleccionan, contratan y forman un colectivo de trabajadores que pondrán a disposición de las empresas que contraten sus servicios, garantizando que los trabajadores suministrados se acomodan a lo acordado entre ambas empresas.

Se regulan por la Ley 14/1994, de 1 de junio, desarrollada por el RD4/1995, de 13 de enero. De acuerdo con estas normas, las ETT son empresas cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados (art.1.1 LETT).

Existe pues, entre la ETT, la empresa usuaria y el trabajador una relación triangular, donde la relación, entre trabajador y empresa usuaria es de prestación de servicios; entre empresa usuaria y ETT es un contrato de puesta a disposición; y entre el trabajador y la ETT es un contrato de trabajo.

El inconveniente de este tipo de contratación, reside en el precio del contrato a puesta a disposición, superior al de un contrato laboral temporal directo. Ahora bien, su elevada aceptación se deriva no sólo de la flexibilidad, sino de los menores costes salariales que implica la contratación de trabajadores a través de una ETT.

- **El control administrativo de las ETT.**

La normativa reguladora de las ETT, prevé un fuerte intervencionismo y control administrativo en la actividad de las ETT (durante su inicio, funcionamiento, cese). Así, la LETT exige la previa obtención de autorización administrativa, llamada **autorización inicial**, a las empresas que pretendan realizar esta actividad, para cuya obtención el art.2 LETT exige una serie de **requisitos** para que dicha autorización les pueda ser concedida:

- **Plena capacidad jurídica y de obrar:** la titularidad puede corresponder tanto a personas físicas como jurídicas, imponiendo que la denominación de la misma incluya los términos ETT. Se obliga a la ETT que haga constar en toda la publicidad y ofertas de empleo que efectúen su identificación como tal empresa y el número de autorización administrativa y autoridad que la ha concedido.
- **Disponer de una estructura organizativa** que permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social.
- **Actividad exclusiva** (contratación y puesta a disposición de trabajadores).
- **Carencia de obligaciones pendientes de carácter fiscal y de S.S.**
- **Constituir una garantía financiera**, dirigida a hacer frente a las deudas devengadas y no abonadas en materia de indemnizaciones salariales y de S.S.
- **Que no haya sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones.**

La solicitud de la autorización será resuelta por la Administración del Estado o por la Autoridad Autonómica correspondiente, en función del ámbito territorial de la ETT y las transferencias efectuadas a las CCAA, siendo necesaria la emisión de un informe no vinculante por la Inspección de Trabajo.

Obtenida la autorización inicial, que tendrá validez de un año, la ley contempla tres autorizaciones más o prórrogas; la segunda y la tercera como prórrogas por dos períodos sucesivos con validez de un año para cada una; la cuarta como una prórroga ahora por tiempo indefinido cuando la ETT haya realizado su actividad por tres años ininterrumpidos, de conformidad con las autorizaciones precedentes.

Junto al control a través del sistema de autorizaciones y sus prórrogas, se establece una obligación de información de la ETT, a la autoridad laboral que le haya concedido la autorización una relación de los contratos de puesta a disposición que haya celebrado. Igualmente, debe informar sobre todo cambio de titularidad, apertura y cierre de centros de trabajo y ceses de actividad.

- **Modalidades de actuación de la ETT legalmente admitidas.**

La ETT contrata a trabajadores para cederlos temporalmente a la empresa usuaria. Esta actuación de la ETT, se admite exclusivamente en los supuestos en los que la empresa usuaria necesite mano de obra adicional de carácter temporal. La LETT establece que *podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos, y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a los dispuestos en el art.15 ET (art.6.2)*. Es decir, podrá contratar trabajadores para cederlos a la empresa usuaria, en los siguientes casos:

- **Para la realización, por la empresa usuaria, de una o servicio determinado** cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta, es decir, **el contrato de obra o servicio determinado**.
- **Para atender, en la empresa usuaria, las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos**, aún tratándose de la actividad normal de la empresa, es decir, un **contrato eventual por circunstancias de la producción**.
- **Para sustituir a trabajadores de la empresa usuaria con derecho a reserva de puesto de trabajo**, es decir, un contrato de interinidad, el cual contempla la sustitución temporal de trabajadores cuyo contrato se encuentra suspendido temporalmente por determinadas causas, y para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o contratación.

Si el trabajador presta servicios en la empresa usuaria atiende necesidades permanentes de aquélla, además de considerarse infracción grave, tanto para la ETT, como para la empresa usuaria, la ley prevé la existencia de responsabilidad solidaria, entre la ETT y la empresa usuaria respecto a los salarios y obligaciones de S.S. (art.16.3 LETT).

Podría considerarse como una cesión ilegal (art.43 ET) y, en consecuencia, aplicar los efectos que de la misma se derivan para los trabajadores: responsabilidad solidaria, adquirir la condición de fijos a su elección en la ETT o en la empresa usuaria, reconocimiento de la antigüedad desde el inicio de la situación. Este criterio no ha sido asumido por los Tribunales Superiores de Justicia.

- Existe un supuesto de contratación por la ETT con una duración que puede ser prolongada en el tiempo, prevista para la cobertura de varios **contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes**. En este supuesto tienen que *determinar plenamente*, como dice la ley, *en el momento de la firma del contrato de trabajo y responder en todos los casos a un supuesto de contratación eventual* (art.10.3 LETT según reforma de julio 2001). Puede ser que este supuesto

explique la posibilidad de celebrar contratos por tiempo indefinido (art. 10.1 LETT), a no ser que este tipo de contrato responda a los que la ETT, como organización específica y estable, pueda concertar para sí misma, contrato que no tendría por tanto ninguna singularidad.

La Ley prohíbe la actuación de las ETT en cuatro supuestos:

- **La sustitución de trabajadores en huelga en la EU** (empresa usuaria), conforme al art. 6.5 RDLRT, por el cual el empresario, durante la huelga, no puede sustituir a los trabajadores (esquirolaje). La excepción cabría cuando el comité de huelga incumpliera sus obligaciones de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención necesaria para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa.
- **La realización de actividades y trabajos de especial peligrosidad para la seguridad y la salud** en los términos que reglamentariamente se determinen.
- **Cuando en los 12 meses inmediatamente anteriores a la contratación la EU haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas de los arts. 50, 51 (despido colectivo) y 52.c (amortización por causas económicas o tecnológicas) del ET, excepto en los supuestos de fuerza mayor.** La prohibición sólo afecta a la utilización de la ETT para la cobertura de los puestos amortizados, no para otros de nueva creación. Asimismo, no es posible la cesión de trabajadores por la ETT, cuando en los 18 meses anteriores a dicha contratación, los puestos de trabajo que se pretenden cubrir, hubieran estado cubiertos durante un período de tiempo superior a 12 meses, de forma continuada o discontinua, por trabajadores puestos a disposición por ETT.
- **Para ceder trabajadores a otra ETT.** En caso de incumplimiento de estas prohibiciones las consecuencias serán la imposición de sanciones administrativas y la responsabilidad solidaria de la ETT y la EU respecto a los salarios.
- **Relación entre la ETT y el trabajador.**

La relación entre la ETT y el trabajador se articula a través de un **contrato de trabajo**, que debe formalizarse por escrito, por triplicado, debiendo registrarse en la Oficina de Empleo dentro de los 10 días siguientes a su celebración. De incumplir esta formalidad se presumirá el contrato celebrado por tiempo indefinido y jornada completa, salvo prueba en contrario.

Si se han generado gastos por la selección, formación, contratación, se prohíbe repercutirlos, tipificando como infracción grave en caso contrario.

Respecto a las modalidades de contratación, junto con lo dicho anteriormente, añadir la prohibición de celebrar contratos de aprendizaje o formación, aunque, cabría celebrar un contrato en prácticas, pero la temporalidad deberá estar justificada en alguna de las razones ya dichas.

Al finalizar el contrato, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar 12 días de salario por año de servicio.

Como obligación previa a la puesta a disposición del trabajador, la ETT deberá asegurarse de que el trabajador, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar. En caso contrario, la empresa deberá facilitar dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados, y durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición, pero será en todo caso previa a la prestación efectiva de los servicios.

Para ello, la norma obliga a ETT a que dediquen el 1% de la masa salarial a la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos.

La ETT al tener la condición de empleador, asume las obligaciones salariales y de S.S., así como el ejercicio de la facultad disciplinaria.

Los trabajadores contratados para ser cedidos a EU tendrán derecho, durante la prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo. Dicha remuneración deberá incluir, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones, siendo responsabilidad de la EU la cuantificación de las percepciones finales del trabajador (art.11.1 LETT).

• **Relaciones entre la EU y el trabajador.**

Aunque la empresa usuaria no adquiere la condición de sujeto contractual, mantiene estrechos vínculos con el trabajador, que se integra en su círculo organizativo y rector. Por ello hay una delegación a la EU del conjunto de obligaciones y facultades que integran el poder de dirección, salvo la ejecución de las facultades disciplinarias laborales, que residen en la ETT.

A la EU se le impone el deber de informar con carácter previo, al trabajador de los riesgos de su puesto de trabajo, admitiéndose la celebración de contratos de puesta a disposición cuando se haya realizado la preceptiva evaluación de riesgos laborales conforme a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales. En art.28.1 de dicha Ley, se establece que los trabajadores contratados en ETT deberán disfrutar del mismo nivel de **protección en materia de seguridad y salud** que los restantes trabajadores de la empresa. Por su parte, la EU es responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Por último, el art.42.2 de dicha ley, establece que la EU es la obligada a garantizar la salud y seguridad del trabajador y en función del posible incumplimiento declarada responsable.

Respecto a los **aspectos salariales**, la LETT impone a la EU una responsabilidad subsidiaria de las obligaciones salariales y de S.S. contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo, aunque, si el contrato se ha concertado incumpliendo los supuestos que permiten la cesión (arts. 6 y 8 LETT), esta responsabilidad se eleva al carácter de solidaria.

Respecto a la **defensa de los intereses y de representación de los trabajadores** puestos a disposición, se establece que tendrán derecho a presentar, a través de los representantes de los trabajadores de la EU reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral. A estos representantes, se les atribuye la representación de los trabajadores cedidos durante el tiempo que dure la cesión, razón por la que deben ser informados sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de utilización, dentro de los 10 días siguientes a la celebración, otorgándoles la facultad de realizar cualquier reclamación que de ellos reciban. Como medida de **protección del empleo**, si una vez finalizado el contrato de puesta a disposición el trabajador continúa prestando servicios a la EU, éste se considerará vinculado a la EU por un contrato indefinido.

Por último, se declara nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación directa del trabajador por la EU, a la finalización del contrato de puesta a disposición. Admitiéndose la cláusula que prohibiera dicha contratación durante la vigencia del contrato.

• **Relaciones entre la ETT y la Empresa Usuaria.**

La relación entre la ETT y la EU, se rige por el contrato de puesta a disposición, que es un contrato mercantil

entre dos empresarios, que tiene por objeto la cesión de mano de obra a la EU, debe formalizarse por escrito, por duplicado, según modelo oficial.

La ETT debe remitir, dentro de los 10 primeros días de cada mes, a la autoridad laboral que le haya concedido la autorización, según modelo oficial, una relación de los contratos de puesta a disposición celebrados en el mes anterior.

Respecto a la EU debe facilitarla, junto a la relación de los trabajadores que haya cedido, una copia del contrato de trabajo y la documentación acreditativa de haber cumplido las obligaciones salariales y de S.S.

- **Actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal.**

La Ley 45/1999, de 29 de noviembre sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional dispone que las ETT establecidas en otros Estados miembros de la UE o en Noruega, Islandia o Liechtenstein, podrán desplazar temporalmente a sus trabajadores para su puesta a disposición de EU establecidas o que ejerzan su actividad en España, cuando cumplan los siguientes **requisitos**:

- La ETT deberá estar válidamente constituida y reunir los requisitos para poner a disposición de EU, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.
- El contrato de puesta a disposición deberá formalizarse por escrito y adecuarse a lo dispuesto en el capítulo II de la Ley reguladora de ETT.
- La ETT estará sujeta a la normativa establecida en la Ley 45/1999, y deberá garantizar a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo previstas en la misma, salvo lo referido al derecho a percibir, durante el período de prestación de servicios, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable en la empresa, que se regirá por la Ley sobre relaciones laborales de la ETT.

- **ALTERNATIVAS A LA CONTRATACIÓN LABORAL: DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA; LA CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS.**

La descentralización productiva.

- **Concepto y fundamento.**

Es el modo de organizar la producción en virtud del cual un empresario encarga a terceros la gestión de determinadas fases u operaciones del propio ciclo productivo. En definitiva, es una técnica de producción, a través de la cual la empresa intenta alcanzar sus objetivos productivos sin incorporar trabajadores a su plantilla, sino mediante la coordinación o combinación de distintas aportaciones parciales, que llevan a cabo empresas auxiliares o colaboradores externos.

A través de las técnicas de descentralización productiva, el empresario persigue una serie de **objetivos**:

- Ahorro directo de gastos de personal.
- Menores necesidades de inversión en locales, maquinaria o tecnología.
- Adaptabilidad a las exigencias del mercado.
- Aprovechamiento de la especialización de los empresarios o profesionales con los que se contrata.
- Prescindir de aquellas partes del proceso productivo necesarias para la empresa, cuyos rendimientos son negativos.

- **Principales manifestaciones.**

La descentralización productiva se manifiesta a través de distintas **vías**:

- **Contratación o Subcontratación** por parte de la empresa, de determinadas obras o servicios, con otra empresa. El término *contrata* designa *aquel contrato, con el cual mediante la organización de los medios necesarios y con gestión a propio riesgo, una de las partes llamada contratista asume la obligación de cumplir por la otra una obra o servicio, contra una contraprestación en dinero*. En definitiva, se trata de un arrendamiento de obra (o de servicios), con la particularidad de que, quién realiza la obra o servicio, lo hace a través de una organización empresarial propia.
- **La subcontratación o subcontrata**, es un tipo particular de contrata por la que una empresa se obliga a realizar parte de una obra o servicio que habían sido encargados a otra empresa.
- **La externalización –outsourcing–**, consiste en la gestión externa de determinados servicios que con anterioridad gestionaba la propia empresa principal. En realidad, se trata de una contrata especializada en servicios.
- Por último, también constituye un supuesto de descentralización productiva, el que la empresa, en lugar de utilizar trabajadores, contrate con profesionales autónomos, la prestación de determinados servicios, fundamentalmente **a través del arrendamiento de servicios u otras figuras afines al contrato de trabajo**.

Problemática laboral de la contratación y subcontratación.

• Planteamiento general.

Las contratas y subcontratas, pueden en primer lugar, enmascarar una cesión ilícita de cesión de personal; y en segundo lugar, los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, se encuentran en una posición especialmente delicada en los casos de que su empresario no les abone el salario o no cumpla con sus obligaciones de S.S.

• Diferencias con la cesión ilegal de trabajadores.

En ocasiones bajo la apariencia de una contrata, se enmascaran supuestos de cesión ilegal de trabajadores. Los criterios de delimitación entre la cesión de mano de obra y la contrata o subcontrata de obras y servicios son, fundamentalmente, las siguientes:

- **El contratista ha de poseer una infraestructura organizativa propia e independiente de la empresa principal, con sede y plantilla propias, máquinas e instrumentos de trabajo.** Existirá cesión ilegal cuando la empresa cedente es una empresa aparente, no válidamente constituida, sin organización, sin patrimonio propio, y cuyo objeto exclusivo es proporcionar mano de obra a otras empresas.
- El segundo criterio de distinción es de **la exclusividad en la actividad**, entendiéndose que existe cesión ilegal si la empresa cedente tiene como único cliente a la empresa cesionaria, prestándola servicios en exclusiva.
- **El contratista debe ser el titular de la organización, control y dirección de la actividad.** Se trata de analizar la forma en que el trabajador está vinculado al empresario principal o al contratista. Si el trabajador está subordinado a éste se entiende que estamos ante una contrata lícita.

El criterio del ejercicio del poder de dirección, parece el principal modo de diferenciar las contratas de obras y servicios de la cesión de personal. Habrá contrata cuando quien ejerce el poder de dirección sea el empresario contratista, pudiendo el empresario principal impartir instrucciones generales sobre los modos de producción; en el caso contrario, existirá cesión ilegal.

• El artículo 42 del ET: supuesto de hecho.

Los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista se pueden encontrar en una posición especialmente delicada si su empresario resulta insolvente o no cumple con sus obligaciones salariales o de S.S. De ahí, que el supuesto de hecho del art.42 ET está integrado por dos elementos sustanciales:

- El tipo contractual genérico al que hace referencia el precepto (contrata o subcontrata de obras o servicios).
- Y la pertenencia de las obras o servicios contratadas a la propia actividad de la empresa principal.
- Por lo que se refiere al primer elemento del supuesto de hecho, la doctrina y jurisprudencia coinciden en entender el término contrata en el sentido antes referido, siendo el elemento esencial el que el contratista que asume la realización de la obra o servicio encargada sea titular de una organización empresarial.
- Por lo que respecta al segundo elemento, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que las obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa son aquellas que pertenecen al ciclo productivo de la misma.

Analizado el supuesto de hecho del art.42 ET, conviene destacar:

- Se impone a los empresarios que contraten o subcontraten obras o servicios correspondientes a su propia actividad un deber de comprobar la situación al corriente de las empresas contratistas en el pago de las cuotas en la S.S.
- Se establece una responsabilidad solidaria para la empresa principal de las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas por la empresa contratista en el curso de la ejecución de las obras o servicios contratados. Tal imputación de responsabilidad se refiere estrictamente a las obligaciones derivadas del cumplimiento del encargo que constituye el objeto de la contrata y no a las posibles deudas laborales o de seguridad social de la empresa contratista preexistentes a la misma o que no tengan nada que ver con ella. Estos dos aspectos se desarrollan en los apartados siguientes.
- **El deber de comprobación de solvencia del contratista.**

Este deber está limitado, pues se centra en la situación del mismo con respecto a sus obligaciones de S.S. El empresario principal, tiene el deber de comprobar que el contratista está al corriente en el pago de las cuotas de S.S.

El ET tan sólo establece que la información deberá ser solicitada por escrito por la empresa comitente, identificándose a la empresa afectada, y que dicha información se concreta en una certificación negativa de descubiertos, que deberá ser librada por la Entidad gestora en el término de 30 días improrrogables, transcurrido el cual *quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante* (art.42.1 in fine ET).

- **Responsabilidad solidaria entre empresario principal y contratista.**

El art.42.2 párr.1º, establece que *el empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la S.S., y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la S.S. durante el período de vigencia de la contrata.*

Dentro de las *obligaciones de naturaleza salarial*, y además del salario propiamente dicho, hay que incluir los salarios dejados de percibir por los trabajadores en los despidos declarados nulos o improcedentes (salarios de tramitación). La responsabilidad solidaria no se extiende según la jurisprudencia a conceptos extrasalariales como los pluses de distancia o transporte, las dietas, o la indemnización por despido.

Respecto a las *obligaciones de Seguridad Social*, la jurisprudencia considera comprendidas, además de las cotizaciones, las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y cualesquiera otra obligación que corran a

cargo del empresario dentro del sistema de Seguridad Social.

El empresario corriente estará obligado al pago total de la deuda en virtud del carácter solidario de su responsabilidad, liberando este pago al subcontratista, contra el que, lógicamente podrá reclamar, mediante la correspondiente acción de regreso al comitente que pagó.

Si las obras y servicios contratadas y subcontratadas, no se refieren a la propia actividad de la empresa, la Ley General de Seguridad Social (LGSS, art.127.1) establece una responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra por las prestaciones de S.S., si el contratista o subcontratista resultara insolvente.

Existen ciertas **limitaciones** de la responsabilidad solidaria de las empresas principales por las obligaciones salariales y de seguridad social de las empresas contratistas y subcontratistas:

- Limitación de **carácter temporal**, consiste en que durante el plazo de un mes que se concede a la Tesorería General de la S.S. para librar la correspondiente certificación de descubiertos solicitada por la empresa principal, no jugará frente a ésta la responsabilidad solidaria por obligaciones de seguridad social derivadas de la ejecución de la contrata o subcontrata.
- Limitación de **carácter material**, a la responsabilidad solidaria de las empresas principales por las obligaciones salariales y de seguridad social de las empresas contratistas y subcontratistas que establece el ET, consiste en que no se puede sobrepasar la cuantía de lo que correspondería de haberse tratado de personal fijo de la empresa principal en la misma categoría y puesto de trabajo.

Por último, el ET exonera de responsabilidad al comitente por los actos del contratista en dos supuestos:

- Cuando se trata de la construcción o reparación que pueda encargar un padre de familia respecto de su vivienda.
- Cuando la empresa contrata la realización de una obra o industria al margen de su actividad empresarial.
- **Obligaciones y responsabilidades en materia de salud laboral.**

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, establece que *las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales* (art.24.3). Son tres los **requisitos** para que exista, a cargo del empresario principal, el deber de vigilancia al que se refiere el precepto:

- Que contraten o subcontraten con otras obras o servicios.
- Que las obras o servicios correspondan a su propia actividad.
- Que las empresas contratistas desarrollen su trabajo en el centro de trabajo de la empresa principal.

La citada Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art.42.2), establece una responsabilidad solidaria entre el empresario principal y los contratistas o subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del art.24, durante el período de la contrata, respecto del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal. La solidaridad entre empresas alcanza a todo tipo de responsabilidad.

- **Instrumentos de información y consulta.**

La frecuente utilización de la subcontratación ha motivado que se articulen instrumentos de información y consulta como medio de garantía para conseguir mayor transparencia y seguridad jurídica.

El art.42, apartados 3, 4 y 5, ha establecido estos instrumentos:

- Los trabajadores del contratista o subcontratista deben ser informados, antes del inicio de la prestación de servicios a la empresa principal, cual es la identidad de este, es decir, nombre o razón social, su domicilio y su número de identificación social. El contratista o subcontratista debe facilitar esta misma información a la TGSS.
- Se establece una obligación de información para los representantes legales de los trabajadores, tanto de la empresa principal como para los de la contratista o subcontratista. Los representantes de los trabajadores de la empresa principal tienen que ser informados concretamente, además de los datos sobre la identidad contratista o subcontratista, del objeto, duración y lugar de la contrata, número de trabajadores que, en su caso, van a ser ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal, y de qué medidas se tienen previstas sobre prevención de riesgos laborales.

Los representantes de la empresa contratista o subcontratista, tienen que ser informados, antes del inicio de la prestación de servicios a la empresa principal, además de los datos de identificación del empresario principal, del objeto y duración de la prestación, así como de las medidas que se tienen previstas sobre prevención de riesgos laborales. (previsto ya en el art.64.1.1º ET).

TEMA 8: MODALIDADES DE CONTRATACIÓN LABORAL.

• LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN LABORAL: POSICIÓN DEL LEGISLADOR. CONTRATOS INDEFINIDOS Y DE DURACIÓN DETERMINADA.

Las modalidades de contratación laboral: posición del legislador.

La legislación laboral prevé una pluralidad de modalidades de contratación. Intenta mantener el clásico principio del derecho laboral de la **estabilidad en el empleo** ó el de la contratación laboral de vocación indefinida, no sujetos a una duración limitada. Pero en el desarrollo de la actividad empresarial pueden presentarse distintas situaciones que pueden requerir una contratación laboral temporal. Por ello, el ordenamiento ha creado los contratos de duración determinada, regulados en el art.15.1.ET (contratos de duración determinada por obra o servicio, de interinidad, eventuales por circunstancias de la producción), donde en todos existe una **circunstancia relacionada con la actividad empresarial, que justifica la contratación temporal.**

Sin embargo, no son las únicas modalidades de contratación temporal, existen otras que responden a causas diferentes, a saber: razones **formativas** son las que dan sentido a los contratos en prácticas y para la formación.

Por tanto, en materia de contratación temporal, **rige el principio de causalidad**, es decir, el contrato temporal debe responder a una causa legalmente prevista, y de no concurrir ésta, el contrato deberá concertarse por tiempo indefinido.

Según el art.15.6 ET, establece que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada, tendrán los mismos derechos que los contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción. Se admite no obstante, que, cuando corresponda en función de su naturaleza, tales derechos serán establecidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de *manera proporcional, en función del tiempo trabajado.*

El legislador, consciente de que la contratación temporal coloca al trabajador en una situación de precariedad e incertidumbre, no solo limita la contratación temporal a los supuestos tasados, sino que pone a cargo del empresario la obligación de informar a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a los puestos permanentes que los demás trabajadores (art.15.7 ET), constituyendo el incumplimiento de este deber infracción laboral leve (art.6.5 LISOS). Además, el ET establece que los convenios colectivos podrán establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, así como medidas para facilitar el acceso de estos trabajadores a la formación profesional continua.

El factor **tiempo en el trabajo –la jornada–** como elemento del contrato de trabajo, es la razón de ser de los **contratos a tiempo parcial** que a su vez pueden ser de carácter temporal. Con alguna singularidad especial en el contrato de relevo, que permite, adelantar la jubilación de forma progresiva reduciendo la jornada del futuro jubilado, e incorporar a tiempo parcial y con carácter temporal a un nuevo trabajador que completa la jornada del parcialmente jubilado.

Otros tipos de contratación basan su razón de ser en **el cómo o en el dónde se presta el trabajo. Es el caso del trabajo en grupo y del trabajo a domicilio.**

Por último, existen otras modalidades de contratación que persiguen objetivos diferentes, como son **estimular la creación de puestos de trabajo para determinados colectivos con problemas de inserción en el mercado de trabajo**, mediante subvenciones o reducciones de las cotizaciones a la S.S. Hoy en día, apenas se utiliza la contratación temporal como medida de fomento de empleo, es decir, las medidas de fomento de empleo, se centran en el empleo estable, y sólo se utiliza la contratación temporal, como mediada de fomento de empleo, con un carácter muy limitado a ciertos colectivos con especiales dificultades de empleo (minusválidos), o a través del contrato de inserción, sólo utilizable por administraciones públicas o sin ánimo de lucro, y a favor de determinados colectivos con grandes problemas para acceder al mercado de trabajo.

Este conjunto de modalidades de contratación, favorece sin duda la flexibilidad de entrada y salida en el mercado de trabajo y por consiguiente su precariedad. No obstante, todas exigen para su legal utilización una causa real y objetiva que las justifique y, si esta se defrauda, el derecho reacciona eliminando la inestabilidad laboral, de forma que el contrato temporal fraudulento deviene indefinido. La extinción de contrato temporal concertado en fraude de ley se equipara a un despido improcedente.

Contratos indefinidos y de duración determinada.

El contrato de trabajo puede concertarse por tiempo **indefinido o por una duración determinada.**

El **indefinido** es el común u ordinario, en el que el empresario y el trabajador, cuando inician su relación laboral, no se fijan ningún término o condición que ponga fin a su relación, extinguiéndose el contrato cuando concurra alguna de las causas legales de extinción listadas en el art.49.1 ET que resulte compatible con este tipo de contrato (dimisión, despido...).

Los contratos de **duración determinada** (art.15 ET), dan respuesta a aquellas situaciones y necesidades temporales y coyunturales que demanda la actividad empresarial, en un momento dado y para un tiempo determinado.

• CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA.

Contrato por obra o servicio determinado.

El **objeto** es cubrir el trabajo o tareas necesarias para realizar una determinada obra o servicio que, teniendo

unas características propias y específicas (con autonomía y sustantividad propia, dice el art.2.1.RD 2720/1998), estas pueden describirse e identificarse respecto de los que se realizan como actividad normal de la empresa de forma que lo contratado tenga un contenido específico y diferenciado dentro de la organización productiva. Los términos *autonomía y sustantividad propia* hacen referencia que la obra o servicio para la que se contrata al trabajador presente algún requisito singularizador respecto a la actividad normal de la empresa.

Ahora bien, cabe utilizar este tipo de contratos, en casos en que, la actividad a desarrollar coincida con lo que constituye el objeto normal de la actividad de la empresa, siempre que se den las notas de autonomía y sustantividad. Además, ha de tratarse de tareas que sean susceptibles de acotación temporal objetiva, por tener un principio y final determinado o determinable, individualizándose frente al resto de las desarrolladas en la empresa.

El art.15.1.a ET cede espacio a los convenios colectivos para que éstos concreten qué trabajos pueden ser objeto de esta modalidad de contratación, acotando su utilización: *los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que pueda cubrirse con contratos de esta naturaleza.*

Lo fundamental es el **elemento cualitativo de la actividad a contratar y no el cuantitativo**, ya que la nota que caracteriza el contrato para obra o servicio, frente al eventual, no es tanto que se produzca un aumento del volumen normal del trabajo en la empresa, sino que exista un trabajo, singularizado de alguna manera, y de duración limitada aunque cierta que justifique la necesidad de contratación temporal.

La jurisprudencia **distingue entre una obra o servicio**, considerando la **obra** como *mensurable, conocida e identificable*, mientras que **el servicio** no basta con que se trate de una acción y efecto de servir, sino que además *se concluya y consuma con su total realización*.

La **forma**, siendo un elemento esencial del contrato, ha de ser escrita, y se hará constar, entre otras cuestiones, la identificación del contrato de trabajo como de obra o servicio determinado, describiendo de una forma clara y precisa los trabajos a desarrollar para permitir su completa identificación (art.8 ET y 6.1 RD 2720/1998).

Formalizado el contrato, el empresario, en el plazo de 10 días, deberá comunicarlo a la oficina de empleo junto con la copia básica firmada por los representantes legales de los trabajadores. De no existir representación legal, igualmente debe remitirse la copia básica.

Si no se cumple con la exigencia de formalizar el contrato por escrito se presumirá que el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido, salvo que se pruebe la naturaleza temporal del mismo por parte del empresario.

La **duración** es limitada en el tiempo y será la que exija la realización de la obra o servicios contratados, por lo que, con carácter general, al ser fecha finalización incierta, no se puede fijar en el momento de contratar. Si el contrato fija una duración, ésta deberá considerarse de carácter orientativo, ya que lo decisivo es la finalización real de la obra o servicio. Por tanto, aunque el contrato se hubiera fijado una fecha de finalización, si llegada la misma, la obra o servicio continuara, el empresario no podría extinguir válidamente el contrato, y si lo hiciera, tal extinción se calificaría como despido improcedente.

La **extinción** del contrato ha de producirse cuando la obra o el servicio hayan finalizado. Si llegado ese momento el trabajador continúa prestando servicios, se entenderá prorrogado tácitamente el contrato por tiempo indefinido, salvo que pruebe por parte del empresario que la prestación de servicios es claramente temporal.

Si el contrato tiene una duración superior a un año, el empresario debe avisar al trabajador de la extinción del

contrato con 15 días de antelación a la fecha prevista para su terminación. Si no cumple con esta comunicación previa, tendrá que pagar al trabajador una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a los días de incumplimiento.

Salvo que en el contrato o en el convenio colectivo se haya previsto una indemnización superior por la finalización del contrato, su extinción genera a favor del trabajador una **indemnización** de cuantía equivalente a la parte proporcional que resultaría de abonar 8 días de salario por cada año de servicio (art. 49.1.c ET).

Es típico del sector de la construcción.

Contrato eventual por circunstancias de la producción.

El **objeto** del contrato es cubrir las necesidades extraordinarias que pueden producirse en la actividad empresarial como consecuencia de exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, es decir, circunstancias de carácter coyuntural, que desbordan la actividad normal de la empresa, y que requieren la contratación de personal con carácter temporal.

Prima como criterio diferenciador, además de la **ocasionalidad, el elemento cuantitativo y no el cualitativo**, a diferencia del contrato para obra o servicio determinado.

De nuevo el ET en el art.15.1.b último párrafo, invita a la negociación colectiva como instrumento de delimitación de esta modalidad contractual, al disponer que *por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa.*

La **forma** deberá ser escrita, si se prevé que va a tener una duración superior a 4 semanas. En el contrato se hará constar, entre otras cuestiones, la modalidad de contratación elegida, su duración, así como una descripción clara y precisa de los trabajos a realizar y las causas que han motivado la contratación, sin que sea suficiente una mera mención literal a las causas que el ET recoge. Una vez formalizado el contrato, el empresario en el plazo de 10 días, deberá comunicarlo a la oficina de empleo, remitiendo asimismo la copia básica firmada por los representantes legales de los trabajadores. En el supuesto de no ser necesario la formalización por escrito, el empresario solo deberá notificar la contratación a la oficina de empleo y a la representación legal de los trabajadores en el mismo plazo.

Si no se cumple con la exigencia de formalizar el contrato por escrito, el ET presume que el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido, salvo que se pruebe la naturaleza temporal del mismo (art.8.2).

La **duración** máxima de este tipo de contratos es de 6 meses dentro de un periodo de 12, a contar desde la fecha en que se produzcan las circunstancias que lo justifican. No obstante, por convenio colectivo podrán modificar la duración máxima y el período dentro del cual se puedan realizar se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de 18 meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia legal o convencionalmente establecido, ni como máximo 12 meses. El periodo de referencia se computará desde que se produzca la causa o circunstancia que justifique la utilización del contrato eventual.

Obvio es decir, que por más que la ley establezca una duración máxima de 6 meses, o que esta pueda ser ampliada por convenio, la causa de temporalidad debe darse realmente, so pena de que el contrato resulte fraudulento.

La **prórroga** del contrato es posible, mediante acuerdo expreso, siempre que se haya concertado por un

tiempo inferior al permitido y sin que se supere el máximo de duración de 6 meses o el que se haya fijado por convenio colectivo. Sólo es posible una prórroga. Si por el contrario, llegado el plazo de terminación convenido no ha habido denuncia ni prórroga expresa y el trabajador sigue prestando servicios, el contrato se prorrogará tácitamente hasta el plazo máximo vigente autorizado.

La **extinción** se producirá cuando se cumpla el plazo convenido o se agote la duración máxima permita incluidas la prórroga expresa o tácita. Si llegado ese momento el trabajador continúa prestando servicios, se entenderá prorrogado tácitamente el contrato por tiempo indefinido, salvo que se comprobará que la prestación de servicios es claramente temporal.

Salvo que en el contrato o en el convenio colectivo se haya previsto una indemnización superior por la finalización del contrato, su extinción genera a favor del trabajador una **indemnización** de cuantía equivalente a la parte proporcional que resultaría de abonar 8 días de salario por cada año de servicio (art.49.1.c ET).

Es típico del sector del comercio, agrario y en la hostelería.

Contrato de Interinidad.

El **objeto** del contrato es cubrir, de forma temporal, el vacío producido en la actividad laboral como consecuencia de alguna de las siguientes situaciones:

- Las que prevé el ET como interrupción o suspensión de la prestación laboral con reserva del puesto de trabajo (permisos o licencias; riesgo por embarazo, incapacidad temporal; maternidad, adopción y acogimiento; excedencia forzosa; privación de libertad, mientras no exista sentencia condenatoria y el servicio militar o servicio social sustitutorio).
- Aquellas otras situaciones que, por convenio colectivo o por acuerdo individual, permitan una interrupción de la actividad laboral siempre que se prevea la reserva del puesto de trabajo.
- Mientras se desarrollen procesos de selección o promoción definitiva de puesto de trabajo que se hallan quedado vacantes.

En todos los casos, el empresario, puede hacer una reorganización interna de sus propios recursos humanos y cubrir con esta contratación un puesto distinto al que ocupaba el trabajador sustituido o vacante, destinando a cubrir dicho puesto a otro trabajador de la empresa.

La **forma** debe ser escrita, haciendo constar, entre otros aspectos, el nombre del trabajador sustituido y la causa de la sustitución, indicando si el puesto de trabajo que se va a cubrir es el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquel. En los procesos de selección o promoción interna habrá de identificarse también el puesto de trabajo, cuya cobertura definitiva se producirá, tras dicho proceso.

Formalizado el contrato, el empresario, en el plazo de 10 días, deberá comunicarlo a la oficina de empleo, remitiendo además la copia básica firmada por los representantes legales de los trabajadores. Si no se cumple con la exigencia de formalizar el contrato por escrito se presumirá que el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido, salvo que se pruebe la naturaleza temporal del mismo (art.8.2 ET).

Debe tenerse en cuenta que también se regirá por las disposiciones establecidas para el contrato de interinidad, el celebrado para sustituir a un trabajador autónomo, a un socio trabajador o a un socio de trabajo de una sociedad cooperativa, en el supuesto de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente (art.4.3 RD 2720/1998, introducido por RD 1251/2001, de 16 de diciembre).

La **duración** del contrato coincidirá con el tiempo en que se mantenga el derecho a la reserva del puesto de

trabajo. Si se trata de procesos de selección o promoción, por el tiempo que duren estos, por un máximo de 3 meses, con la excepción de contratos para cubrir vacante en los procesos de selección en las Administraciones Públicas que durarán el tiempo necesario o el que señale la norma específica.

El contrato de interinidad deberá celebrarse a jornada completa, salvo en los dos casos siguientes (art.5.2 RD 2720/1998, modificado parcialmente por la Disposición Final Primera. Dos del RD 1251/2001, de 16 de diciembre):

- Cuando el trabajador sustituido estuviera contratado a tiempo parcial o se trate de cubrir temporalmente un puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se vaya a realizar a tiempo parcial.
- Cuando el contrato se realice para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten los derechos de reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados tras el parto, o por cuidado de menores y familiares (art.37.4bis y 37.5 ET), o en aquellos casos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido, incluidos los supuestos en que los trabajadores disfruten a tiempo parcial del permiso de maternidad, adopción o acogimiento.

La **extinción** se producirá si se trata de una contratación con reserva del puesto de trabajo, por la reincorporación del trabajador sustituido, por el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación o por la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo.

En los casos de contratación como consecuencia de procesos de selección o promoción, el contrato se extinguirá cuando se cubra definitivamente el puesto, o por el transcurso del plazo de 3 meses previsto para su provisión, o el correspondiente para el caso de Administraciones Públicas.

Si acontecen estas causas de extinción y el trabajador continúa prestando sus servicios, se entenderá que el contrato se ha prorrogado tácitamente con carácter de indefinido, salvo que se comprobara que la prestación es claramente temporal.

El empresario no tiene obligación de avisar al trabajador de la extinción del contrato, salvo que haya algún acuerdo en otro sentido.

Contrato de Inserción.

Contrato temporal creado por el RD Ley 5/2001, y regulado en el art.15.1.d ET.

Los **sujetos** que pueden realizar este contrato son las Administraciones Públicas o entidades sin ánimo de lucro, y los trabajadores que puedan ser contratados mediante esta modalidad son los desempleados inscritos en la oficina de empleo.

Su **objeto** es *realizar una obra o servicio de interés general o social, como medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado participante dentro del ámbito de los programas públicos que se determinen reglamentariamente.*

Los trabajadores que sean parte de estos contratos, no podrán repetir su participación, hasta transcurridos 3 años desde la finalización del anterior contrato de esta naturaleza, siempre y cuando el trabajador hubiera estado contratado bajo esta modalidad por un periodo superior a 9 meses en los últimos tres años. La incorporación de desempleados a esta modalidad contractual deberá estar de acuerdo con las prioridades del Estado para cumplir las directrices de la estrategia europea por el empleo.

Debe **formalizarse** por escrito, en modelo oficial, debiéndose comunicar a la oficina de empleo en el plazo de

10 días desde su formalización.

Se **extinguirá** cuando concluya la obra o servicio para la que hubiera sido contratado el trabajador.

• **CONTRATOS DE TRABAJO FORMATIVOS: SUPUESTOS Y REQUISITOS.**

Tienen como **finalidad inmediata**, poner en práctica en tanto se trabaja los conocimientos teóricos adquiridos con anterioridad, o permitir a través del trabajo el aprendizaje teórico y práctico de un oficio. Y como finalidad mediata, posibilitar una futura incorporación al mercado de trabajo de colectivos que, sin una previa experiencia o cualificación profesional, tienen una especial dificultad para encontrar empleo.

Hay que distinguir los contratos formativos de las **becas**, que tienen como finalidad facilitar a estudiantes, o incluso titulados, la experimentación profesional. El becario no es un trabajador, a diferencia de los contratos formativos, que son auténticos contratos de trabajo. El becario no recibe salario, sino una beca o cantidad de dinero que se entrega, no para retribuir el trabajo (como el salario) sino para facilitar la realización de estudios. El becario no tendrá porque estar sujeto a los límites temporales de jornada u horario, aunque si se producirá una cierta coincidencia por la razón de que sólo en las horas en que la empresa funcione, podrá el becario realizar sus tareas. Se incurrirá en abusos el convertir a los becarios en auténticos trabajadores encubiertos, que realizan las mismas funciones que los trabajadores de plantilla, sin tener los mismos derechos que estos. La jurisprudencia como criterio de distinción establece que si predomina el elemento formativo sobre la obtención de utilidad de la empresa, existirá una verdadera beca.

Contrato en prácticas.

El **objeto** del contrato es facilitar una práctica laboral y profesional adecuada con los conocimientos adquiridos y acreditados por un título universitario o de formación profesional.

El art.11.1.a ET cede el paso a la negociación colectiva para que pueda establecer el marco de esta modalidad de contratación: *mediante convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías profesionales objeto de este contrato.*

Los requisitos para llevar a cabo esta contratación, son:

- Que los requisitos a contratar estén en posesión de un título universitario, superior o medio, de formación profesional, o títulos oficiales reconocidos como equivalente, que habiliten para el ejercicio profesional. No son títulos habilitantes los de bachiller y los expedidos por el INEM o centros colaboradores tras cursos de formación profesional. Tampoco sirven el máster, en tanto curso especializado o el doctorado (grado académico).
- Que la titulación tenida en cuenta para contratar se haya obtenido dentro de los 4 años anteriores a la contratación, salvo los realizados en el extranjero, donde el plazo se cuenta a partir de la obtención de la convalidación. Si el contrato se celebra con un trabajador minusválido, el plazo se amplía a 6 años.
- Que no hayan estado contratados en la misma o en otra empresa, por esta modalidad y con la misma titulación, siempre que hubiesen agotado el plazo máximo de duración que esta contratación permite.

El **período de prueba** que puede acordar, salvo que por convenio colectivo se diga otra cosa, no podrá tener una duración superior a 2 meses para los titulados superiores y de 1 mes para los medios.

Debe darse una correlación entre la titulación y las características o contenido de la prestación de trabajo.

La forma ha de ser escrita, en modelo oficial, en el que se hará constar, entre otros datos, el título considerado para contratar, la duración del contrato y el puesto a desempeñar. Si no se cumple con la exigencia de formalizar el contrato por escrito, se presumirá que el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido, salvo que se pruebe la naturaleza temporal del mismo (art. 8.2ET).

Formalizado el contrato, el empresario, en el plazo de 10 días, deberá comunicarlo a la oficina de empleo, remitiendo también con la copia básica firmada por los representantes legales de los trabajadores, lo que acredita que le ha sido entregada.

La duración no será inferior a 6 meses ni superior a 2 años. No obstante, el convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo de ámbito inferior, respetando otros límites, puede establecer otra duración atendiendo a las características del sector y a las prácticas a realizar.

La duración no se verá ampliada si se produce alguna de las causas que pueden dar lugar a la suspensión del contrato de trabajo, salvo que se haya acordado otra cosa.

La **prórroga** es posible si no se ha agotado el plazo de 2 años, pudiendo acordarse hasta dos prórrogas de, como mínimo, 6 meses cada una de ellas, de no haber otra regulación en convenio, siempre que la duración total del contrato no exceda del tiempo máximo permitido.

Las **retribuciones** serán las que estén fijadas en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas. De no ser así, serán las correspondientes al 60% y 75% del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo puesto de trabajo o equivalente, durante el primero y segundo año de vigencia respectivamente, siempre que la cuantía resultante no sea inferior al salario mínimo interprofesional.

La **extinción** se producirá cuando llegue la fecha convenida, teniendo que comunicarla el empresario a la oficina de empleo. Si llegado esté término, se siguen prestando servicios sin que el empresario haya comunicado al trabajador su voluntad de prorrogar el contrato o de extinguirlo, se prorrogará hasta el máximo de tiempo que el contrato permite. El empresario, al finalizar el contrato, tendrá que emitir un **certificado para el trabajador** en el que hará constar la duración de las prácticas, el puesto de trabajo ocupado y las principales tareas realizadas en el mismo.

Si el trabajador, una vez extinguido este contrato, se incorpora a la empresa sin mediar tiempo alguno entre una y otra situación, tendrá derecho a que se le compute una antigüedad a contar desde que inició su primera relación y no podrá concertarse un nuevo período de prueba.

Contrato para la formación.

El **objeto** del contrato es que el trabajador adquiera la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño de un oficio o puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación, definidos como tales en el sistema de clasificación de la empresa.

A diferencia del contrato en práctica, éste pretende, tanto la adquisición de los conocimientos teóricos precisos para el desempeño de un puesto de trabajo y como que el trabajador obtenga la formación práctica que requiere el efectivo desempeño de éste.

Los **requisitos** para contratar por esta modalidad son:

- Los trabajadores habrán de ser mayores de 16 años y menores de 21. Este límite de edad no juega en el caso de los siguientes colectivos de trabajadores: minusválidos; trabajadores extranjeros durante los dos primeros años de vigencia de su permiso de trabajo; aquellos que lleven más de tres años sin actividad laboral; quienes se encuentren en situación de exclusión social.

- Que no tengan la titulación requerida para realizar un contrato en prácticas en el oficio, objeto de aprendizaje.
- El trabajo efectivo que preste el trabajador deberá estar relacionado con las tareas propias de nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo objeto del contrato.
- Que los trabajadores no hayan estado contratados, en la misma o en otra empresa, por esta modalidad, habiendo agotado el período máximo de duración.
- Que los trabajadores no hayan estado anteriormente contratados en la misma empresa durante más de 12 meses para el desempeño del mismo puesto cualificado.
- Que el número de contratados por esta modalidad no sea superior a la escala fijada reglamentariamente, según porcentaje aplicable, al número de trabajadores de plantilla de cada centro de trabajo.

Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, o en su defecto, de ámbito inferior se podrá establecer el número máximo de contratos a realizar en función del tamaño de la plantilla, en el supuesto de que exista un plan formativo de empresa. Si los convenios no determinasen el número máximo de contratos, dicho número será el determinado reglamentariamente. Los trabajadores minusválidos contratados por esta modalidad no computarán para el número máximo de contratos para la formación.

La **forma** ha de ser escrita, en modelo oficial, en el que constará entre otros aspectos, el oficio o nivel ocupacional, el tiempo de formación, la duración del contrato y el nombre y cualificación del tutor que se ha de asignar a cada aprendiz. Si no se cumple con la exigencia de formalizar el contrato por escrito, se presumirá celebrado por tiempo indefinido, salvo que se pruebe la naturaleza temporal del mismo (art.8.2 ET).

Formalizado el contrato, el empresario, en el plazo de 10 días, deberá comunicarlo a la oficina de empleo, remitiendo también la copia básica firmada por los representantes legales de los trabajadores, lo que acredita que les ha sido entregada.

La **duración** no puede ser inferior a 6 meses ni superior a 2 años. Pero, por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o de ámbito inferior, se podrá fijar otra duración, nunca inferior a 6 meses ni superior a 3 años, según las características del oficio o puestos de trabajo a desempeñar y a los requerimientos formativos que exija su desempeño.

La **prórroga** del contrato es posible si no se ha agotado el plazo de 2 o 3 años, pudiendo acordarse hasta dos de 6 meses cada una de ellas.

Las **retribuciones** se fijarán en convenio colectivo; de no ser así, no podrán ser inferiores al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

El empresario está obligado a proporcionar al trabajador la formación teórica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo, sin que el tiempo que a esta se dedica pueda ser inferior al 15% de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su efecto, de la jornada máxima legal.

Si el trabajador contratado no hubiera finalizado los ciclos educativos comprendidos en la escolaridad obligatoria, la formación teórica tendrá por primer objetivo completar dicha educación (art.11.2.e ET). La formación se puede presencial a distancia, en un centro de la empresa, en centros creados de forma mancomunada por las empresas, sus organizaciones o sindicatos, o en centros públicos o privados de formación.

La formación resulta tan inseparable del objeto del contrato que las faltas de puntualidad y asistencia por el trabajador a la formación se considerarán como faltas de trabajo.

Se entenderá cumplido el requisito de la formación teórica cuando el trabajador acredite, mediante certificación de la Administración pública competente, que ha realizado un curso de formación profesional ocupacional adecuado al oficio o puesto de trabajo objeto del contrato. En este caso, la retribución del trabajador se incrementará proporcionalmente al tiempo no dedicado a la formación.

El contrato **se presumirá de carácter común u ordinario cuando el empresario incumpla en su totalidad sus obligaciones en materia de formación teórica** (art.11.2.K ET).

La **protección social o cobertura por la S.S.** está limitada, por cuanto alcanza a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la asistencia sanitaria por contingencias comunes, las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes y maternidad, pensiones y la cobertura del Fondo de Garantía Salarial. Están excluidas las prestaciones por desempleo y las cargas familiares, ya que se trata de ahorrar costes al empresario y a la Administración.

La **extinción** se producirá cuando llegue la fecha convenida, teniendo que comunicarla el empresario a la oficina de empleo. Si siguen prestando servicios sin que el empresario haya comunicado al trabajador su voluntad de prorrogar el contrato o de extinguirlo, se prorrogará hasta el máximo de tiempo que el contrato permite. El empresario, al terminar el contrato, tendrá que emitir un certificado para el trabajador en el que hará constar la duración de la formación teórica recibida y el nivel de formación práctica adquirida.

Si el trabajador, una vez extinguido este contrato, se incorpora a la empresa, tendrá derecho a que se le compute una antigüedad a contar desde que inició su primera relación y no podrá concertarse un nuevo período de prueba. También, a través de la negociación colectiva, se podrán establecer compromisos de conversión del contrato por tiempo indefinido.

• **CONTRATO A TIEMPO PARCIAL, FIJO-DISCONTINUO Y CONTRATO DE RELEVO.**

Contrato a tiempo parcial.

El contrato parcial supone frente al contrato ordinario o tipo una jornada reducida. Se **define** en el art.12.1 ET, diciendo que *el contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.*

El ET, utiliza para definir el contrato a tiempo parcial, una fórmula, que pone en relación la jornada pactada en el contrato, con **la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable**, entendiendo por tal *un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o en su defecto la jornada máxima legal* (art.12.1 párr.2 ET).

El contrato a tiempo parcial podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación, excepto en el contrato para la formación.

La **forma** del contrato ha de ser escrita en el modelo que se establezca. En él figurará el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución. De no observarse estas exigencias el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios y el número y distribución de las horas contratadas.

Formalizado el contrato, el empresario, en el plazo de 10 días, ha de comunicarlo a la oficina de empleo enviando también la copia básica firmada por los representantes de los trabajadores.

Los trabajadores a tiempo parcial **no podrán realizar horas extraordinarias**, salvo cuando éstas tengan por objeto prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Sin embargo se prevé la posibilidad de realizar **horas complementarias**, como adición a las horas ordinarias. **Las horas complementarias** se prevén como un pacto específico y complementario al contrato a tiempo parcial, y **están sujetas a las siguientes reglas** (art.12.5 ET):

- El empresario sólo podrá exigir la realización de horas complementarias cuando así lo hubiera pactado expresamente con el trabajador, en el momento de la celebración del contrato o con posterioridad al mismo. El pacto se formalizará por escrito y en el modelo oficial establecido.
- Sólo se podrá formalizar un pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial de duración indefinida.
- El pacto de horas complementarias deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario que no podrá exceder del 15% de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Los convenios colectivos de ámbito sectorial o en su defecto inferior podrán establecer otro porcentaje máximo, que en ningún caso podrá exceder del 60% de las horas ordinarias contratadas. En todo caso, la suma de las horas ordinarias y las complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial.
- La distribución y la forma de realización de las horas complementarias pactadas deberá atenerse a lo establecido en el convenio colectivo, y en el pacto individual que las haya establecido. Salvo que por convenio se establezca otra cosa, el trabajador deberá conocer el día y hora de realización con un preaviso de 7 días.
- La realización de horas complementarias deberá respetar los límites en materia de jornada y descansos establecidos en el ET.
- Las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuirán como ordinarias.
- El pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por renuncia del trabajador, mediante un preaviso de 15 días, una vez cumplido un año de su celebración, cuando concurra alguna de estas circunstancias:
 - Atención de menores de 6 años, minusválidos físicos, psíquicos o sensoriales que no desempeñen actividad retribuida o familiares hasta el segundo grado que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida.
 - Necesidades formativas, cuando se acredite la incompatibilidad horaria.
 - Incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.

Si el empresario no cumple con los anteriores requisitos, la negativa del trabajador a realizar horas complementarias no constituirá conducta laboral sancionable.

Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo de manera proporcional al tiempo de trabajo. Esta regla de proporcionalidad de los derechos de los trabajadores a tiempo parcial en función del tiempo de trabajo, jugará cuando se prevea expresamente en la norma o convenio. Por ejemplo, es lógico que la retribución del trabajador a tiempo parcial, sea proporcional a la duración de la jornada. Sin embargo, carecería de fundamento que se estableciera una menor duración de las vacaciones o una reducción de las licencias retribuidas, atendiendo a que la jornada es inferior a la habitual.

Se prevé la conversión de un trabajo a tiempo completo en uno a tiempo parcial y viceversa, y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Tampoco el trabajador podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial

por el hecho de rechazar esta conversión.

Trabajadores fijos discontinuos (art.15.8 ET).

El contrato a tiempo parcial para trabajos fijos de carácter discontinuo, es aquel en que la actividad laboral es permanente en la empresa, pero le acompaña el carácter de periódica o cíclica.

Existe, sin embargo una distinción respecto a la actividad que justifica la contratación de fijos discontinuos, **ya que dicha actividad puede ser de periodicidad fija y cierta (contratos a tiempo parcial), o de periodicidad fija e incierta en el tiempo (contratos específicamente fijos discontinuos).** Es decir, hay actividades que se conoce cuando se inicia y se requiere este trabajo discontinuo, mientras que en otras, no se puede conocer ni el momento de reanudación del ciclo productivo, ni la duración de la actividad.

El ET, distingue así entre dos tipos de trabajadores fijos discontinuos:

- Los contratados para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de la actividad de la empresa (art.12.3). A este tipo de contratos les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido.
- Los contratados para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa (art.15.8). Este tipo de contrato, no se considera, en principio, contrato a tiempo parcial, por la falta de certeza de la duración de la jornada, y porque, es difícil que exista una jornada a tiempo completo de referencia. Cuando se interrumpe la actividad no se extingue el contrato sino que se suspende temporalmente. El trabajador tiene derecho a ser llamado cuando se reanude la actividad, pudiendo en el caso de no ser llamado, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social. El contrato se formalizará por escrito, en modelo oficial, y en el que deberá figurar información sobre la duración estimada de la actividad, así como la forma y orden de llamamiento que se establezca en el convenio colectivo.

Se plantea el problema de distinción entre el trabajador eventual y fijo-discontinuo. El TS ha precisado que el trabajo fijo discontinuo *existe cuando con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad.* El contrato eventual, por el contrario supone que la necesidad de trabajo, es en principio imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular.

Contrato de relevo.

Supone una doble operación:

- La conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, mediante el pacto de reducción de jornada, con la posibilidad de acogerse a una jubilación parcial.
- La simultánea celebración de un contrato de relevo.

El trabajador, puede concertar con su empresa, una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo del 25% y un máximo de 85%, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la S.S. con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida (65 años). Se requiere, por tanto, que el trabajador sustituido, reúna todos los requisitos para poder jubilarse, excepto de la edad (de forma que debe tener entre 60 y 64 años). El contrato de trabajo del sustituido, se convierte en un contrato de trabajo a tiempo parcial, cuya retribución es compatible con la pensión que la S.S. reconozca al trabajador hasta que cumpla la edad establecida. Es decir, el trabajador, percibirá por una parte la pensión correspondiente a la jubilación parcial, y

por otro lado, el salario que corresponda a la parte de jornada en la que presta servicios.

Para poder realizar esta operación, **la empresa concertará simultáneamente un contrato de trabajo (contrato de relevo), con otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada**, quedando obligada a mantener cubierta, como mínimo, la jornada de trabajo sustituida hasta la fecha de jubilación del trabajador que ha reducido su jornada.

El contrato de relevo, se puede celebrar también para sustituir a aquellos trabajadores que, habiendo cumplido la edad de jubilación, se hubieran jubilado parcialmente.

Como consecuencia de la reforma en la normativa reguladora de la prestación de jubilación (Ley 24/2001 de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos del 2002, que reforma el art.166.1 TRLGSS), se establece la posibilidad de que los trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación y reúnan los requisitos para causar derecho a la misma, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración de un contrato de relevo. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores jubilados parcialmente antes de cumplir 65 años, en el caso de jubilación parcial de trabajadores que hayan cumplido dicha edad, no es obligatoria la simultánea celebración de un contrato de relevo para la sustitución del jubilado parcialmente.

El contrato debe celebrarse por escrito, y comunicarse al INEM en el plazo de 10 días, al igual que debe entregarse la copia básica.

La duración del contrato de relevo, será igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación. Si se tratara de contrato de relevo, para sustituir a un trabajador jubilado parcialmente, la duración será indefinida o anual. En caso de que fuera anual, se prorrogará automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose cuando se produzca la jubilación total del sustituido.

El contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser como mínimo igual a la reducción de jornada acordada por el mismo del trabajador sustituido.

Si durante la vigencia del contrato de relevo se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo, en el plazo de 15 días, por otro trabajador desempleado. Si el trabajador, jubilado parcial, fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad de jubilación y no se procediera a su readmisión, la empresa deberá sustituirlo, en el plazo de 15 días a contar desde la fecha del acto de conciliación o sentencia que califique el despido como improcedente, por otro trabajador desempleado, con el que concertará un segundo contrato de relevo que cubra al menos la jornada que desempeñaba el jubilado despedido, o ampliar la duración de la jornada del trabajador con contrato de relevo. En caso de incumplimiento de las obligaciones citadas, bien por contratación extemporánea fuera de los 15 días o por falta de contratación, el empresario debe abonar a la Entidad gestora correspondiente el importe de la prestación de jubilación parcial devengado desde el momento del cese del relevista o del despido improcedente del jubilado hasta la contratación extemporánea o hasta el cumplimiento de los 65 años del relevado, respectivamente.

• **OTRAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN.**

Contrato de trabajo a domicilio (art.13 ET).

Contempla aquella actividad laboral que se desarrolla **fuera de los centros o lugares de trabajo designados por el empresario**, como puede ser el propio domicilio del trabajador u otro lugar que éste libremente elija, y por tanto fuera del control y vigilancia del empresario.

Lo que determina que algunos elementos que caracterizan a una relación laboral común no se aprecien con claridad en este tipo de contrato, a saber: **la dependencia, la subordinación y la propia dirección de la**

actividad.

La norma exige que el contrato se formalice por escrito, y que se haga constar expresamente el lugar de la prestación laboral, con objeto de poder controlar, entre otros extremos, si el local reúne las condiciones de seguridad e higiene. Formalizado el contrato, el empresario, en el plazo de 10 días, deberá comunicarlo a la Oficina de Empleo, remitiendo también la copia básica firmada por los representantes legales de los trabajadores, lo que acredita que les ha sido entregada.

Si el contrato tuviera carácter temporal y no se cumple con la exigencia de formalizar el contrato por escrito, se presumirá que el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido, salvo que se pruebe la naturaleza temporal del mismo (art.8.2 ET).

También se requiere al empresario que ponga a disposición de los trabajadores un **documento de control de la actividad** que refleje, entre otros aspectos: la clase y cantidad de trabajo, materias primas entregadas y la forma de fijación de salarios.

Los salarios que se perciban no podrán ser inferiores al salario que perciba un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector de la actividad que se trate.

Contrato de grupo (art.10 ET).

Contempla **el encargo que un empresario puede hacer a un grupo de trabajadores considerándolos como una unidad o colectividad**. Se establece un único contrato de trabajo que vincula al empresario con el grupo considerándolo en su conjunto. El grupo debe existir con anterioridad a la contratación, o constituirse como tal para la contratación misma, y conforma una unidad jurídica, con independencia de cuáles sean sus miembros. El grupo, carece de personalidad jurídica, y su capacidad se constriñe a los efectos que se desprenden de la regulación existente.

Se pacta un salario global para el grupo contratado.

Esta modalidad de contratación conlleva el que el grupo tenga un **representante**, elegido por él, o **jefe del grupo**, con el que el empresario se entiende y ante quien responde de forma recíproca, de los derechos y obligaciones frente al grupo.

La separación de un miembro del grupo, no se considera por la jurisprudencia como despido. Y no influye en el vínculo contractual con el empresario salvo que se hubiera pactado que la baja del grupo de determinadas personas conducirá a la resolución del contrato en su integridad.

Hay que distinguir esta modalidad de contratación del trabajo dado en **común a un grupo de trabajadores**, es decir, la relación que mantiene el empresario con el trabajador es directa y presupone la existencia de un contrato de trabajo individualizado.

• AYUDAS E INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN: FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA (ver hoja anexa al tema).

El art 40.1 CE potencia como principio rector de la política social y económica la consecución de una política orientada al pleno empleo. Las medidas que estimulan el empleo aparecen reguladas en el art.17.3 ET, conforme al cual el Gobierno *podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo, que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas, para fomentar el empleo de grupos específicos que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo.*

Hay varios tipos de medidas sobre el fomento del empleo:

- **En materia de contratación**, creando una serie de contratos de trabajo tendentes a favorecer la contratación de determinados colectivos.
- **En materia de formación**, regulando distintos planes de acciones educativas y formativas de reconversión e inserción de los desempleados.
- **Medidas de orden económico**, concesión de subvenciones, bonificaciones en las cotizaciones de la S.S., beneficios fiscales para la contratación de trabajadores.

Las medidas actuales favorecen e incentivan la contratación indefinida desde dos planos:

- Regulando una nueva modalidad contractual –**el contrato para el fomento de la contratación indefinida**–.
- **Estableciendo** con carácter anual, unos **incentivos** mediante bonificaciones en las cotizaciones de la S.S. y fiscales para este tipo de contratos y para la conversión de contratos temporales en indefinidos o estables.

El contrato para el fomento de la contratación indefinida (Disposición Adicional Primera Ley 12/2001), tiene como objeto facilitar empleo estable para determinados colectivos específicos especialmente afectados por el desempleo y la inestabilidad laboral. Estos colectivos son, de un lado, desempleados inscritos en la oficina de empleo en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: jóvenes (entre 16 y 30 años); mujeres desempleadas; mayores de 45 años de edad; parados que lleven, al menos, 6 meses inscritos como demandantes de empleo. De otro lado, trabajadores que, en la fecha de celebración del contrato de fomento de la contratación indefinida estuvieran empleados en la misma empresa con contratos de duración determinada o temporal, incluidos los formativos.

La **forma** del contrato ha de ser escrita en el modelo que se establezca, y la **duración**, es obviamente indefinida. Su **régimen jurídico**, es el mismo que rige para los contratos indefinidos comunes, salvo en la indemnización a percibir como consecuencias de extinción del contrato basado en causas objetivas declaradas improcedente, que es sensiblemente inferior –se fijan en 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades–. La particularidad de este tipo de contrato, es por tanto, un abaratamiento del coste del despido en ciertos casos.

La norma impone una serie de **limitaciones** para poder contratar bajo esta modalidad, ya que no podrán hacer uso del contrato, las empresas que en los 6 meses anteriores hubieran realizado extinciones por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o despidos colectivos, siempre que en este último caso no hubiera habido acuerdo con los representantes de los trabajadores. La limitación afectará únicamente a la cobertura de puestos de trabajo de la misma categoría o grupo que los afectados por la extinción o despido, y para el mismo centro o centros de trabajo.

Por lo que se refiere a los **incentivos** a la contratación indefinida, persiguen fomentar la misma y a tiempo completo de trabajadores desempleados, incluidos dentro de los colectivos específicos. Tienen carácter anual, y los grupos destinatarios pueden variar cada año, razón por la que no se va a referir el plan de fomento actualmente en vigor.

Los **beneficios relativos a la S.S.** consisten en distintas bonificaciones en las cuotas empresariales por contingencias comunes, según el colectivo cuya contratación se trata de favorecer.

La normativa establece algunas limitaciones para acogerse a estos beneficios. Así se excluyen las contrataciones que supongan una relación de carácter especial como las previstas en el ET, las que se efectúen con familiares cercanos del empresario o de los cargos directivos, o con trabajadores que, 24 meses antes, hayan prestado servicios en la misma empresa o grupo con un contrato indefinido. Tampoco podrá el

empresario acogerse a estos beneficios, cuando no esté al corriente de sus obligaciones tributarias y de S.S. o haya sido sancionado con pérdidas de los beneficios de programas de empleo. En cualquier caso los beneficios o ayudas no podrán ser superiores al 60% del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica.

Para los **trabajadores minusválidos** se prevé un tratamiento específico de bonificaciones tanto en reducción de cuotas a la S.S. como de subvenciones por contrato realizado.

Hay que añadir las **subvenciones y ayudas** que pueden prestar los **Ayuntamientos y las CCAA**, a aquellos proyectos empresariales tendentes a la creación de actividad económica y de empleo.

Por último, existen otras **acciones financiadas por el Fondo Social Europeo** para colectivos con dificultades de inserción profesional en el mercado laboral, generalmente gestionadas por las Administraciones Públicas, Central, Autonómica o Local.

• **PRESUNCIÓN DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y CONTRATOS EN FRAUDE DE LEY.**

La redacción del art.15.1 ET, anterior a la reforma de 1994, partía de la presunción de que el contrato de trabajo era de carácter indefinido como modalidad general, y, añadía, que podrían celebrarse contratos de duración determinada. La actual redacción del precepto, distingue entre el contrato indefinido y los de duración determinada que a continuación relacionamos. No obstante, se conserva la tendencia a considerar el carácter indefinido del contrato.

Se otorga la condición de trabajador fijo a los trabajadores a los que el empresario no les hubiera dado de alta en la S.S. en el plazo que se hubiera fijado como período de prueba, salvo que los servicios que se presten sean claramente de duración temporal (art.15.2 ET). La misma solución se adopta cuando no se respeta la exigencia de la forma escrita de la contratación (art.8.2 ET).

Por otra parte, el art.15.3 ET, **también establece, que se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.** Se entiende por **fraude de ley**, con carácter general, aquellas situaciones que, aunque realizadas al amparo de la norma, persiguen no obstante un resultado prohibido, no querido o contrario al ordenamiento, lo que impedirá la aplicación correcta de la norma que se ha pretendido eludir.

Se consideran situaciones de contratación temporal en fraude de ley, tal y como indica la jurisprudencia, aquellas donde **la causa se simula**, como sería el caso en que se contrato al trabajador, por un supuesto aumento extraordinario de tareas, cuando lo cierto es que tal aumento no existe, y el trabajo es el habitual y normal de la empresa.

Otro supuesto típico de fraude, lo constituye la sucesión de diferentes contratos temporales anudados, sin una razón suficiente, con la finalidad de tener la libertad de despedir. La jurisprudencia entiende que siempre que en una serie de contratos temporales, cualquiera de ellos carezca de acusa o contravenga la normativa reguladora de los contratos temporales, la relación laboral devendrá indefinida, por lo que deben examinarse todos y cada uno de los contratos. El ET, consciente del *encadenamiento de contratos*, remite a los convenios colectivos, para que establezcan *requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal* (art.15.5).

Cabe la posibilidad (introducida por la Disposición Adicional Tercera del RDL 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad), de que si la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo (actualmente el INEM) considera que puede no existir una situación legal de desempleo por entender que la reiteración de contratos temporales entre una misma empresa y un mismo trabajador pudiera ser abusiva o fraudulenta, puede comunicarlo a la autoridad

judicial, demandando la declaración laboral como indefinida y la readmisión del trabajador.

En principio la norma contempla el supuesto de un trabajador, vinculado con una misma empresa durante un tiempo determinado, a través de distintos contratos temporales (encadenamiento de contratos), que una vez finalizado el último de ellos por denuncia del empresario, solicita la prestación por desempleo.

Tradicionalmente, el INEM denegaba la prestación al trabajador solicitante que se había aquietado a la decisión empresarial no reclamando por despido, ya que entendía que bajo la apariencia de varios contratos temporales, existía una única relación indefinida, que no podía ser finalizada unilateralmente por el empresario, de modo que la pasividad del trabajador equivalía al consentimiento del mismo con la extinción, lo que conllevaba la inexistencia de situación legal de desempleo a efectos del percibo de la prestación. El Tribunal Supremo en contra de la tesis del INEM entendió que no se puede exigir al trabajador cesado que efectúe una calificación jurídica de las condiciones del contrato para indagar sobre la legalidad o ilegalidad del mismo, por lo que cuando el vínculo mantenga una apariencia de temporalidad no cabe imponer al trabajador la exigencia inexcusable de que, para acceder a la prestación por desempleo, acciones por despido.

El RDL 572002, a la vista de la interpretación jurisprudencial, ha venido a establecer que ante la extinción de un contrato temporal que pudiera ser fraudulento (reiteración de contratos temporales), la Entidad gestora de la prestación por desempleo, no puede denegar la prestación al trabajador, sino reconocérsela provisionalmente y dirigirse a la autoridad judicial, demandando a declaración laboral como indefinida y la readmisión del trabajador. Si la autoridad judicial considera que ha existido abuso o fraude en la contratación temporal, la sentencia declarará la relación laboral como indefinida, estando obligada la empresa, a readmitir al trabajador, cesando la entidad gestora en el abono de la prestación por desempleo, y debiendo el empresario ingresar al Ente Gestor las cantidades percibidas por el trabajador en tal concepto, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que le correspondan y que deberán haber sido fijadas por la sentencia.

También existirá fraude de ley cuando la finalidad **formativa del contrato se simula o no se cumpla**.

• **LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

Las Administraciones Públicas pueden celebrar contratos laborales temporales. No obstante, las especiales características del empleador, explican algunas **particularidades** de estos contratos en el ámbito de la Administración. Así, por ejemplo, el contrato temporal de inserción casi exclusivo de las Administraciones Públicas. También, es mayor la duración en los contratos de interinidad por *vacante*. El trabajador cuyo contrato temporal fuera fraudulento adquiere la condición de **trabajador indefinido**, sin llegar a ser fijo. El trabajador accede a un estatuto especial equiparado al de un trabajador interino por cobertura de vacante, y verá su contrato extinguido, cuando se produzca la cobertura reglamentaria de la plaza.

TEMA 9: EL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO.

• **EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE TRABAJO: PLANTEAMIENTO GENERAL.**

Vamos a seguir con el análisis del **objeto del contrato de trabajo**, es decir, la prestación de servicios por el trabajador, a cambio de una retribución denominada salario.

El trabajador se compromete mediante el contrato de trabajo, a prestar sus servicios a cambio del salario. Se trata de una obligación de actividad, que el trabajador realiza, dentro del ámbito de organización y dirección del empresario. Lo primero por tanto que habrá que determinar, es el **contenido concreto de la prestación** que corresponde a cada trabajador (el que, cómo y cuánto de la obligación de trabajar). Esta prestación, se encuadra en un **marco temporal y espacial determinados**, desarrollándose en ciertas unidades de tiempo y en un determinado lugar.

Dentro del contenido del contrato de trabajo, junto a las obligaciones básicas de trabajar y retribuir el trabajo,

existe en el contenido del contrato de trabajo, **un conjunto de derechos y obligaciones que para las partes surgen como consecuencia de la constitución de la relación laboral.**

La relación laboral entre empresario y trabajador, tiene unas características peculiares, que la singularizan frente a otros contratos. Por un lado, se trata de un vínculo que **se prolonga en el tiempo**, lo que explica que pueda sufrir distintas vicisitudes y alteraciones respecto a lo inicialmente pactado. Esta proyección temporal, explica también, que, en caso de conflicto, deba ser tenido en cuenta el tiempo que el trabajador lleva prestando servicios.

Además, por el contrato de trabajo, el trabajador se **inserta en un ámbito de organización y dirección**, cuyo titular es el empresario, que goza de una singular posición de preeminencia hasta tal punto que ostenta auténticos poderes. Este estado de desequilibrio entre ambos sujetos, explica que el empresario disponga de facultades excepcionales de modalización del contrato e incluso de modificación del mismo, por lo que el ordenamiento establece unos límites al ejercicio de tales facultades.

Tiene también gran trascendencia, que **la relación entre empresario y trabajador se desarrolla en un ámbito que les desborda**, lo que repercute en su relación bilateral. De tal forma, que las decisiones del empresario que tomadas aisladamente serían regulares, pueden resultar antijurídicas en relación con otros trabajadores de la empresa al suponer un trato desigual para el destinatario de la medida. Lo que explica, que el ordenamiento tipifique como incumplimientos del contrato de trabajo conductas del trabajador frente al resto de sus compañeros, como muestra por ejemplo, el hecho de que constituyan causa de despido, las ofensas verbales o físicas a los compañeros de trabajo (art.54.2.c ET).

Todas estas peculiaridades del contrato de trabajo, se traducen en la especial configuración de los derechos y deberes a cargo de trabajador y empresario.

• **DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR EN LA RELACIÓN DE TRABAJO.**

El art.4 ET, titulado derechos laborales, distingue entre unos **derechos básicos** de los trabajadores (art.4.1), y los **derechos de los trabajadores en la relación de trabajo** (art.4.2).

Los **derechos básicos de los trabajadores**, son derechos reconocidos constitucionalmente, y corresponden al trabajador en cuanto tal, independientemente de cual sea su situación laboral concreta. Son derechos, que despliegan sus efectos dentro de la relación laboral, aunque algunos de ellos puedan hacerlo en momentos posteriores o previos a la misma; y de gran relevancia constitucional, ya que, algunos de ellos deben ser desarrollados mediante ley orgánica.

Los que nos interesa analizar en este apartado son, los **derechos de los trabajadores en la relación de trabajo** (art.4.2). La enumeración que de los mismos hace el ET, no es completa, ya que existen, otros muchos a los que se refiere el propio ET en otros lugares, o que se mencionan en otras leyes. De hecho, el propio art.4 termina con una cláusula de cierre conforme a la cual, el trabajador tendrá cuantos otros derechos *se deriven específicamente del contrato de trabajo*. Llama la atención, que entre los mismos se incluyan algunos derechos de dimensión constitucional, como son los derechos de no discriminación, y respeto a la intimidad, que podrían haber sido considerados entre los derechos laborales básicos. Quizás, el ET ha pretendido es destacar estos dos derechos fundamentales que corresponden a todos los ciudadanos, y que podrían verse afectados por la suscripción del contrato de trabajo.

Obvio es, que los derechos reconocidos al trabajador, se traducen en obligaciones para el empresario, que debe respetar y garantizar el ejercicio y disfrute de los mismos, por parte de aquél, constituyendo los actos y omisiones del empresario contrarios a los mismos infracción laboral grave (art.7.10 LISOS), o en ciertos casos muy grave.

Junto a los derechos del trabajador, también el ET (art.5), enumera sus deberes básicos, que a igual que la relación de derechos, no se trata de un catálogo exhaustivo, ya que existen otros deberes exigibles al trabajador derivados del propio ET, del deber de buena fe, del convenio colectivo, o del propio contrato de trabajo.

Derechos del trabajador en la relación de trabajo.

El ET reconoce al trabajador, una vez constituida la relación laboral, los derechos siguientes (art.4.2):

- **Derecho a la ocupación efectiva.**

El trabajador no sólo tiene la obligación de prestar sus servicios, sino que también tiene el derecho a prestarlos, y en esto consiste precisamente el derecho a la ocupación efectiva, íntimamente relacionado con otros derechos de relevancia constitucional, tales como el reconocimiento a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

Del derecho de la ocupación efectiva, se derivan para el empresario una serie de obligaciones, que son: asignar al trabajador a un puesto de trabajo adecuado a la categoría profesional pactada en el contrato; mantener al trabajador en situación de actividad, y proporcionarle los medios e instrumentos necesarios para que el trabajo se lleve a cabo de forma adecuada.

No obstante, el derecho de ocupación efectiva, puede verse afectado por distintos factores que ocasionen la paralización del trabajo, de forma que el trabajador se vea privado de ocupación. El ordenamiento reacciona frente a ello estableciendo que si el trabajador no pudiera prestar sus servicios porque el empresario se retrase en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo, el trabajador conserva el derecho al salario (art.30 ET). La jurisprudencia considera que la falta de ocupación efectiva constituye razón suficiente para que el trabajador inste la resolución judicial del contrato, con la indemnización de 45 días de salario por año de servicio y un máximo de 42 mensualidades, al constituir un *incumplimiento grave de sus obligaciones por el empresario*, que con arreglo al art.50.1.c ET, constituye uno de los supuestos de resolución causal del contrato a instancia del trabajador.

- **Promoción y formación profesional en el trabajo.**

Estos derechos se encuentran estrechamente vinculados. La CE (art.35) reconoce, con carácter general, el derecho a la promoción a través del trabajo, y además, la formación profesional, en cierta medida conecta con el derecho a la educación (art.27 CE).

El art.23 ET, bajo la rúbrica **promoción y formación profesional en el trabajo**, establece que el trabajador tendrá derecho:

- Al disfrute de los **permisos necesarios** para concurrir a exámenes, así como a una preferencia para elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional.
- A la **adaptación de la jornada ordinaria de trabajo** para la asistencia a cursos de formación o a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.

Asimismo, cuando el ET establece el **régimen de ascensos**, lo vincula estrechamente con la promoción profesional. Los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio, o en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En todo caso, **los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos,**

antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario (art.24).

- **A no ser discriminado.**

El ET reconoce el derecho del trabajador a no ser discriminado para el empleo, o una vez empleado, por razones de sexo, estado civil, por la edad dentro de los límites marcados por la Ley, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua dentro del Estado Español.

Se proyecta de esta forma en el ámbito de la relación de **trabajo el derecho constitucional a la igualdad** (art.14 CE que no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, y art.17.1 ET).

La norma persigue lograr la igualdad real o sustancial y, por tanto, lo fundamental para determinar si existe discriminación es atender a las situaciones reales en que se encuentran determinados individuos o grupos.

La discriminación puede manifestarse de muy diversas maneras, así, **existen prácticas discriminatorias directas**, que se producen a partir de la diversidad de trato perjudicial para el colectivo de trabajadoras y establecida en función del sexo de los trabajadores. **También puede ser indirecta**, cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o razonablemente desiguales tienen para trabajadores de uno y otro sexo, a causa de la diferencia de sexo.

El ET refuerza el criterio de no discriminación por razón de sexo con la nueva redacción dada al art.28, por la Ley 33/2002, al imponer al empresario la obligación de respetar este principio con las remuneraciones, con independencia de su naturaleza, salarial y extrasalarial, y de cualquiera de sus elementos o condiciones.

De la misma forma que se **prohíben tanto las discriminaciones favorables** (p.e. contratar preferentemente a familiares de trabajadores de la empresa), **como las adversas, se admiten, sin embargo, discriminaciones favorables, por razón de edad, tanto en el empleo como en las condiciones de trabajo.**

- **A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.**

Es un deber de los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art.40.2CE) proteger la salud (art.43.2CE), pero es también una obligación del empresario e, igualmente, un derecho del trabajador que el ET prevé (art.19.1).

- **Al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad.**

Nuestra CE, no sólo garantiza la intimidad como un derecho fundamental autónomo (art.18.1), sino que alude a la misma en otras tres ocasiones: garantía frente al uso de la informática (art.18.4), límite a los derechos que integran la libertad de expresión (art.20.4) y el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (art.105.b).

Por el derecho a la intimidad, se entiende el **ámbito de reserva personal inviolable**, que abarca todo lo que es inaccesible al conocimiento ajeno y a lo que, pudiendo ser conocido, no debe ser difundido.

Con el derecho a la intimidad puede verse afectado como consecuencia de la suscripción de un contrato de trabajo, o incluso antes, en el momento de acceso al empleo o de concurrencia a pruebas de selección. Para algunas de estas situaciones la legislación laboral ha previsto reglas específicas que tratan de proteger adecuadamente aquellos derechos, estableciendo límites a las facultades del empresario.

Además, debe ser tenido en cuenta que el ejercicio de las facultades reconocidas al empresario de **control y vigilancia de la actividad laboral puede dar lugar** a intromisiones en los derechos del trabajador. Así pues, el ET a la vez que autoriza al empresario la adopción de las medidas que considere más oportunas para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, exige que se guarde la debida consideración a la dignidad del trabajador (art.20.3).

Por otra parte, sólo pueden realizarse **registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares**, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores de la empresa, siempre que sean efectuados dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo y esté presente un representante de los trabajadores, y si no es posible, otro trabajador (art.18 ET).

El empresario puede **verificar, mediante reconocimientos efectuados por el personal médico a su servicio, las situaciones de enfermedad alegadas por el trabajador para ausentarse del trabajo**. En dichos reconocimientos habrán de salvaguardarse igualmente los derechos a trato digno y respeto de la intimidad, cuya transgresión podrá motivar la negativa del trabajador, si bien esa actitud, de mostrarse injustificada, conlleva la pérdida de las prestaciones económicas que eventualmente estuvieran a cargo del empleador (art.20.4 ET).

El ET incluye específicamente dentro del respeto a la dignidad e intimidad *la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual*.

Por último, destacar que **constituyen infracción laboral muy grave**, los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.

- **A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.**

El trabajador tiene derecho al pago puntual de su salario, constituyendo la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del mismo, justa causa para que el trabajador inste la resolución de su contrato, con el abono de la indemnización correspondiente al despido improcedente (art.50.1.b ET).

- **Al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo.**

El trabajador tiene derecho a ejercitar ante los Juzgados y Tribunales del Orden Social, cuantas acciones puedan corresponderle para lograr una adecuada tutela de sus derechos, con independencia de que por convenio este establecido un procedimiento al que deba someterse con carácter preceptivo para la solución de conflictos individuales.

Deberes del trabajador en la relación de trabajo.

El art.5 ET establece un catálogo de lo que denomina *deberes básicos del trabajador en la relación de trabajo*. Se trata de una enumeración no cerrada.

- **Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia.**

La buena fe es consustancial, no sólo al contrato de trabajo, sino a cualquier relación obligatoria en general, tal y como reconoce el Código Civil, al establecer que *los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe* (art.7.1), añadiendo que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, *sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*.

La buena fe significa, en cualquier relación contractual, que cada parte debe ajustar su comportamiento a un

modelo de rectitud y honradez frente a la otra, absteniéndose de comportamientos desleales. Según el TC, existe un deber de fidelidad, pero a cargo de ambas partes, sin que la buena fe del trabajador tenga porque ser distinta a la buena fe del empresario.

Como se ha indicado, la buena fe tiene para el ET un carácter recíproco *–el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe (art.20.2).*

Por un lado, la buena fe se proyecta sobre el cumplimiento de las obligaciones básicas de las partes. Pero además, se traduce en una serie de deberes accesorios, de entre los cuales podemos destacar: el trabajador debe poner en conocimiento del empresario aquellas circunstancias que impidan o dificulten su trabajo; el trabajador no debe utilizar en provecho propio y exclusivo, los materiales e instrumentos que le sean entregados por la empresa con fines de trabajo; el trabajador debe abstenerse de falsear datos relativos a su trabajo, como fichas horarias o bajas médicas; el trabajador debe guardar debido secreto profesional; y el trabajador debe abstenerse de utilizar, en su provecho, información a la que hubiera tenido acceso por razón de su puesto de trabajo.

El incumplimiento de este deber constituye causa de **despido disciplinario** (art.54.2.d ET).

El trabajador, no sólo debe cumplir las obligaciones de su puesto de acuerdo a las reglas de buena fe, sino que debe hacerlo con **diligencia**, que puede ser entendida desde tres puntos de vista: uno, cuantitativo, referido a la cantidad de resultados a obtener u obtenidos; otro, cualitativo, que alude a la pericia que capacita a un trabajador para desarrollar una determinada actividad; y, por último, la diligencia conlleva el deber del trabajador de conservar sus facultades personales para el buen desempeño del trabajo, lo que podría denominarse la salvaguardia del rendimiento. El núcleo del deber de diligencia se encuentra en el modo de actuar, en la atención y cuidado que el trabajador pone en su trabajo.

- **Observar las medidas de seguridad e higiene.**

El trabajador adquiere **la obligación de colaborar de buena fe en el cumplimiento correcto de las normas e instrucciones del empresario dictadas en relación con los aspectos de la seguridad en el trabajo**, al igual que debe un cierto tipo de diligencia, imprescindible para garantizar la seguridad no sólo propia sino también de sus compañeros de trabajo o de terceros.

A estas obligaciones se refiere el art.29 Ley de Prevención de Riesgos Laborales. El alcance de tal deber está determinado por cuatro factores: las posibilidades personales del trabajador; la naturaleza de las medidas de prevención que se hayan previsto en la empresa; la formación específica que haya recibido en materia de seguridad; y, las instrucciones, tanto generales como específicas en el ámbito de la prevención que le hayan sido dadas por el empresario.

- **Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus funciones directivas.**

El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo **la dirección del empresario o persona a quién éste delegue** de quien dimanen las órdenes e instrucciones (art.20.1 ET). La indisciplina o desobediencia en el trabajo, si es grave y culpable, puede ser causa de despido (art.54.2.b ET).

- **No concurrir con la actividad de la empresa.**

Conforme al art.21.1 ET, *un trabajador no podrá efectuar la prestación para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.*

El **pluriempleo**, o posibilidad de que el trabajador, fuera de su horario laboral preste servicios para un tercero, es perfectamente posible, al amparo del derecho al trabajo (art.35 CE). Igualmente, el trabajador podría desarrollar, fuera de su horario laboral, una actividad por cuenta propia. Este principio general tiene dos **excepciones**:

- Que la actividad del trabajador constituya concurrencia desleal.
- Ó que se pacte la plena dedicación, mediante compensación económica expresa.

El Ordenamiento Laboral prohíbe la **concurrencia ilícita**, que existe cuando el trabajador realiza, por cuenta propia o ajena, una actividad coincidente con la de la empresa para la que se trabaja y, además que esa actividad perjudique al empresario y se realice utilizando medios irregulares desde el punto de vista de la competencia industrial o mercantil.

La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (art.5), reputa de esta naturaleza *todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*; así como la identificación en los artículos siguientes de actos desleales (de confusión, de engaño, de denigración, de imitación, etc).

La jurisprudencia considera que son **requisitos necesarios** para la concurrencia desleal los siguientes:

- Dedicación a actividades de igual o similar naturaleza o rama de producción de las que se están llevando a cabo en virtud del contrato de trabajo.
- Debe tratarse de actuaciones de cierta entidad.
- Que el empresario no haya prestado su consentimiento expreso o tácito al desarrollo de la actividad concurrente por parte del trabajador.
- Debe tratarse de trabajos concurrentes efectivos.

Si el trabajador incumpliera la prohibición, y realizara actos constitutivos de concurrencia desleal, podría ser despedido por el empresario, al poder tipificarse su conducta como un supuesto de *transgresión de la buena fe contractual*, que constituye causa de **despido disciplinario** (art.54.2 ET). Además **debería indemnizar al empresario por los daños y perjuicios causados**, de acuerdo con el art.1101 C.C. El empresario debería acreditar los daños y perjuicios sufridos a causa de la conducta desleal del trabajador, abarcando la indemnización tanto el daño efectivamente producido (daño emergente), como la ganancia dejada de obtener (lucro cesante), sin que valgan meras expectativas o previsiones.

La segunda excepción a la libertad del trabajador para desarrollar otras actividades fuera de su jornada de trabajo de la empresa, viene dada por el **pacto de plena dedicación**. Se trata de prohibir cualquier actividad simultánea, colisione o no con los intereses del empleador, con la finalidad de que el trabajador dedique todo su esfuerzo a una sola empresa. El ET, a diferencia de lo que sucede con otros pactos, no exige una forma determinada para el de **exclusividad** por lo que, puede concertarse de palabra o por escrito. En todo caso, el pacto requiere que, como contraprestación por su plena dedicación, el trabajador perciba una **compensación económica**. El incumplimiento del mismo, supondría devolver al empresario lo percibido desde el momento en que se inició la actividad paralela, y constituiría un supuesto de transgresión de la buena fe contractual, sancionable con el despido.

El ET también prevé la posibilidad de celebrar un **pacto expreso de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo** por una duración no superior a 2 años para los técnicos y de 6 meses para los demás trabajadores. Este pacto queda supeditado al que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ellos y al abono al trabajador de una compensación económica adecuada (art.21.2 ET). Puede celebrarse por escrito o de palabra, tanto al inicio de la relación laboral, como durante el transcurso de la misma o incluso a su finalización.

Puesto que supone una restricción a la libertad de trabajo, la validez del pacto requiere la concurrencia de tres requisitos:

- Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial.
- El pacto ha de ser temporal: 2 años para los técnicos y 6 meses para los restantes trabajadores. El plazo de 2 años juega también para los altos directivos y los representantes de comercio.
- Que el trabajador perciba una compensación económica adecuada, que debe constar en el momento de formalizarse el pacto, y si no concurre, el pacto es nulo en su origen.

En este tipo de pactos, se suele establecer una cláusula de penalización, para el caso de incumplimiento por el trabajador, en la que se cuantifica la indemnización a satisfacer por éste, que engloba, tanto lo percibido como compensación, como una cantidad adicional en concepto de indemnización por daños y perjuicios. Si nada se hubiera pactado para el caso de incumplimiento, el empresario podrá reclamar la restitución de lo abonado en concepto de compensación, y la indemnización por los daños y perjuicios que pudiera justificar.

- **Contribuir a la mejora de la productividad.**

Tiene poco sentido este deber, puesto que el trabajador está obligado a prestar su trabajo de acuerdo a las exigencias de la buena fe y con la debida diligencia.

- **LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL: CONCEPTO.**

La clasificación profesional identifica la tarea a realizar, marca la posición relativa del trabajador dentro de la empresa como organización racionalizada, y concreta, esencialmente, el objeto del contrato de trabajo.

La clasificación profesional se puede entender desde un triple sentido:

- La clasificación profesional **objetiva**, es la que con carácter general, fija el sistema de clasificación profesional que ha de regir en la empresa o sector productivo que se trate.
- La clasificación profesional **subjetiva**, es la que tiene individualmente un trabajador en función del conjunto de conocimientos que posea.
- La clasificación **contractual o convencional**, es la que resulta al encuadrar profesionalmente a cada trabajador en el sistema de clasificación profesional vigente en la empresa y que presupone una categoría subjetiva previa y suficiente.

Lo idóneo en la clasificación profesional es que coincida la clasificación subjetiva del trabajador, con la tenida en cuenta a la hora de contratar (clasificación contractual) y su efectivo encuadramiento en el sistema de clasificación general de la empresa (clasificación objetiva). Sin embargo, no siempre es así, lo que supone una ruptura del principio de equivalencia que ha de regir entre la función y la categoría.

- **CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL: EL GRUPO Y LA CATEGORÍA.**

La clasificación profesional objetiva: el grupo y la categoría.

- **Criterios de clasificación profesional.**

El art.22.1 ET establece que *mediante negociación colectiva, o en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores, por medio de categorías y grupos profesionales, añadiendo que se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y podrá*

incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales (art.22.2).

- **Grupos profesionales.**

El grupo profesional es aquel que agrupa unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, pudiendo incluir directamente funciones o especialidades.

El grupo se convierte en homogeneizador del contenido profesional e integrador de tareas con el mismo perfil profesional, tanto desde el punto de vista objetivo (contenido de las funciones), como desde el subjetivo (capacidad y aptitud profesional del trabajador para realizarlas). El grupo define por tanto un conjunto de funciones del mismo nivel profesional relacionadas por una similitud de contenidos.

- **Categoría profesional.**

Es una descripción de tareas mucho más restrictiva, que parte de una concepción singularizada y específica del puesto de trabajo que, por oposición al grupo profesional, no exige ninguna agrupación ni subdivisión diferente.

El ET en su art.22.3 introduce con ánimo claramente flexibilizador el **concepto de categoría profesional equivalente**, entendiendo que una categoría profesional es equivalente a otra *cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permite desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización si fuera necesario, de procesos simples de formación o adaptación.*

Clasificación profesional contractual.

- **Determinación del contenido de la prestación laboral.**

Conforme al art.22.5 párrafo primero ET, *por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, así como su equiparación a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el Convenio Colectivo o, en su defecto, de aplicación en la empresa que se corresponda a dicha prestación.*

El art.22.5 ET, procura dar cobertura legal a la realidad extendida en algunas empresas sobre sistemas de valoración de puestos de trabajo, donde el salario se corresponde con el nivel retributivo, siendo el valor de éste el atribuido en virtud de distintos factores que concurren en el puesto de trabajo, por lo que, en el momento de contratar, las partes deberán hacer una doble equiparación: una, a la categoría o grupo según el sistema de clasificación profesional pactado y otra, al nivel retributivo correspondiente al puesto según el sistema de valoración de puestos existentes en la empresa.

- **Polivalencia Funcional.**

El art.22.5 párrafo segundo de ET establece que *cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que resulten prevalentes.*

La polivalencia funcional da cabida a una situación pro la que el empresario puede exigir al trabajador la realización de funciones no sólo correspondientes a su grupo o categoría profesional conforme a los que se le ha clasificado en el contrato, sino funciones también propias de otros grupos o categorías. En cualquier caso, los pactos de polivalencia tienen que respetar los derechos constitucionales del trabajador, así como el derecho a su formación profesional.

Uno de los problemas que plantea, es el de concretar el grupo o categoría a los que se equipara la prestación. En principio, son posibles dos alternativas:

- **Criterio de la preeminencia**, la clasificación se realiza en el grupo o categoría de mayor jerarquía.
- **Criterio de la prevalencia**, se atiende a la función o tarea en la que el trabajador esté más tiempo ocupado. El art.22.5 ET se inclina por el de la prevalencia, más cercano a los intereses de la empresa.

• **LA MOVILIDAD FUNCIONAL Y EL IUS VARIANDI.**

La movilidad funcional.

• **Concepto.**

El contrato de trabajo se extiende a lo largo del tiempo, lo que implica que es posible que su contenido varíe más o menos respecto a lo inicialmente pactado. Estas modificaciones del contrato, podrán ser de mayor o menor entidad, y afectar a cualquiera de los elementos que integran su objeto y entre ellos lógicamente, también a las funciones del trabajador.

Las modificaciones en las funciones pueden ser de distinta intensidad, sobre todo si se ponen en relación con el sistema de clasificación vigente en la empresa. Puede haber cambios de puesto de trabajo, que tan sólo conlleven una mínima variación en las tareas.

Cabe, desde luego, que la modificación de funciones se produzca por acuerdo entre las partes. No se va a tratar aquí sin embargo de estudiar los supuestos en los que exige un pacto novatorio entre trabajador y empresario, que modifica el contrato, sino aquellos otros casos en los que es **el empresario el que modifica unilateralmente el contenido de la prestación.**

A diferencia de lo que sucede normalmente en otros contratos, en el contrato de trabajo, una de las partes (empresario), tiene la facultad de modificar unilateralmente ciertos aspectos del contrato, y entre ellos, las funciones. Lógicamente, el ordenamiento debe establecer ciertos límites a esta facultad, con el fin de impedir que el contrato quede al arbitrio del empresario. Aquí, los intereses de empresario y trabajador resultan contrapuestos:

- Por un lado, el empresario le conviene la mayor flexibilidad posible en la asignación al trabajador de sus funciones, de forma que, pueda cambiarlas sin mayores problemas cuando surge una necesidad concreta (atender un pedido urgente), por razones organizativas (reestructuración de un departamento), si el trabajador no rinde adecuadamente en un puesto.
- Frente a esto, el trabajador lógicamente persigue una mayor seguridad. Desde luego, si la modificación de funciones supone un ascenso, mayor salario, mejores condiciones de trabajo, no se va a oponer al cambio. Pero, La movilidad puede ser ascendente o descendente, de forma que también puede conllevar una pérdida de categoría, una disminución del salario, una frustración de las expectativas profesionales. Es por ello, que de ninguna manera conviene al trabajador que la facultad novatoria del empresario sea absoluta y sin restricción alguna.

En esta materia no existe unanimidad a la hora de definir las diferentes instituciones (movilidad funcional, ius variandi).

La movilidad funcional, supone, la forma más simple del ejercicio por el empresario del poder de modificar unilateralmente las funciones del trabajador, lo que se traduce en una regulación ciertamente flexible. **En un sentido más amplio** se entiende el cambio de las funciones habitualmente prestadas por el trabajador, esto es, el cambio de la prestación de trabajo. **En sentido estricto, la movilidad funcional son aquellos cambios de**

funciones que el empresario puede realizar sin quedar sometidos a una causa que los justifique.

- **Regulación legal.**

El art.39.1 ET establece que *la movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y la pertenencia al grupo profesional. A falta de una definición en la norma de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes.* Puesto que la movilidad funcional no altera radicalmente el contrato de trabajo, no requiere causa justificativa alguna, a salvo de lo que se establezca por convenio, debiendo, eso si, respetar **los principios generales de buena fe contractual y no discriminación**. Al margen de estos dos límites generales, son límites específicos de la movilidad funcional:

- La pertenencia al grupo profesional.

Cabe la movilidad funcional dentro del mismo grupo, pero, si el cambio de funciones supusiera un cambio de grupo, ya no existiría movilidad funcional, sino *ius variandi* o modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Esta limitación exige que en la negociación colectiva se determinen los grupos con arreglo a los criterios legales, ya que el establecimiento de grupos que no guarden una equivalencia interna de prestaciones, puede abrir una multiplicidad de posibilidades de movilidad que no responden a la regla dispuesta en el art.39.1 ET.

- Titulación.

La movilidad funcional debe respetar las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la nueva prestación laboral.

Además de estos dos límites propios de la movilidad funcional, el art.39.2 y 3 ET establece otros dos comunes con la **movilidad sustancial temporal (o *ius variandi*)**, que se analiza más adelante.

- La movilidad funcional se efectuará sin *menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional*.

El perjuicio a la dignidad del trabajador implica, en general, una ofensa a su honorabilidad y al valor que se de sí mismo tenga o logre ante los demás y comprende cualquier deterioro del prestigio laboral, social o económico. En principio, pueden utilizarse **dos criterios para determinar si existe tal perjuicio**. Uno **subjetivo**, según el cual, habría de atenderse a la intención del empresario, es decir, si ha pretendido solucionar un problema organizativo o si pretende lesionar la dignidad del trabajador. El otro criterio, **objetivo**, considera que el cambio sería lesivo para la dignidad si la diferencia entre la categoría o grupo al que pertenece y aquel a al que ha sido movilizadado es tan grande que ofende la estima y el prestigio profesional del trabajador.

- El trabajador tiene derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice.

Ello quiere decir, que el trabajador no tendrá derecho, a los complementos de puesto de trabajo ni de cantidad o calidad del trabajo anteriormente disfrutados salvo que por convenio o contratos se hubiera pactado otra cosa.

Por último, el art.39.3 ET establece que *no cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional*. Puesto que el trabajador debe aceptar el cambio de funciones consecuencia de la movilidad funcional, como contrapartida, se le protege frente a un posterior despido objetivo, de forma que, aunque efectivamente resultara inepto para desarrollar las nuevas funciones, el

empresario no puede ampararse en dicha ineptitud para despedirle, y si lo hiciera, el despido se calificaría como improcedente.

El ius variandi.

- **Concepto.**

Se define como la potestad del empresario de alterar unilateralmente, los límites de la prestación laboral.

La doctrina se divide a la hora de configurar el ius variandi: **Para un sector**, todos los supuestos de movilidad funcional acordada por el empresario que no constituyan modificación sustancial de las condiciones de trabajo, serían manifestaciones del ius variandi, de forma que él mismo formaría parte del poder de dirección ordinario del empresario. **Para otro sector, el ius variandi designa la facultad del empresario de variar la prestación de trabajo en su aspecto cualitativo, más allá de los límites del contrato de trabajo, apareciendo el cambio limitado en el tiempo, en la medida en que el empleador puede utilizarlo para hacer frente a necesidades determinadas que sólo es posible esgrimir, durante un cierto período de tiempo, pasado el cual y desaparecida la causa legitimadora el contrato recupera su papel delimitador natural.** Desde esta segunda perspectiva, el ius variandi tiene un carácter excepcional.

- **Regulación legal.**

El art.39.2 ET regula la *movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o categorías equivalentes* qué sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificasen y por el tiempo imprescindible para su atención. Somete el cambio de funciones no correspondientes al grupo o categoría a los dos presupuestos básicos que configuran el ius variandi, **una causa y un plazo**. Si no concurre la causa o se traspasa el plazo, la modificación entra dentro de aquellas que requieren la aplicación del régimen de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo.

- **La causa justificativa**, si el cambio es a funciones inferiores deberá estar justificado por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva. Para el resto de supuestos debe acreditarse una causa técnica u organizativa. Debe tratarse de razones objetivas, e internas de la empresa, referidas a necesidades empresariales de menor gravedad que las que justifican cambios más trascendentes (modificación sustancial de las condiciones de trabajo).
- **En cuanto la temporalidad del cambio, éste debe ser el tiempo imprescindible para atender a la causa que lo motivó.** El art.39.4 ET añade que si como consecuencia de la movilidad funcional se realizasen funciones superiores a las del grupo profesional o las de categorías equivalentes por un período superior a 6 meses durante un año o a 8 durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en Convenio Colectivo, o en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente.

Como **límites del ius variandi** juegan los **generales** dispuestos por el ET, esto es, la dignidad del trabajador y su formación y promoción profesional, con la consiguiente retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen. La diferencia retributiva al alza, en el caso de funciones de categoría o grupo profesional superior corresponde desde el primer momento.

Por último, por lo que se refiere a la encomienda de funciones inferiores, debe ser comunicada a los representantes de los trabajadores, formalidad cuya omisión constituye una infracción laboral.

Modificaciones sustanciales de funciones.

El cambio a funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo (art.39.5 ET). Estas modificaciones alteran el objeto de la prestación pactada más allá del grupo o de las categorías equivalentes, y no pueden ser canalizadas a través del *ius variandi*, sino por otras vías. Comprende, por tanto, los **casos** de:

- Movilidad temporal a grupos o categorías inferiores por causas no perentorias o imprevisibles.
- Movilidad a grupos o categorías inferiores con carácter definitivo.
- Movilidad temporal a funciones superiores o laterales no debida a causas técnicas u organizativas.
- Movilidad a funciones superiores o laterales definitiva.

El precepto remite en este caso al acuerdo de las partes o a las reglas sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art.41 ET)

TEMA 10: EL TIEMPO Y LUGAR DE LA PRESTACIÓN LABORAL.

• EL TIEMPO DE LA PRESTACIÓN: HORARIO, JORNADA Y DESCANSOS.

Para hacer efectivo uno de los principios rectores de la política social y económica de nuestra CE (art.40) se encomienda a los Poderes Públicos garantizar el descanso necesario de los trabajadores, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones retribuidas, con la finalidad de proteger la salud física del trabajador.

El tiempo en la prestación laboral.

El tiempo de trabajo constituye una de las partes esenciales que conforman el objeto del contrato de trabajo. El trabajador no sólo se obliga a realizar un determinado trabajo y en un determinado lugar, sino a prestarlo durante un tiempo.

La cantidad o tiempo que el trabajador pone a disposición del empresario tiene que estar determinado.

La relevancia de la jornada laboral en las relaciones laborales, suscita, intereses contrapuestos. Por una parte, los trabajadores están lógicamente interesados en reducir la jornada, siempre que ello no conlleve una merma de su salario, y tener el máximo poder de disposición sobre su tiempo; por otra, el empresario está interesado, en controlar al máximo la distribución de la jornada, para adaptarla a las necesidades de la producción y del mercado sin que aumenten sus costes.

En los últimos 20 años, comienzan a introducirse reducciones de la jornada de trabajo como medio de lucha contra el desempleo. Son muchos los condicionantes que operan a la hora de regular el tiempo de trabajo (crisis económica). La actual cobertura legal confirma la posibilidad que se ofrece al empresario para adaptar la jornada y su distribución a sus necesidades productivas.

La jornada de trabajo.

• Concepto y límites.

La jornada de trabajo es el tiempo de trabajo que debe el trabajador al empresario, que puede concretarse en determinadas horas al día, a la semana, al mes o al año. El art.34 ET establece una regulación general de la jornada ordinaria, delimitando su duración máxima y fijando un límite, por encima del cual, el trabajo se considerará extraordinario: *la duración de la jornada será la pactada en los convenios colectivos o en el contrato de trabajo, si bien, su duración máxima será de 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo*

anual.

Es por ello, que mediante convenio colectivo o por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se puede establecer una distribución irregular de la jornada a lo largo del año, debiendo respetar en todo caso, los períodos mínimo de descanso diario y semanal previstos en la Ley.

Los **límites diarios de la jornada laboral** se establecen de dos formas: una fijando un descanso obligado entre el final de la jornada y el comienzo de la siguiente, de 12 horas. Y otra, limitando el trabajo efectivo de la jornada ordinaria en 9 horas.

Se excepciona a los menores de 18 años que no podrán realizar más de 8 horas diarias de trabajo efectivo incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación, lo haga para uno o más empresarios (art.34.3 párr.3 ET).

- **Tipos de jornada: jornada partida, continuada e intensiva.**

Se considera **jornada continuada**, aquélla en la que la prestación de trabajo se realiza de forma ininterrumpida, siendo, por el contrario la **jornada partida**, aquélla en la que hay un descanso ininterrumpido de una hora como mínimo, normalmente para efectuar la comida. La **jornada intensiva**, es una modalidad de jornada continuada que se establece en períodos concretos del años, generalmente en los meses de verano, y en determinados sectores.

Con independencia del tipo de jornada, cuando su duración sea de más de 6 horas seguidas, se establece el derecho a un período mínimo de descanso durante la misma no inferior a 15 minutos. Este tiempo de descanso, no tiene la consideración como de trabajo efectivo y por tanto no es retribuido ni cuenta como tiempo de trabajo. Ahora bien, puede pactarse en convenio colectivo o en contrato individual un mayor tiempo de descanso y considerarlo como de trabajo efectivo, siendo por tanto computable como tal y remunerado.

Para los menores de 18 años se establece un período de descanso de 30 minutos si la jornada es de más de cuatro horas y media diarias (art.34.4 ET).

- **Reducciones de jornada.**

Existen supuestos en los que procede una reducción de jornada, habida cuenta de las características de la situación personal o familiar del trabajador. Tendrán derecho a una reducción de jornada de trabajo, con una disminución proporcional del salario, al de al menos un tercio, y como máximo de la mitad de la duración de aquélla. Aquellos que tengan la responsabilidad de la asistencia y cuidado directo de algún menor de 6 años o a un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida. Este derecho también se concede a quines tenga que encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, y que no desempeñen una actividad retribuida (art.37.5 ET).

Estos derechos corresponden por igual y de forma indistinta a hombres y mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa coincidieran con este derecho por el mismo motivo, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

También se reconoce el derecho a las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de 9 meses, a una hora de ausencia de trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada en media hora. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre, en caso de que ambos trabajen (art.37.4 ET).

Tanto en un supuesto como en otro, la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la

reducción de jornada por guarda legal o lactancia, corresponde determinarlo al trabajador. Su finalización debe comunicarla al empresario con 15 días de antelación

Además de los casos de lactancia y guarda legal, el ET (art.37.4.bis introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 12/2001, de 9 de julio), establece que en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que por cualquier otra causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

Por último, se prevé una reducción de jornada por formación práctica en seguridad e higiene, proporcional al tiempo que se invierta en formación práctica que el empresario está obligado (art.19.4 ET y art.19 Ley Prevención Riesgos Laborales).

• **Las horas extraordinarias.**

Son aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada (art.35.1ET). No se considerarán horas extraordinarias las horas de trabajo que rebasen la jornada máxima semanal de 40 horas pero no superen la jornada ordinaria anual en la distribución semanal que se hubiese pactado.

La prestación de servicios en horas extraordinarias es voluntaria por parte del trabajador, salvo que su realización se hubiera pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo. En situaciones de necesidad debidamente probadas, la buena fe contractual exige que el trabajador no se niegue a realizarlas. Si no existe pacto que obligue al trabajador a realizar horas extraordinarias, ni situaciones de emergencia, el trabajador no puede ser despedido, si se negase a realizarlas.

En materia de retribución, el ET permite que, por convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se opte entre abonarlas, sin que en ningún caso su retribución pueda ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto expreso, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso, dentro de los cuatro meses siguientes a su realización (art.35.1 ET).

La Ley establece como **límite máximo de horas extraordinarias** el de 80 anuales, sin incluir las horas extraordinarias que hubieran sido compensadas por descanso dentro de los cuatro meses siguientes de su realización, ni las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. En el caso de trabajadores que realicen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general de la empresa, se reduce dicho límite máximo.

No se fija otro límite para el número máximo de horas extraordinarias al día que el general de que entre una jornada y otra medien doce horas.

Para garantizar el respeto de los límites legal o convencionalmente establecidos, el empresario debe cumplir una serie de obligaciones:

- Registrar diariamente las horas extraordinarias realizadas.
- Entrega al trabajador de un resumen de las horas extraordinarias realizadas durante el mes.
- Comunicación mensual a los representantes de los trabajadores.

Los menores de 18 años no pueden realizar horas extraordinarias. Tampoco los trabajadores a tiempo parcial, salvo en los supuestos de prevención de riesgos o reparación de daños extraordinarios y urgentes.

• **Jornadas especiales de trabajo.**

Son aquellas que difieren en algún aspecto de la normativa laboral común en materia de jornada motivada por la necesidad de adaptar las normas generales a las características y necesidades específicas de determinados sectores y trabajos.

El art.34.7 ET *autoriza al Gobierno para establecer, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran*. Las jornadas especiales de trabajo se han regulado en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre.

Existen distintas actividades que, por las condiciones en que se desarrollan, toleran una ampliación de jornada, que se efectúa de forma diversa reduciendo los descansos entre jornadas o los descansos semanales, acumulándolos en determinados períodos. En este grupo se encuentran: los empleados de fincas urbanas, guardas y vigilantes no ferroviarios, las labores agrícolas, forestales y pecuarias que pueden ampliar la jornada a 20 horas semanales según temporada, la actividad de comercio y hostelería, que pueden por convenio colectivo o pacto acumular hasta en cuatro meses parte del descanso intersemanal en temporada alta o, la actividad de transportes y trabajos en el mar.

Caben además, otras ampliaciones como consecuencia de ciertas consideraciones o condiciones específicas, con independencia del sector de actividad en la que se produzca. Es el caso de los trabajos realizados a turnos, los trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás, los trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía, los trabajos en actividades con jornadas fraccionadas y el trabajo nocturno.

Los trabajos de puesta en marcha y cierre, y a las jornadas fraccionadas:

- El tiempo de trabajo de los trabajadores cuya acción pone en marcha o cierra la de los demás, puede ampliarse por el tiempo estrictamente necesario para ello, en la forma y con la compensación que se acuerde entre las partes. Este tiempo no computará a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria ni para el límite máximo de las horas extraordinarias, sin perjuicio de la necesidad de respetar los descansos entre jornadas y semanal previstos en la Ley o, en su caso, los específicos de carácter sectorial del propio Real Decreto.

La regulación de los trabajos en jornada fraccionada, constituye la principal novedad del Real Decreto. En síntesis, la regulación permite que el descanso entre jornadas se reduzca a un mínimo de 9 horas, frente a las 12 previstas con carácter general, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que se trate de una actividad con jornadas fraccionadas, definida como aquella del sector servicios que, sin exceder en su duración total de la de la jornada ordinaria pactada, deba extenderse de forma discontinua a lo largo de un período de tiempo de duración superior a 12 horas, de manera que no resulte posible mantener un descanso de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente.
- Que la reducción del descanso hasta el mínimo de 9 horas se haya pactado en convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.
- Que el trabajador afectado disfrute durante la propia jornada de trabajo de un período de descanso compensatorio ininterrumpido de duración no inferior a 5 horas.

En cuanto a las limitaciones de jornada, en esta misma normativa se recogen supuestos de limitación de jornada que traen su causa, esencialmente, en las condiciones en las que se desarrolla la actividad, ya sea por una mayor exposición al riesgo o por razones de penosidad en función del lugar en los que se presentan factores como humedad, temperatura, postura o forma de trabajo o la concurrencia de algunos de ellos. La reducción oscila entre jornadas máximas de 30 a 38 horas semanales, con descansos de recuperación durante la jornada diaria.

Por el Real Decreto 285/2002, de 22 de marzo, se ha regulado la jornada de trabajo en el mar, dando una nueva redacción a los correspondientes artículos del RD1561/1995 (arts 15 a 18.bis). Se establece, para el trabajo en el mar, un límite de jornada diaria, de 12 horas, salvo supuestos de fuerza mayor o cuando se trate de proveer al buque de víveres o combustible en caso de apremiante necesidad, descarga urgente por deterioro de la mercancía, o atención debida por maniobras de entrada y salida a puerto, atraque, desatraque y fondeo. En todo caso, y salvo en supuestos de fuerza mayor para garantizar la seguridad inmediata del buque o de las personas o carga, o para socorrer a otros buques que corran peligro en alta mar, la jornada total resultante no podrá exceder en ningún caso de 14 horas por cada período de 24 horas, ni de 72 horas por cada período de 7 horas.

Horario de trabajo.

- **Concepto y modalidades.**

Es la distribución concreta del tiempo de trabajo durante la jornada laboral sea ésta continuada o partida. Por consiguiente indica, las horas de comienzo y fin de trabajo y, en su caso, las interrupciones por descanso.

La fijación del horario, indisolublemente ligado a la jornada, es un instrumento fundamental de flexibilización que permite una distribución desigual y muy variada de la misma en días, semanas y meses del año, en función de las necesidades de la actividad empresarial y del mercado.

En la fijación del horario se puede adoptar dos sistemas:

- Horario **rígido**, en el que los trabajadores deben iniciar su jornada laboral y permanecer en sus puestos de trabajo desde la hora fijada como inicio hasta la prevista para la terminación.
- Horario **flexible**, en el que el trabajador debe permanecer en el lugar de trabajo durante determinadas horas, pudiendo elegir la hora de entrada y salida dentro de ciertos márgenes, generalmente con un bloque horario rígido. En ocasiones se establecen un crédito o déficit de horas (bolsa de horas) que se va saldando en cómputos semanales o mensuales.

La modalidad de horario puede pactarse colectiva o individualmente, si bien, en defecto de pacto, su determinación corresponde al empresario, respetando los límites de las disposiciones legales o convencionales.

- **Trabajo nocturno y a turnos.**

El art. 36 ET contempla distintos momentos o modos en los que se puede prestar la actividad: el trabajo que se realiza por la noche o el prestado en régimen de turnos. En ambos, concurren al menos dos notas negativas en comparación con la forma más habitual de ejecutar la prestación laboral: la mayor penosidad que acarrea para el trabajador la realización de su trabajo en estas condiciones con la repercusión para la salud que comporta, y los efectos en su esfera personal y familiar.

Es **trabajo nocturno** el realizado entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana. Tiene la consideración de trabajador nocturno aquel que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a 3 horas de su jornada diaria de trabajo, así como aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de la jornada de trabajo anual.

Debido al penosidad y los daños que puede acarrear a la salud física y psíquica del trabajador el desempeño del trabajo en horario nocturno, se le imponen al empresario, los siguientes **límites y obligaciones**:

- El empresario deberá informar de ello a la autoridad laboral.

- La jornada de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de 8 horas diarias de promedio en un período de referencia de 15 días.
- Los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias.
- Un trabajador en régimen de trabajo a turnos no podrá estar más de dos semanas consecutivas en el turno de noche, salvo adscripción voluntaria.
- Los trabajadores nocturnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materias de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo y, en concreto, de unos servicios de protección y prevención apropiados y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa.
- El empresario debe garantizar a los trabajadores nocturnos una evaluación gratuita de su salud antes de su afectación a un trabajo nocturno, y posteriormente, a intervalos regulares, en los términos que establezca la normativa específica en la materia.
- El trabajador nocturno, tiene derecho a ser cambiado a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa para el que sea profesionalmente apto.

El trabajador nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descanso (art.36.2ET).

El **trabajo en régimen de turnos**, es toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas.

En las empresas que tengan procesos productivos continuos durante las 24 horas del día, para la organización del trabajo a turnos, se tendrá en cuenta la rotación de los turnos para que ningún trabajador esté en turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria.

Las empresas que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos, incluidos los domingos y días festivos, podrán efectuarlo bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días de la semana.

El art.23.1.a ET, establece que el trabajador que cursa con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional goza de preferencia para elegir turnos. Sin embargo, la jurisprudencia ha matizado este derecho al ponderar su estricta aplicación con otros deberes laborales comprometidos que limiten o no hagan posible acceder al cambio (contrato específico para realizar un determinado turno).

El RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, prevé, en materia de descanso diario para el caso de trabajo a turnos, la posibilidad de reducir éste a un mínimo de 7 horas en el día en que se produzca el cambio de turno del trabajador, compensándose la diferencia hasta las 12 horas establecidas con carácter general en los días inmediatamente siguientes.

• **DESCANSOS, PERMISOS Y VACACIONES.**

Nuestro ordenamiento también impone algunas otras pautas respecto al tiempo de trabajo que inciden o limitan la jornada laboral. Son los supuestos obligados o interrupciones de la jornada laboral que siguen:

Descanso semanal.

Después de una semana continuada de trabajo, los trabajadores tienen derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido –en el caso de los trabajadores menores de 18 años el derecho es a dos días– que como regla general comprenderá el domingo completo y la tarde del sábado o mañana del lunes, si bien

podrá acumularse este descanso por períodos de hasta 14 días (art.37.1 ET) y disfrutarse posteriormente. Es decir, puede trabajarse 11 días seguidos, y disfrutar 3 de descanso.

Este descanso semanal tiene carácter retribuido, de modo que por cada día que se trabaja se genera la retribución correspondiente a ese día y la parte proporcional que corresponda al día y medio de descanso establecido.

El empresario puede establecer unilateralmente, de acuerdo con sus necesidades de organización y la limitación dicha, la forma en la que ha de acumular los descansos semanales, salvo que esté prefijada en convenio colectivo.

Por otra parte, el ET prevé que el Gobierno pueda ampliar, reducir y fijar regímenes de descanso alternativos al legal para actividades concretas.

Fiestas laborales.

También se asimilan, en cuanto obligatoriedad y retribución (como el descanso semanal), las fiestas laborales que no podrán exceder de 14 al año, de las cuales dos serán de carácter local. Se consideran fiestas de carácter nacional la Navidad del Señor (25 diciembre), Año nuevo (1 de enero), 1 de mayo como Fiesta del Trabajo y 12 de octubre Fiesta Nacional de España. Respetando estas fiestas, el Gobierno puede trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana.

Las CCAA, dentro del límite anual de 14 días festivos, pueden señalar aquellas fiestas que por tradición les sean propias, pudiendo sustituir a las de ámbito nacional que se señalen reglamentariamente, excepto a las cuatro indicadas.

Licencias retribuidas.

Se trata de aquellas ausencias al trabajo justificadas para la atención que estas circunstancias requieren que van a tener la consideración a todos los efectos como tiempo efectivo de trabajo y por consiguiente remunerado.

El art.37.3 ET establece las siguientes:

- 15 días naturales en caso de **matrimonio**.
- 2 días por **nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes** hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Si el trabajador precisa hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de 4 días.
- Un día por **traslado del domicilio** habitual.
- Por el tiempo imprescindible para el **cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal**. Tienen esta consideración el tiempo empleado para ejercer el derecho al voto (sufragio activo) en las elecciones, como el ejercicio de la función presidente o vocal de las mesas electorales. Así como, las funciones de jurado y la asistencia a juicio cuando la presencia del trabajador sea inexcusable. En relación con el ejercicio de funciones representativas, cabe señalar, las horas fijadas para realizar funciones sindicales o de representación del personal (crédito horario, art.68.e ET).

Vacaciones anuales.

- **Duración.**

Según el art.38 ET, todo trabajador tiene derecho, cada año, a un período de vacaciones retribuidas de 30 días naturales como mínimo, cuyo período de disfrute se pactará en convenio o contrato.

Al ser días naturales computan como días de vacaciones todos los domingos y festivos que coincidan dentro de dicho período, si bien dicho período no puede empezar a contarse a partir del día correspondiente al descanso semanal de una semana ya trabajada, pues en realidad dicho día de descanso está devengado por los trabajados en la semana precedente y por tanto debe adicionarse a los días de vacaciones. Nada impide que por convenio colectivo o pacto individual se modifique esta regulación siempre que se mejore.

- **Nacimiento del derecho.**

Pueden seguirse dos criterios:

- **Postanualidad.** Para devengar derecho a vacaciones es necesaria la prestación de trabajo durante 11 meses.
- **Interanualidad.** El derecho a vacaciones nace en proporción a los servicios dentro del año natural.

La posición jurisprudencial mayoritaria opta por la aplicación del criterio de interanualidad.

La duración de las vacaciones, debe pues reducirse proporcionalmente en caso de trabajadores que no hayan prestado servicios a lo largo del año anterior.

A efectos de devengar vacaciones computan todos los períodos de trabajo efectivo dentro del año natural, o, si así lo indica expresamente el convenio colectivo aplicable, los realizados de fecha a fecha; junto a ellos deben computar todos los períodos de descanso que a efectos generales se entienden equiparados a tiempo de trabajo efectivo.

La propia normativa internacional (Convenio 132 OIT) prevé la posibilidad de que ciertos períodos de ausencia al trabajo provocados por circunstancias no imputables al trabajador como la enfermedad, accidente o maternidad, calificados en nuestro país de suspensiones contractuales (art.45 ET), computen a efectos de devengar período vacacional. Tampoco las ausencias debidas al ejercicio del derecho de huelga reconocido pueden mermar la duración de las vacaciones.

- **Establecimiento del período de disfrute.**

El período de vacaciones se establece, en las grandes y medianas empresas, normalmente, a través de convenio colectivo, el cual fija los períodos hábiles para su disfrute –normalmente en meses de verano– y los criterios de elección (rotación, antigüedad, etc). En ausencia de convenio o, en su caso, pacto individual, el período de vacaciones se tiene que fijar de común acuerdo entre empresario y trabajador. En caso de desacuerdo, es el Juez de los Social el que fijará la fecha a través de un procedimiento preferente y sumario, siendo su decisión irrecurrible. La doctrina reiterada de los Tribunales establece que no existe un derecho adquirido al disfrute de las vacaciones en la misma fecha, al igual que son las necesidades objetivas de la empresa la que marcan el período más adecuado.

La fijación de las vacaciones se concreta en un calendario de vacaciones (art. 38.3 ET), que puede ser individualizado o incorporado al calendario laboral anual de la empresa. El calendario de vacaciones se tiene que establecer con una antelación suficiente que permita que cualquier trabajador conozca las fechas que le correspondan 2 meses antes, al menos, del comienzo del disfrute del período vacacional.

El Convenio 132 de la OIT permite el disfrute fraccionado de las vacaciones, siempre que al menos una de las fracciones consista al menos en dos semanas ininterrumpidas, salvo si está previsto de otra forma en un acuerdo que vincule al empleador y a la persona empleada interesada.

- **Vacaciones e incapacidad temporal.**

El derecho a un período de vacaciones anuales puede verse alterado, antes del inicio de su ejercicio o durante él, por causa de una incapacidad (temporal) del trabajador como consecuencia de una enfermedad o accidente laboral o común, o por maternidad.

La jurisprudencia mayoritaria entiende que el empresario no está obligado a conceder un nuevo período vacacional, sin perjuicio de que sí podría existir tal obligación, si se establece en convenio colectivo, o si existe a favor de los trabajadores una condición más beneficiosa que así lo contemple.

- **Retribución de las vacaciones.**

Las vacaciones deben ser retribuidas por el empresario. Si no existen reglas en el convenio, la jurisprudencia ha establecido que la retribución de las vacaciones debe ser la misma que se cobre en activo, con inclusión de los complementos salariales percibidos, incluidos los pluses de productividad y asistencia, salvo aquellos complementos retributivos que compensen actividades extraordinarias (horas extraordinarias o exceso de jornada).

- **Garantías adicionales del derecho a las vacaciones.**

La normativa legal y la jurisprudencia han establecido garantías diversas que tienden a que las vacaciones se disfruten efectivamente y dentro del período normal en que debe hacerse.

- **Prohibición de compensación.** El art.38.1 ET impone la prohibición de sustituir el período vacacional por una compensación económica. Admitiendo como excepción la imposibilidad de disfrutar las vacaciones en el período previsto como consecuencia de una previa extinción contractual por cualquier motivo, en cuyo caso, el finiquito del trabajador contendrá un concepto, denominado *vacaciones no disfrutadas*.
- **Caducidad.** Las vacaciones son anuales, por lo que el trabajador debe y tiene que disfrutarlas dentro del año natural, y en caso contrario, pierde el derecho a las mismas y no puede acumularse a las vacaciones siguientes.
- **Prohibición de reducción por sanción.** El art. 58.3 ET prohíbe la imposición de sanciones que consistan en la minoración de las vacaciones (porque supondría sancionar dos veces por la misma cosa, y supondría un incumplimiento del principio *non bis in idem*).

El calendario laboral.

Todos aquellos factores previsibles con antelación que inciden en la jornada laboral deben fijarse en un cuadro –calendario laboral–. Por tanto, debe recoger la distribución de la jornada laboral durante todo el año, con indicación de:

- El régimen de jornada en su distribución anual, incluyendo el tipo de jornada continuada o partida, a turnos, nocturna, así como el horario rígido o flexible en los días laborales como festivos.
- El régimen de descanso semanal.
- El período de vacaciones, o los criterios para su establecimiento.
- Las fiestas laborales.

Es un documento que su elaboración sirve, para ordenar el tiempo de trabajo y concreta la adecuación a las normas legales, generales o colectivas de la jornada a las características específicas de cada empresa.

El calendario laboral antes de elaborarse por el empresario, a quien le corresponde la competencia de hacerlo, tiene que consultar previamente a los representantes de los trabajadores para que emitan su informe (DA 3ª RD 1561/1995). Cumpliendo este trámite, debe exponerlo en un lugar visible de los centros de trabajo (art.34.6 ET).

• EL CENTRO DE TRABAJO.

El centro de trabajo es el espacio físico o el lugar donde se desarrolla la actividad laboral. El lugar de la prestación es una condición laboral que se incorpora al objeto del contrato, de la que se van a derivar otra serie de condiciones, de derechos y obligaciones recíprocas para el empresario y el trabajador: el lugar de trabajo se convierte así en un centro de imputación de responsabilidades.

Puede tener cierta repercusión a la hora de fijar las condiciones retributivas en función de lo gravoso que resulten los desplazamientos para acudir a prestar la actividad.

Concepto y elementos de la definición.

El **centro de trabajo** puede definirse como *la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta como tal ante la autoridad laboral* (art.1.5 ET). Por ejemplo, un hotel, juguetería o garaje.

El ET construye el concepto de centro de trabajo, con **tres elementos**:

- **Unidad productiva autónoma:** presupone una unidad de producción autónoma con independencia del resto de la empresa.
- **Dotada de una organización específica:** hace referencia a la existencia de un poder directivo sobre los procesos de trabajo que se llevan en el centro.
- **Alta ante la autoridad laboral:** establece una presunción *iuris tantum* de la existencia del centro de trabajo (no es un requisito constitutivo).

Centro de trabajo y lugar de trabajo.

Es conveniente distinguir el centro de trabajo del **lugar de trabajo** (no definido legalmente), expresión con la que nos referimos al sitio o emplazamiento físico donde el trabajador presta sus servicios (oficina, fábrica, taller, etc), y que puede o no coincidir con el centro de trabajo.

Entre ambos existe una diferencia sustancial: el centro de trabajo siempre está dotado de una organización específica o autónoma dentro de la organización específica de la empresa, y el lugar de trabajo puede carecer de aquella especificidad organizativa y sustantividad propia dentro del proceso productivo de la empresa.

Un ejemplo de lugar de trabajo sería la recepción del hotel o la sección de engrasado de un garaje.

• LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA: TRASLADOS Y DESPLAZAMIENTOS.

Concepto de movilidad geográfica.

Toda modificación del lugar de la prestación de trabajo que exige al trabajador, de forma definitiva o temporal, un cambio de residencia que le permita acudir en un tiempo razonable y no especialmente gravosa a su nuevo centro.

No obstante, el carácter bilateral o sinalagmático del contrato, permitirá arbitrar soluciones que compensen al trabajador de los posibles perjuicios ocasionados por la movilidad, entre ellos:

- La posible prolongación de hecho de la jornada de trabajo.
- Aumento de los costes de transporte.
- Posible cambio de la modalidad de jornada.
- Cambio del ambiente y dirección del trabajo.
- Cambios en la dinámica sindical.

Las compensaciones pueden consistir en el abono al trabajador de pluses de distancia o transporte, en la reducción de la jornada efectiva, o en la compensación económica de tales incrementos horarios. Cualquiera de estas medidas, encontraría su amparo en pacto individual o colectivo.

El art.40 ET cuando aborda la movilidad geográfica, no se ocupa de todos los supuestos posibles, ya que sólo contempla la movilidad forzosa que obedece a la iniciativa unilateral y a la voluntad del empresario, y además, circunscrita a la **fundada en razones económicas, técnicas, organizativas y de producción** (por lo que no cabría la movilidad por razones disciplinarias y sociales).

Modalidades.

El art.40 ET distingue entre **traslados** y **desplazamientos**. En el **traslado**, el cambio de residencia se prevé definitivo o al menos de suficiente duración como para aconsejar el cambio de domicilio habitual del trabajador y en su caso, de su familia. En el **desplazamiento**, el cambio de residencia es temporal y transitorio, por lo que no hace necesario el cambio de domicilio habitual del trabajador y su familia.

Su un desplazamiento tiene una duración ininterrumpida durante más de 12 meses, tendrá a todos los efectos el tratamiento previsto para los traslados. Igualmente se aplicará a aquellos desplazamientos cortos pero sistemáticos que sumados en un período global de 3 años, su duración total sea superior a 12 meses (art.40.4ET). Se pretende que los *desplazamientos por goteo* no sirvan para eludir los mayores condicionamientos que requiere la figura del traslado.

Traslados.

• Concepto y rasgos delimitadores.

El traslado se puede definir como **un supuesto de movilidad geográfica, que consiste en un cambio de centro de trabajo a otro de la misma empresa, decidido unilateralmente por el empresario, y forzoso para el trabajador, que exige que el trabajador cambie de residencia, al ser por tiempo indefinido o al menos superior a 12 meses en un período de 3 años, y en todo caso reviste una acusada excepcionalidad**.

En la regulación que el traslado hace en el art.40 ET existen una serie de **aspectos a considerar**:

- **Parte de un acto unilateral del empresario, basado en necesidades de servicio**, quedando fuera los traslados producidos por mutuo acuerdo, a solicitud del trabajador, las permutas y los traslados sancionatorios.
- **El traslado debe producirse en un centro de trabajo de la misma empresa**. Por ello, a efectos del art.40, el traslado puede producirse en una parte de la empresa que no alcance la calificación legal de centro de trabajo, debiendo predominar el criterio geográfico.
- **Se exige cambio de residencia**, aunque la norma no aclara que se entiende por tal. El art.40C.C dice que para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas es el de su residencia habitual. Cuando el ET se refiere a residencia, lo está haciendo en el sentido de domicilio, por lo que debe entenderse como cambio de del domicilio habitual del trabajador.

Del análisis de la jurisprudencia podemos extraer, las siguientes reglas:

- La necesidad de cambiar de residencia ha de ser objetiva, es decir basada en una relación causal por lo cual si él se haría demasiado gravoso continuar morando en el lugar de origen.
- Los desplazamientos dentro de la misma localidad, sí como los que se produzcan fuera de ella y no

impliquen cambio de residencia forman parte de las facultades empresariales, con el único respeto a los límites de la movilidad funcional (art.39ET).

– Tampoco implica superar los límites del ejercicio del poder de dirección el desplazamiento del trabajador a distinta localidad cuando concurren circunstancias como facilitar medios de transporte por la empresa, gozar de comunicación que les facilite acceso cómodo desde su residencia o habitar en las inmediaciones del mismo.

Existe necesidad de cambiar de residencia cuando resulte materialmente imposible el traslado diario al nuevo centro de trabajo o cuando sea notablemente gravoso mantener el domicilio habitual y trasladarse diariamente desde éste a la localidad donde radique el nuevo centro de trabajo.

- **No se aplica a los trabajadores contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes.**

- **Causas justificativas.**

El traslado debe estar fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial, cuya valoración corresponde al inicio (*ab initio*) al empresario. No define el ET qué se entiende por dichas causas, lo único que viene a decir, en definitiva, que existe causa habilitante para el traslado cuando con esa medida se contribuya a la expansión y mejora económica de la empresa.

Se pueden establecer los siguientes criterios:

- **Causas económicas:** aquellas que incidan en la evolución y desarrollo de la empresa, favorable o desfavorablemente, y que produzcan atendiendo a los ingresos y los gastos, y teniendo en cuenta los aspectos financieros, productivos y comerciales, el desequilibrio de su balance, afectando objetivamente su subsistencia.
- **Causas técnicas:** son las que hacen aconsejable la adopción de medidas tendentes a racionalizar la actividad productiva de la empresa incorporando los necesarios avances tecnológicos.
- **Causas organizativas:** nacen de la necesidad de adecuar la propia estructura de la empresa (medios personales y materiales), a las líneas de producción que desarrolla, de forma que se produzca una mejor presencia de la misma en los mercados en que ha de actuar.
- **Causas de producción:** las que afectan a los costes y volumen de la producción, para adecuarlos a las exigencias del mercado, impidiendo que se ponga en peligro, la actuación competitiva de la empresa.

Dicha caracterización ha sido acogida globalmente por la doctrina judicial, aunque es cierto que, con respecto a las causas económicas, no parece necesario que existan pérdidas, ya que, a diferencia del despido colectivo y despido objetivo (arts.51 y 52.c), no se califica la situación económica como negativa, por lo que no parece necesario exigir, para adoptar la medida, que la empresa presente desequilibrios en su balance.

- **Tipos de traslados.**

El traslado puede ser calificado como **colectivo o individual**, según el número de trabajadores afectados, el de trabajadores ocupados en la empresa o el tramo temporal en que se prolongue el traslado.

- Traslados colectivos.

Se considera colectivo:

- El traslado que afecta a la totalidad del centro de trabajo, cuando éste ocupa más de 5 trabajadores. Si

se tratara de una empresa de 5 o menos trabajadores (microempresa), aunque obviamente afectara a todo el colectivo, no por ello el traslado tendría esta condición.

- El traslado que sin alcanzar a todo el centro de trabajo afecta como mínimo a 10 trabajadores en empresas de menos 100 trabajadores, al 10% en empresas de 100 a 300 trabajadores o a 30 trabajadores en empresas de 300 o más trabajadores.

Cuando, con objeto de eludir las previsiones contenidas en el precepto, la empresa realice traslados en períodos sucesivos de 90 días en número inferior a los umbrales citados, sin que concurran nuevas causas, dichos traslados se entenderán efectuados en fraude ley, y serán declarados nulos y sin efecto (art.40.1 último párrafo).

- Traslado individual.

Esta noción se reserva al traslado que no cumple ninguna de las siguientes características: que no afecte al centro de trabajo como tal, salvo que tenga 5 o menos trabajadores, ni a un número de trabajadores suficiente para dar lugar a un traslado colectivo.

- **Procedimiento.**

El empresario puede decidir directamente el traslado de sus trabajadores, sin necesidad de autorización, sujetándose a un determinado procedimiento que varía según el traslado sea individual o colectivo.

- Traslado individual.

Basta la notificación del empresario al trabajador, con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad. Adoptada la decisión de traslado, el trabajador tiene derecho a una compensación por gastos, que comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo. Dicha compensación habrá de abonarse en los términos que acuerden las partes, que nunca será inferior a los límites que establezcan los convenios. En ausencia de convenio y desacuerdo de las partes, los gastos que razonablemente se deben de compensar son los derivados del transporte del trabajador y el de los familiares a su cargo así como la mudanza de sus enseres. Estos gastos deben ser abonados antes de su desembolso.

- Traslado colectivo.

Deberá ir precedido de un período de consultas, de duración no inferior a 15 días, con los representantes de los trabajadores. Las consultas versarán sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de reducir o evitar sus efectos, así como las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Más que un período de consultas, se trata de una negociación, en tanto que se incorpora un deber de negociar de buena fe, al tiempo que prevé la posibilidad de alcanzar un acuerdo que requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal en su caso o de las representaciones sindicales, si las hubiere, en su conjunto, representen la mayoría de aquéllos. La intervención de los representantes de los trabajadores no tiene carácter decisorio, por cuanto, el empresario, podrá adoptar la decisión de traslado, pero, si alcanza un acuerdo sobre la adopción y aplicación de la medida de traslado ésta debería regirse por aquél. Finalizado el período de consultas, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre el traslado, que se regirá por lo dispuesto para los traslados individuales.

La apertura del período de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión deben ser comunicadas a la Autoridad Laboral para su conocimiento, y ésta, a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas y sociales de la medida lo justifiquen, podrá ordenar la ampliación del plazo de incorporación (30 días) y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un tiempo que, en ningún caso, podrá ser superior a 6 meses. Se trata de un condicionante administrativo reservado a los

traslados colectivos, que se traduce en una concesión de una prórroga administrativa para la incorporación del trabajador a su nuevo destino. El incumplimiento por el empresario de dicha paralización constituye infracción muy grave.

- **Preferencias legales de permanencia.**

Para trasladar a un trabajador habrán de tenerse en cuenta las preferencias legales, que se traducen, por una parte, en la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores (art.40.5 ET) que afecta a los miembros de los comités de empresa, delegados de personal y delegados sindicales, y de otra parte, en el derecho que alcanza al cónyuge del traslado (si trabaja en la misma empresa) a ocupar la vacante que pudiera existir en el nuevo centro de trabajo en el que presta servicios el familiar, lo que se denomina *derecho de consorte*, que suelen regular los convenios.

- **Opciones del trabajador e impugnación del traslado.**

Adoptada la decisión de trasladar y notificada al trabajador y a sus representantes legales con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, el trabajador afectado tiene dos opciones de forma alternativa:

- Extinguir su contrato con un derecho a indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores y con un máximo de 12 mensualidades.
- Ó aceptar el traslado con la consiguiente compensación por gastos.

El trabajador puede también acatar la orden de traslado e impugnarla ante los Tribunales de lo Social. El plazo para interposición de la demanda es de 20 días hábiles siguientes a la notificación de la decisión empresarial.

Cuando el objeto de debate verse sobre las preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos deberán también ser demandados. En el caso de traslados colectivos, caben reclamaciones individuales de los trabajadores, contándose el plazo para la interposición de la demanda desde el día siguiente a la decisión empresarial. Si ha existido acuerdo con los representantes de los trabajadores, éstos también deberán ser demandados.

La decisión judicial, contra la que no cabe recurso alguno, puede desestimar la demanda, si considera que la decisión empresarial es justificada, o bien estimarla, considerando la medida.

– Si se estima la demanda porque se aprecia que no han quedado suficientemente acreditadas las razones invocadas por el empresario, el traslado se considerará improcedente o injustificado.

Si el empresario, tras la resolución judicial que declare injustificado el traslado, no procediera a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato de acuerdo con lo previsto en el art.50.1.c ET, (como dice el art.138 LPL), es decir, con la indemnización de 45 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores y con el límite máximo de 42 mensualidades.

La decisión de traslado colectivo, adoptada tras el período de consultas puede también ser impugnada por el procedimiento de traslado colectivo. En este caso, si existieran reclamaciones individuales, éstas quedarán paralizadas hasta la resolución de la acción colectiva, que produce efectos de cosa juzgada sobre aquéllas.

Desplazamientos.

- **Concepto y rasgos definitorios.**

El **desplazamiento** (def. legal) es aquel supuesto de movilidad geográfica consistente en una modificación

unilateralmente impuesta por el empresario al trabajador, de las condiciones de prestación de la obligación derivada del contrato, cambiando el lugar donde ha de prestar su trabajo a un lugar alejado de su residencia por un tiempo limitado.

Notas definitorias del desplazamiento:

- **Decisión unilateral del empresario:** el desplazamiento es una potestad reconocida al empresario dentro de la facultad de concreción de la prestación de trabajo.
- **Excepcionalidad:** el desplazamiento, aún en los casos en que se produzca con cierta frecuencia, tiene carácter excepcional.
- **Causalidad:** la decisión empresarial debe ir respaldada por una motivación que la justifique.
- **Ejecutividad:** la decisión empresarial de desplazamiento debe ser cumplida por el trabajador con la simple orden del empresario.
- **Temporalidad:** a diferencia del traslado el desplazamiento no es definitivo, sino limitado en el tiempo.
- **Comporta cambio de residencia.**

El desplazamiento tiene un carácter individual, lo que no impide que en cada caso concreto pueda afectar a un número plural de trabajadores.

- **Procedimiento.**

El art.40.4 ET, exige como causas justificativas del desplazamiento, las mismas establecidas para el traslado, es decir, la existencia de *razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial.*

No existe una regulación específica para los casos en que el desplazamiento es de carácter colectivo a diferencia de los traslados.

Dada la ejecutividad inmediata de la orden de desplazamiento, cabría esperar que semejante facultad empresarial fuera acompañada de algún elemento que garantizase al trabajador la legitimidad de la orden empresarial. Pero la única garantía que contempla la ley es la comunicación o información previa. La comunicación no tiene una predeterminada, pero si la comunicación escrita parece casi imprescindible, pues el desplazamiento está sometido a un régimen de causas tasadas y, consecuentemente, en la comunicación debe poner de manifiesto no sólo el hecho del desplazamiento, sino también la motivación de la decisión.

En la comunicación deberá hacerse constar la duración aproximada del desplazamiento, que no podrá ser inferior a 5 días laborables en el caso de desplazamientos de duración superior a 3 meses, de otra forma no se cumpliría la norma debidamente.

El ET no establece las consecuencias de la falta de comunicación en el plazo establecido, aunque puede entenderse que se trata del incumplimiento de una obligación contractual, que debe producir el efecto propio del incumplimiento de las obligaciones, y en especial la indemnización de daños y perjuicios.

- **Derechos del trabajador afectado.**

Salvo lo que pueda establecerse en la negociación colectiva, el desplazamiento no conlleva una retribución o compensación adicional. Los efectos económicos que se producen son simplemente compensación de los gastos que el propio desplazamiento comporta y el abono de dietas, que correrán a cargo del empresario.

Los gastos de viaje son una compensación del costo del desplazamiento; y en consecuencia, no tienen naturaleza salarial, ya que quedan comprendidos en las indemnizaciones o suplidos por gastos realizados

(art.26.2 ET). Deben abonarse por el empresario conforme a lo establecido en el convenio colectivo, o a lo convenido individualmente, siempre que no suponga merma respecto a aquél, en cualquier caso, deben cubrir la totalidad de los gastos producidos, y deben abonarse en forma de suplidos, esto es, anticipos a cuenta, y solo como indemnización posterior en los casos en que, por falta de previsión, por gastos extraordinarios, o por cualquier otro motivo, se haya producido un descubierto que haya sido asumido por el trabajador. El suplido por gastos de desplazamiento, debe cubrir no sólo los viajes de inicial y final, sino también los viajes a los que el trabajador tenga derecho durante el desplazamiento, esto es, los correspondientes a los permisos cuando el desplazamiento es superior a 3 meses (art.40.4 párrafo 2º in fine).

Cosa distinta ocurre respecto a los gastos de viaje ocasionados por el desplazamiento del trabajador a su residencia los días festivos. No existiendo cobertura legal para que el trabajador reclame la compensación de los gastos de dichos viajes, la obligación empresarial es la de abonar las dietas, aunque en muchos casos podrá sustituirse de mutuo acuerdo por los gastos de viaje del fin de semana.

Las dietas son la compensación de los gastos de alojamiento y manutención, que generalmente se establece en convenio colectivo como cuantía fija, en muchos casos, distinta para cada categoría profesional (también tiene naturaleza extrasalarial, por lo que cabe lo dicho para los gastos de viaje).

Cuando el desplazamiento supere los 3 meses de duración, el trabajador tendrá derecho a un mínimo de 4 días laborales de estancia en su domicilio de origen, sin computar los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario, no siéndole exigible al trabajador prestación de trabajo, ya que se trata de un permiso retribuido. Estos días de permiso, se pueden acumular a las vacaciones, pero no compensar con ellas, ni sustituirse, por decisión del interesado, por una compensación económica, aunque si habría indemnización si a petición de la empresa, el trabajador renunciase.

No existe un control previo de la decisión empresarial respecto a los desplazamientos, ni un control posterior por parte de la autoridad laboral administrativa. El ET prevé únicamente la vía jurisdiccional para la reclamación en materia de movilidad geográfica.

Por último, la demanda no impide la ejecutividad de la decisión empresarial, pues se somete a un procedimiento especial, de carácter urgente y preferente (art.138 LPL).

Otros supuestos de movilidad geográfica.

• Permutas.

Los convenios colectivos suelen incluir la posibilidad del llamado *traslado por permuta*, consistente en el cambio de los respectivos puestos de trabajo efectuado por dos trabajadores de plantilla pertenecientes al mismo grupo laboral y especialidad, destinados en diferentes localidades, siempre que uno y otro ostenten categoría adecuada e idoneidad para el desempeño de los respectivos puestos de trabajo.

Son solicitadas voluntariamente por los trabajadores y es al empresario al que le corresponde valorar la idoneidad del cambio. No da derecho al abono de los gastos ni a indemnizaciones de ninguna clase.

• Movilidad geográfica por razones disciplinarias.

También se contempla en algunos convenios el traslado o desplazamiento por razones disciplinarias. Puede resultar extremadamente gravosa para el trabajador. Es aconsejable la no ejecución de la sanción si se impugna por el trabajador, hasta que no exista sentencia que la confirme.

• Pactos de movilidad geográfica.

Las cláusulas o pactos de movilidad geográfica en el contrato de trabajo hacen referencia a *aquellos pactos incorporados al contrato en virtud de los cuales se permite al empresario trasladar o desplazar libremente al trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo*. Tiene como contenido natural, descausalizar la decisión empresarial, de tal manera que no se requiera la concurrencia de causa que justifique el traslado o desplazamiento, sino que la decisión empresarial viene justificada por el propio pacto contenido en el contrato de trabajo.

Habida cuenta que la legislación laboral reconoce al trabajador un derecho de inamovilidad, la cláusula contractual por la cual el trabajador aceptara los traslados o desplazamientos que, con carácter unilateral, pudiera acordar el empresario, sin ningún tipo de contraprestación debe ser rechazada en principio. Tal pacto, supondría una renuncia a los derechos que tienen reconocidos por las disposiciones legales, vulnerando lo establecido en el art.3.5 ET, lo cual vicia de nulidad a este pacto. Ello no implica que la cláusula contractual de movilidad sea inevitable, puesto que no existiría renuncia cuando se conviniera una contraprestación suficiente a favor del trabajador que haría lícita la aceptación de la movilidad por decisión empresarial.

Tales pactos deben ser admitidos con muchas reservas, dada la posición más débil del trabajador en el contrato de trabajo.

- **Desplazamientos en el marco de una prestación de servicios transnacional.**

Cuando una empresa comunitaria ha tenido que desplazarse en el marco de una prestación de servicios a un Estado miembro distinto de su país de establecimiento lo ha hecho acompañada de sus propios trabajadores, desplazándose al territorio del país donde debían prestarse los servicios por un tiempo de duración limitada.

La posibilidad de que estos hechos pudieran provocar discriminación entre los trabajadores de un determinado Estado y una competencia desleal entre las empresas, ha justificado la existencia de una norma que tutele esta realidad: Ley 45/1999, de 29 de noviembre.

El objeto de esta norma es establecer unas condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España para realizar una prestación de servicios transnacional, excluyendo las actividades formativas que no respondan a esta prestación.

Lo que nuestro ordenamiento pretende es garantizar a los trabajadores en esta situación, cualquiera que sea la legislación aplicable a su contrato de trabajo, determinadas condiciones de trabajo previstas por la legislación española.

A continuación se analiza el modo en el que se concreta dicha garantía, para lo cual se distinguen dos supuestos:

- **Desplazamiento temporal a España.**

En este caso el empresario debe comunicar el desplazamiento, antes de su inicio, a la autoridad laboral española competente en el lugar donde se vayan a prestar los servicios.

Las condiciones laborales que debe aplicar a los trabajadores son previstas por la legislación española, sin perjuicio de la aplicación de las otras más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable al contrato de trabajo del país de origen.

No se aplican las condiciones relativas a vacaciones anuales retribuidas y cuantía del salario, ni es exigible la comunicación a la autoridad laboral española, cuando el desplazamiento no exceda de 8 días y afecte a trabajadores por cuenta y bajo la dirección de la empresa, en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación, que esté establecido o que ejerza su actividad en España, o al

trabajador desplazado a un centro de la propia empresa o a otra del grupo de que forme parte.

- Desplazamiento de trabajadores desde empresas establecidas en España.

Las empresas deberán garantizar a sus trabajadores desplazados a países de la UE, Noruega, Islandia y Liechtenstein, las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento, sin perjuicio de la aplicación de las otras más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable al contrato de trabajo del país de origen, sean estas fijadas por convenio o pacto individual.

Para ambos supuestos, se establecen una serie de garantías y controles, más rigurosos cuando se trata de empresas temporales. Por una parte, proporcionando a los interesados en un desplazamiento temporal de trabajadores a uno de estos Estados la posibilidad de informarse de las condiciones de trabajo que deben garantizarse, dirigiéndose para ello a los órganos competentes de información de tales Estados o a la Administración Española, que gestionará tal petición. Por otra, otorgando a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la competencia para vigilar el cumplimiento de estos derechos, pudiendo solicitar a los empresarios la documentación necesaria que lo acredite e imponiéndoles la obligación de comparecer, en su caso, ante la misma.

TEMA 11: LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJADOR.

• EL SALARIO: CONCEPTO JURÍDICO.

Definición de salario.

El salario es un **elemento esencial de la relación laboral** como pone de manifiesto el ET (art.1.1, 8.1 y 4.2.f).

El salario se **define** por el art.26.1 ET como *la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo*. Sin que, en ningún caso, el salario en especie pueda superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador.

Notas caracterizadoras.

De la definición legal de salario, podemos destacar las siguientes notas caracterizadoras:

- Las percepciones en que el salario consiste, tienen contenido económico, es decir, han de ser valorables económicamente, e incorporarse al patrimonio del trabajador. Las percepciones en dinero deben tener carácter principal, de forma que las percepciones en especie no pueden exceder del 30% del salario total. Será **salario en especie, la prestación retributiva que se paga mediante un bien distinto del dinero, así como todo derecho, beneficio o servicio cuantificable en términos monetarios reconocido al trabajador o disfrutado por éste, que constituya contraprestación por los servicios laborales prestados a la empresa**. La valoración del salario en especie, puede realizarse atendiendo al valor de mercado de los bienes y derechos, recurriendo asimismo a los criterios fiscales de valoración establecidos en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- El salario constituye la contraprestación del empresario por la principal obligación que asume el trabajador en el contrato de trabajo, es decir, la prestación de su trabajo.
- La integridad de percepciones económicas que recibe el trabajador con cargo al empresario, como remuneración directa o indirecta de sus servicios, constituye salario. Hay una presunción de que toda percepción económica del trabajador, debe considerarse salario, con las excepciones que el art. 26.2 ET enumera.
- El salario cumple una función remuneratoria, en tanto que retribuye el trabajo prestado, y los períodos

de tiempo computables como de trabajo.

Por esta razón, la jurisprudencia niega valor salarial a las cestas de Navidad y los regalos de Reyes.

Percepciones extrasalariales.

Estas percepciones económicas extrasalariales sólo adquieren tal calificación cuando concurre realmente alguna de las circunstancias que el art.26.2 ET exige para justificar su devengo, con independencia de la voluntad de las partes. Es frecuente que, las empresas, al objeto de ahorrarse costes en materia de S.S., traten de completar el salario del trabajador, incluyendo partidas teóricamente extrasalariales.

Lo decisivo para calificar estos conceptos como tal es que ni retribuyen el trabajo o responden a otra causa, como la compensación de gastos.

La distinción entre salario y conceptos extrasalariales tiene importantes consecuencias prácticas:

- Los conceptos extrasalariales no se integran en los conceptos computables a efectos de calcular las indemnizaciones por extinción del contrato, ni del valor de la hora ordinaria para el cálculo de las horas extraordinarias.
- Los sucesivos incrementos del salario, no se pueden compensar con las partidas extrasalariales, dada la falta de homogeneidad de estos conceptos.
- Las percepciones extrasalariales no gozan de la especial protección que el ordenamiento dispensa al salario (ya veremos).

Estas percepciones son, según el ET:

- **Indemnizaciones o suplidos.**

No son remuneratorias, ya que no retribuyen el trabajo, sino que **con ellas se resarce al trabajador de los gastos que le ocasione el cumplimiento del débito laboral**, y que necesariamente son imputables al empleador dada la nota de ajeneidad que caracteriza a la relación laboral. Entre las más típicas se encuentran:

- **Quebranto de moneda:** devengo extrasalarial que en forma de compensación económica se abona a los trabajadores que realizan funciones de cobros y pagos por caja, de cuya corrección son directamente responsables.
- **Desgaste de útiles o adquisición de prendas de trabajo:** concepto extrasalarial que indemniza los deterioros que experimentan algunas de las herramientas del trabajador por la realización de la prestación laboral, o que pretende resarcir al trabajador del gasto ocasionado por la adquisición de vestimenta necesaria para la realización del trabajo por cuenta ajena.
- **Dietas:** percepción de carácter irregular que debe abonarse cuando por orden de la empresa el trabajador tiene que ir (desplazamiento temporal), provisional o eventualmente, durante cierto período de tiempo, a población, localidad o lugar distinto a aquel donde habitualmente presta sus servicios, de modo que el trabajador no pueda efectuar sus comidas y/o pernoctar en su domicilio diariamente. Algunos convenios distinguen entre dietas completas (el trabajador no puede pernoctar en su residencia habitual) y medias dietas (pueda pernoctar en la misma).
- **Gastos de locomoción:** sirven para compensar al trabajador de los desembolsos efectuados para desplazarse de un lugar a otro, con motivo del contrato de trabajo, para sufragar el costo de los medios utilizados para el desplazamiento, ya utilice vehículo propio o ajeno.
- **Pluses de distancia y transporte:** compensación de gastos y tiempo invertido por el trabajador en los desplazamientos diarios desde su residencia a su puesto de trabajo.
- **Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.**

Tampoco retribuyen el trabajo prestado al empresario, sino que se trata de **cantidades establecidas por la ley, para cubrir determinadas contingencias (incapacidad temporal, maternidad, invalidez permanente, etc), en las cuales el trabajador, de forma temporal o definitiva, no puede prestar servicios.** El ET distingue entre **indemnización**, no es sino un tipo determinado de prestación, y las **prestaciones** que **son todas las medidas que arbitra el sistema de S.S. para hacer frente a una determinada contingencia.** Dentro de las prestaciones en metálico (también existen en especie), se distinguen las que se devengan por el beneficiario de una sola vez (**indemnizaciones**), y las que consisten en percepciones de devengo periódico, temporal o vitalicio (**pensiones o subsidios**).

Por lo anterior, deben considerarse comprendidas dentro de la exclusión del ET, tanto las pensiones o subsidios como las indemnizaciones del sistema de la S.S., ya que, no existe salario, al no retribuirse su trabajo.

Son ejemplos de lo anterior, los siguientes: la prestación por IT, las prestaciones que abona el empresario, en virtud de su colaboración obligatoria o voluntaria con la S.S. y, las mejoras de la acción protectora de la S.S.

- **Indemnizaciones por traslados o despidos.**

Son pagos del empresario al trabajador que no retribuyen el trabajo prestado, encontrando su fundamento en hechos distintos, tales como la pérdida de empleo o de una modificación de las circunstancias de la prestación de trabajo.

- **Acción social empresarial.**

Práctica muy extendida, implantada fundamentalmente a través de la negociación colectiva, consistente en otorgar a los trabajadores un conjunto heterogéneo de prestaciones, en metálico o en especie, que pueden agruparse bajo la denominación de **acción social empresarial**, y que no puede considerarse parte del salario. Se denominan también **beneficios accesorios** (*fringe benefits*), **que son prestaciones heterogéneas cuyo común denominador es proporcionar al personal de una empresa o a un amplio sector del mismo, ventajas económicas o servicios diversos, que no se encuentran conectados causalmente con el trabajo prestado, y cuyo otorgamiento no ha sido establecido obligatoriamente por una disposición legal.** Son *contraprestaciones o utilidades, dinerarias o en especie, por la prestación de servicios por cuenta ajena, de carácter indirecto, y al margen de la retribución estricta del trabajo realizado.*

- **ESTRUCTURA DEL SALARIO.**

Determinación de la estructura del salario.

Se denomina **estructura de salario**, a *la composición o forma ordenada de distribución en razón de su naturaleza y especie, de las distintas partidas salariales, cuya suma da como resultado la cuantía del salario.*

El art.26.3 ET, prevé que la determinación de la estructura del salario se llevará a cabo *mediante la negociación colectiva o en su defecto, el contrato individual.*

El ET al determinar la estructura del salario prevé que la negociación colectiva, o en su defecto el contrato individual, tendrán que incluir el **salario base** y, eventualmente, admitir los **complementos salariales** fijados en función de determinadas circunstancias.

Salario base.

- **Concepto.**

El salario base es *la retribución fijada por unidad de tiempo o de obra* (art.26.3 ET). Es, en definitiva, **aquella parte de la retribución que se encuentra directamente ligada a la prestación laboral del trabajador, sin referencia alguna a las circunstancias en que tal prestación se realiza, como no sea una cierta unidad de tiempo o de obra y la categoría profesional que ostente el trabajador.**

El salario base debe integrar en su cuantía todas las percepciones económicas que no respondan estrictamente a los complementos salariales que se hayan definido en la negociación colectiva o en el contrato individual de trabajo.

- **Gratificaciones extraordinarias.**

Cabe entender que **forman parte del salario base** las gratificaciones extraordinarias, cuya percepción y cuantía no dependa de la situación y resultados de la empresa. El régimen jurídico de las gratificaciones extraordinarias o pagas extraordinarias de percepción y cuantía predeterminada y garantizada se encuentra establecido en el art.31 ET.

Las notas fundamentales son:

- El número de gratificaciones extraordinarias al año es de 2, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores.
- El anterior número de gratificaciones es mínimo, de tal forma que las partes pueden establecer un número mayor de pagas extraordinarias.
- La cuantía de dichas gratificaciones se fija por convenio colectivo. En todo caso, la cuantía mínima viene determinada por la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento.
- Puede acordarse en convenio colectivo que el importe de las dos gratificaciones se prorratee en 12 mensualidades. La jurisprudencia también admite que dichos prorrateo se pacte en el contrato de trabajo.
- Respecto al cómputo, salvo que por convenio se hubiera establecido otra cosa, es de carácter anual.

Complementos salariales.

- **Definición y clases.**

Se pueden definir, como **atribuciones patrimoniales proporcionadas al trabajador como consecuencia o con ocasión de la prestación del trabajo, pero que responden a las características especiales de esa prestación, y que se adicionan al salario base formando la remuneración total.** Se distinguen del salario base, porque teniendo, al igual que éste, su causa en el trabajo, concurre con ellos una concausa, que además es la que se usa para denominar la retribución de que se trate. Por lo tanto, los complementos salariales tienen carácter instrumental, calculándose conforme a los criterios que a tal efecto se pacten.

El art.26.3 ET distingue tres grupos de complementos salariales:

- El primero atiende a las circunstancias relativas condiciones personales del trabajador.
- El segundo incide en circunstancias relacionadas con el trabajo realizado.
- El tercero se refiere a circunstancias concernientes a la situación y resultados de la empresa.

Esta clasificación legal, tiene el carácter de *numerus clausus*, de modo que, cuando no se pueda incluir un determinado concepto salarial, en uno de los tres grupos, dicho concepto deberá ser reconducido al salario base.

- **Complementos en función de las circunstancias relativas a las condiciones personales del**

trabajador.

Se trata de **partidas salariales derivadas de las condiciones personales del trabajador que no hayan sido valoradas al fijar el salario base**. Aparecen como un **plus** sobre las circunstancias necesarias para ostentar una categoría profesional. Son complementos integrados en dicho grupo los de antigüedad, aplicación de títulos, idiomas o conocimientos especiales.

El complemento por antigüedad no tiene carácter imperativo, sino que queda a la libre iniciativa de los sujetos individuales y colectivos. Ciertamente es que en la negociación colectiva, se continúa manteniendo el complemento de antigüedad, calculado generalmente sobre ciertos porcentajes del salario base, se comienzan a apreciar limitaciones a su alcance excluyendo el derecho al complemento para trabajadores que ingresen en la empresa a partir de una determinada fecha, o suprimiéndolo a cambio de otros *ad personam*, o incluso, a cambio de determinadas cantidades de dinero.

En cuanto a los **complementos de idiomas o conocimientos especiales**, es dudosa su inclusión en este primer grupo, o en el siguiente. Si atiende al puesto desempeñado por el trabajador más que a sus condiciones personales debe incluirse en el grupo siguiente.

• Complementos en función de circunstancias relativas al trabajo realizado.

Dentro de este grupo, cabe distinguir, entre **complementos de puesto de trabajo y complementos por cantidad y calidad del trabajo**:

- Los complementos de puesto de trabajo.

Se fijan atendiendo a las circunstancias particulares de ciertos puestos de trabajo, y por ello mismo, dependen de la prestación efectiva del trabajo. Son ejemplos de este tipo:

- **El plus de nocturnidad**: que compensa salarialmente al trabajador que presta servicios en período nocturno entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana (art.36.2 ET).
- **El plus de turnicidad**: que perciben los trabajadores que prestan servicios en horas diferentes, en período determinado de días o semanas.
- **Complementos por peligrosidad, toxicidad, insalubridad, altura o análogos**: que retribuyen el trabajo en determinadas condiciones ambientales que suponen una mayor onerosidad física para el trabajador.
- **Complemento de residencia**: cuya percepción se hace depender de una determinada localización geográfica del puesto de trabajo.

- Los complementos por cantidad y calidad de trabajo.

Retribuyen, una mejor calidad o una mejor cantidad de trabajo, vayan o no unidos a un sistema de retribución específica por rendimiento. Se trata de un grupo heterogéneo dentro del cual destacamos:

- **Primas e incentivos**: en las que el incremento salarial variable depende del rendimiento adicional que consiga el trabajador.
- **Pluses de asistencia, actividad y puntualidad o incentivos por reducción de absentismo**: que constituyen conceptos vinculados al hecho de la presencia física del trabajador en el centro de trabajo, y cuyo objetivo es el de combatir y reducir al máximo el absentismo laboral.
- **Complementos de disponibilidad funcional**: que compensan la ampliación de los márgenes empresariales, ordinarios de flexibilidad funcional y complementos de disponibilidad horaria, que retribuyen de los márgenes de flexibilidad horaria.

- **Complementos en función de la situación y resultados de la empresa.**

Lo característico de estos complementos es que la retribución no está estrictamente vinculada con la prestación laboral, dependiendo en cambio del resultado de la actividad empresarial que, en mayor o en menor medida, el trabajador puede contribuir. Un supuesto típico es **la participación en beneficios**, como una paga extraordinaria más, independientemente de que la empresa tenga o no beneficios.

Los **bonus**, constituyen un tipo de remuneración para retribuir a los altos o medios directivos, y que ha venido a sustituir a la participación en beneficios. Su naturaleza puede ser mixta, en tanto pueden vincularse, tanto a la situación y resultados de la empresa, como a la propia valoración del rendimiento del trabajador.

Otro sistema de retribución para el personal directivo, es el denominado **opciones de compra de acciones** (*stock options*), consistente en la entrega de opciones de compra de acciones de la compañía de forma gratuita o a precio inferior de mercado, para hacerlas efectivas o realizables a cierto plazo. Uno de los objetivos que persigue es fidelizar su vinculación a la empresa y evitar su fuga a la competencia.

El TS se ha pronunciado a favor de reconocer a las opciones sobre acciones carácter salarial. Pues debe valorarse que los planes de stock options tienen un marcado carácter retributivo como incentivo laboral, tratando de incrementar el compromiso de los trabajadores de la empresa. El TS concluye la vinculación entre la actividad laboral del empleado, su esfuerzo y dedicación y la obtención de un beneficio económico valorable derivado del ejercicio de la opción se muestra así evidente y configura en concepto legal de salario al ser una percepción económica que se recibe precisamente a causa o como consecuencia de la actividad laboral desarrollada (STS 4 de febrero 2002).

El carácter consolidable de los complementos.

El art.26.3 ET, prevé que se pactará el carácter consolidable o no de los complementos salariales, añadiendo que, no tendrán la consideración de consolidables, salvo pacto en contrario, los vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa. La ley establece pues un mandato relativo, del que se puede prescindir por acuerdo colectivo o individual, de forma que se puede pactar el carácter consolidable del complemento, aun cuando esté vinculado al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

Salarios globales.

Salarios globales: práctica mediante la cual se totalizan en una cantidad el conjunto de todas percepciones económicas a las que el trabajador tiene derecho.

La jurisprudencia viene admitiendo la licitud de los pactos de salario global con dos requisitos: que el salario sea al menos igual al que corresponde por todos los conceptos en las fuentes de aplicación y que no esté expresamente prohibido en los convenios.

- **TIEMPO, LUGAR Y FORMA DE PAGO DEL SALARIO.**

Momento de pago del salario.

El ET reitera la obligación del empresario de proceder al pago del salario de forma puntual (arts. 4.2.f, 29.3 y 50.1.b). En el pago del salario rige el **principio de la posremuneración**, en tanto que se abona respecto de un trabajo ya prestado por el trabajador, lo que conlleva su fraccionamiento en unidades de tiempo que conforme al ET no podrán ser superiores al mes (art.29.1), aunque es cierto que su alcance objetivo de esta mensualización es limitado, ya que no se refiere al salario en su totalidad, sino a una parte del mismo, excluyendo las retribuciones periódicas o irregulares (complementos periódicos de vencimiento superior al mes).

La **fecha de pago** será la convenida o en su defecto la que dispongan los usos y costumbres.

El art.29.1.párrafo 2º dispone que el *trabajador y, con su autorización, sus representantes legales, tendrán derecho a percibir, sin que llegue el día señalado para el pago*, anticipos a cuenta del trabajo ya realizado. Constituirá anticipo todo pago hecho con anterioridad al término. El anticipo propiamente dicho sólo lo sería cuando corresponda al salario futuro no devengado, supuesto que no contempla el ET, aunque es admisible tanto mediante pacto individual como por vía de negociación colectiva.

Por otra parte, el art.29.3 ET establece, para el caso **de retraso** en el pago del salario, un interés del **10%** que es un **interés anual**, sobre la base de que si se tratara de un recargo por mora independiente del tiempo de retraso, se estaría invitando al deudor a dilatar al máximo el incumplimiento de lo debido.

La jurisprudencia ha reiterado que no se aplica el 10% cuando se discuta la fijación de la cuantía salarial, por existir controversias entre empresario y trabajador acerca de la procedencia del abono o no de determinados conceptos (horas extraordinarias, complementos, etc), o sobre su cuantificación. Si existiera mala fe por parte del empresario, el interés debería aplicarse.

Lugar de pago.

El pago debe efectuarse en el lugar convenido, o en defecto de pacto, en el que resulte de los usos y costumbres. Y el art.13.2 del Convenio 95 de la OIT, prohíbe que el pago se haga en lugares de recreo, cantinas, tabernas o, cuando ello sea necesario para prevenir abusos, en las tiendas de venta al por menor, salvo que se tratase de personas empleadas en esos establecimientos.

Formas de documentar el pago del salario.

Se impone al empresario la obligación de documentar el pago del salario. El art.29.1 ET prescribe que *la documentación del salario se realizará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo. El recibo de salarios se ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, salvo que por convenio colectivo, o en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo.*

El modelo oficial ha sido establecido por norma, pudiéndose incluir modificaciones de carácter puramente formal o elementos adicionales de información al trabajador.

El **recibo de salario** (nómina), debe ser firmado por el trabajador al hacerle la entrega del duplicado del mismo, archivándose por la empresa junto con los boletines de cotización a la Seguridad Social durante un plazo mínimo de 5 años. El recibo opera como medio probatorio del cumplimiento de la obligación retributiva. No obstante, no prueba que las cantidades consignadas sean todas las debidas. Si el pago se ha realizado por transferencia bancaria, la firma del trabajador se entiende sustituida por el comprobante de la transferencia.

Constituye falta laboral leve no entregar puntualmente al trabajador el recibo de salarios, o no utilizar el modelo de recibo de salarios, oficial o pactado (art. 6.2 LISOS).

Medios de pago.

El **pago del salario**, puede ser efectuado por el empresario, en moneda de curso legal o mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, previo informe al comité de empresa o delegados de personal (art.29.4 ET). No se reconoce al trabajador el derecho, salvo acuerdo al respecto, a la llamada *licencia retribuida*, es decir, a ausentarse del trabajo para ir a cobrar el cheque a través del cual se le paga el salario.

• SALARIO MÍNIMO.

Salario mínimo interprofesional y Salario mínimo profesional.

La doctrina caracteriza al **salario mínimo** como una **garantía de ingresos mínimos**, siendo una ilegalidad una retribución inferior al mismo.

Existen dos modalidades, el **Salario Mínimo Profesional** (para los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de un convenio) y el **Salario Mínimo Interprofesional** (que afecta a los trabajadores de sectores y empresas para los que no se ha negociado convenio alguno, o aquellos que estando cubiertos por convenio, el mínimo de convenio fuera inferior al mínimo interprofesional, en cuyo caso éste es de aplicación preferente). De forma que no puede pactarse un salario por debajo del fijado como mínimo.

Se diferencian por:

- La **fuerza de producción**: el SMI lo fija el Gobierno mediante decreto con carácter anual, mientras que el SMP lo fijan los grupos profesionales a través de convenios.
- El **campo de aplicación**: en el SMI es genérico e indiferenciado (trabajadores de la agricultura, industria y servicios) mientras que el SMP tiene carácter específico al incidir sobre el colectivo acotado por el propio convenio.
- El SMI se refiere indiscriminadamente a todas las categorías profesionales, mientras que el SMP se articula sobre aquéllas (se fija para categoría uno distinto).

El Salario Mínimo Interprofesional.

El TC considera que en un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna valores superiores de su ordenamiento la libertad, la justicia y la igualdad, ha de completar el sistema de determinación del salario, estableciendo desde los poderes públicos unos **suelos salariales mínimos** que den efectividad al mandato constitucional de obtener un salario suficiente (art.35 CE).

Así el ET constituye el SMI una intervención coactiva en las relaciones de trabajo que encuentra su justificación en la protección de un interés que se estima digno y necesitado de la atención del Estado.

EL art.27 ET establece los criterios de fijación del SMI: índice de precios al consumo, productividad media nacional alcanzada y coyuntura económica, factores que dada su amplitud restan trascendencia a la discusión si es una lista cerrada o abierta.

La cuantía establecida para el SMI, se entiende referida a la jornada legal de trabajo, por lo que, el trabajador que realice una jornada inferior, percibirá la parte proporcional correspondiente. En el cómputo anual del SMI se incluye, dos gratificaciones extraordinarias, de 30 días de salario cada una. Además a los salarios mínimos establecidos, se adicionarán, sirviendo los mismos como módulo, y según lo establecido en los convenios colectivos, y contratos de trabajo, los complementos salariales que contempla el art.26.3 ET, así como el importe correspondiente al incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción.

Sirve además como módulo de referencia para las prestaciones por desempleo, FOGASA, límites de embargabilidad del salario, otras prestaciones de la S.S., etc.

Compensación y absorción de salarios.

El art.27.1 ET dispone que la revisión del SMI no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando éstos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquél.

El art.26.5 ET señala que *operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia*. Es decir, toda ventaja económica que reciba el trabajador, por encima de los mínimos de derecho necesario, se neutraliza, salvo indicación expresa en contrario, por los sucesivos incrementos que se produzcan.

Dado el paralelismo de ambas instituciones podemos concluir que nos hallamos ante un único fenómeno de neutralización de las mejoras establecidas sobre los mínimos legales, cuando éstos se ven incrementados por otros.

El supuesto de hecho previsto en el ET parte de tres premisas:

- La existencia de diferentes fuentes de determinación del salario aplicables a una relación concreta del trabajo.
- La ordenación jerárquica de dichas fuentes que es modalizada a través del principio de norma mínima.
- Que se produzca un supuesto de sucesión normativa, que produce una variación en las condiciones salariales.

El supuesto de hecho se producirá cuando exista una mejora salarial por vía contractual respecto de los salarios establecidos en la norma y en el convenio, sin necesidad de redefinir las condiciones contractuales beneficiosas.

La compensación y absorción exige que los conceptos a comparar sean homogéneos, así nos posible la absorción y compensación en conceptos retributivos como aquellos que remuneran circunstancias específicas del trabajador.

• **LA PROTECCIÓN DEL SALARIO.**

Imposibilidad de la prestación.

El ET manifiesta que si el trabajador no puede prestar sus servicios porque el empresario se retrasa en darle trabajo por impedimentos imputables a él mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo.

Presupuestos para aplicar esta norma:

- Vigencia del contrato de trabajo (no se refiere a la excedencia voluntaria).
- Puesta a disposición del trabajador.
- Imposibilidad de la prestación. Son eventualidades de duración breve y se mantienen siempre que no se formalice la causa interruptiva como supuesto que de lugar a modificaciones de la relación de trabajo, o la suspensión o extinción de esta relación por causas tecnológicas o económicas.
- Imputabilidad al empresario.

En estos casos, la retribución que se da es puramente de naturaleza salarial y no indemnizatoria, sin condicionar el salario a la efectiva realización de la tarea.

Protección del salario frente a los acreedores del trabajador: inembargabilidad del salario mínimo interprofesional.

El art.27.2 ET establece que el SMI es inembargable, salvo, para el pago de alimentos al cónyuge o a los hijos como consecuencia de una sentencia de divorcio, nulidad o separación. Para el resto de deudas la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una prelación de acreedores para ir embargando determinados porcentajes del

SMI.

Dichos porcentajes dependen del importe de la retribución neta, así si este supone el doble del SMI se embargará un 30%, si excede del doble y hasta el triple se embargará un 50%, y así sucesivamente hasta cuando excede de un quinto del SMI en cuyo caso será embargable el 50%.

Los privilegios salariales.

- **Las preferencias crediticias.**

La Ley prevé que ante una situación de insolvencia dentro de la empresa el salario sea un crédito preferente frente a cualquier otro crédito que deba hacer frente el empresario.

- **Los privilegios salariales.**

El art.42 ET prevé **tres** situaciones preferenciales:

- **General.** Es un crédito extraordinario llamado por la doctrina superprivilegio (recae sobre el patrimonio del empresario y se antepone a cualquier otro crédito). Este crédito prevalece aunque se encuentre garantizado por prenda o hipoteca, y es por los salarios de los últimos 30 días de trabajo y que no supere el doble del SMI.
- **Absoluta y Especial.** Los créditos por salario gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.
- **Singular.** Consiste en que los créditos salariales están singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días pendientes de pago. La misma consideración tienen las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

El Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

- **La naturaleza.**

El FOGASA es un organismo autónomo que depende del Ministerio de Trabajo, S.S. y A..S. cuya finalidad es garantizar el salario (emolumentos) de los trabajadores. La protección de la FOGASA alcanza a los trabajadores por cuenta ajena, no para los trabajos familiares ni a los socios de cooperativas de trabajo asociado y de explotación comunitaria de la tierra.

- **La protección del FOGASA.**

Hay dos **tipos** de **responsabilidades**:

- **La subsidiaria.** Es cuando la empresa es insolvente, en cuyo caso FOGASA responde de los salarios y de las indemnizaciones por extinción del trabajo a causa de despido, o por voluntad del trabajador basada en el incumplimiento del contrato por parte del empresario (art.50 ET) y por expediente de regulación de empleo (art.33 ET). Para los supuestos de despido y extinción de los arts. 50 y 51 ET es necesario un acto de conciliación, una resolución judicial o bien una resolución administrativa. El FOGASA responde del salario establecido en dichos actos siempre que no supere el resultado de multiplicar el duplo del SMI diario por el número pendientes de días de pago con un máximo de 120 días.
- **La directa.** El FOGASA en empresas de menos de 25 trabajadores tendrá que abonar el 40% de la indemnización legal que corresponde a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido

como consecuencia del expediente por extinción de contratos por causas objetivas. En este caso la empresa podrá pagar toda la indemnización y luego reclamar el reintegro a FOGASA, o bien puede abonar a sus trabajadores la indemnización, deducida la parte a cargo del FOGASA para que estos la soliciten directamente.

Asimismo, el ET dispone para las indemnizaciones por extinción de los contratos como consecuencia de fuerza mayor, que la autoridad laboral pueda exonerar o reducir tales indemnizaciones, que serán satisfechas por el FOGASA, sin perjuicio del derecho de esta de resarcirse del empresario.

TEMA 12: LOS PODERES DEL EMPRESARIO.

• PLANTEAMIENTO GENERAL. LOS PODERES DEL EMPRESARIO.

Solo se hace referencia al empresario cuando se habla de poderes, mientras que el trabajador le corresponde, también en exclusiva, el correlativo deber de obediencia o de cumplimiento (que no es absoluto).

Cuando se habla de poderes empresariales se hace referencia a un amplio conjunto de facultades. Unas son de naturaleza colectiva, o preferentemente referidas a la dimensión organizativa de la empresa (como el **poder de dictar órdenes e instrucciones, reglamentos y normas de trabajo**); otras tienen una dimensión individual y se expresan en el interior de cada relación laboral (los **poderes de contratación, especificación, movilidad, modificación y extinción del contrato singular de trabajo**); otras, por su parte, tienen la doble valencia, organizativa y contractual (como sucede con el **poder disciplinario**, a la vez instrumento organizativo y medio de corrección individual); y otras, en fin, son funcionales a todos esos otros poderes ya que existen para que los mismos puedan ejercitarse eficazmente (el **poder de control y vigilancia**).

• LA DIMENSIÓN CONTRACTUAL DEL PODER DE DIRECCIÓN.

El empresario es titular de un **poder de ordenación general del trabajo** en el seno de la empresa, lo que se pone de manifiesto mediante instrucciones, reglamentos y órdenes de trabajo, dirigidas indistintamente al conjunto de los trabajadores. Se trata de un facultad derivada de la titularidad de la empresa, amparada en los arts.33 y 38 CE, y mencionada en el art.20.2 ET cuando cita: *las órdenes e instrucciones adoptadas por el empresario en el ejercicio regular de sus facultades de dirección*.

Esta facultad, que **no es normativa** ya que esos instrumentos de ordenación carecen de valor, no es absoluta sino que se encuentra limitada por lo establecido en las normas laborales.

Concepto y fundamento.

Es la **facultad empresarial de ordenar el trabajo pactado. El fundamento del poder dirección no puede ser otro que el propio contrato de trabajo**. Es justamente mediante el acuerdo individual de voluntades como el trabajador acepta someterse a las órdenes del empresario y cómo atribuye a dicho empresario la facultad de disponer de su tiempo y de su esfuerzo laboral.

En definitiva, el contrato de trabajo es el título legítimamente del poder empresarial cuando se manifiesta como órdenes o instrucciones particulares dirigidas al trabajador concreto, en aplicación de los compromisos asumidos en el acuerdo.

La amplitud y el alcance del poder de dirección empresarial está en función del grado de determinación de dicha deuda laboral. Es decir, si lo pactado en el contrato es amplio y relativamente genérico, el margen de actuación del poder de exigencia empresarial, en el marco del contrato, será mayor; como mayores serán las posibilidades de introducir cambios internos. Se trata de alteraciones de la deuda contractual que siempre

permanecerán dentro del contrato y sin sobrepasar sus límites, constituyendo lo que el art.20.2 ET llama *ejercicio regular de sus facultades de dirección*.

El poder de especificación de la prestación laboral.

Las características particulares de la prestación laboral hacen que no sea susceptible de una determinación contractual absolutamente precisa. La deuda laboral se mantiene en el tiempo, tiende a permanecer, lo que significa que pueden afectarle circunstancias derivadas de esa misma permanencia, que exigen de la prestación laboral adaptaciones que le permitan seguir siendo funcional a los intereses de la empresa y satisfacer las expectativas de rendimiento y productividad que el empresario ha puesto en ella.

La cuestión es determinar si es posible articular el objeto del contrato de trabajo que, aceptando ciertos cambios y modificaciones controlados, le permitan subsistir y seguir siendo funcional a los intereses del empresario. En esta línea, el tipo de actuación normativa previsible no es otro que el atenuar las reglas de precisión y de determinación que se exigen en el contrato de trabajo (posible, cierto y determinado).

De manera que en el contrato debe figurar sin duda el objeto del mismo: la prestación laboral que el trabajador se compromete a realizar. En consecuencia el objeto del contrato, sobre todo el tipo de trabajo a realizar, cumple las exigencias legales siendo mínimamente preciso y permitiendo determinaciones posteriores al compás de las exigencias de la empresa. En este margen es donde actúa el poder de dirección que adquiere así la apariencia de un **poder de especificación del contenido de la prestación laboral**, de determinación concreta en cada caso de las tareas a que está obligado contractualmente el trabajador. Cuando el poder de dirección del empresario se mueve en ese margen, no está modificando sino dando cumplimiento a las previsiones contractuales; está reclamando del trabajador el trabajo pactado o convenido; y está siendo una manifestación del **ejercicio regular de las facultades de dirección**.

Aunque, en la práctica, ello atribuya al empresario un cierto poder de variación de la prestación laboral y de sus circunstancias en atención a las exigencias de la empresa, si bien dentro de unos límites que concedan al trabajador el mínimo de seguridad jurídica que todo contratante requiere para saber a qué tipo de requerimiento ha de enfrentarse y cuáles ha de cumplir.

El poder de dirección excepcional: manifestaciones.

Se trata de **cambios o alteraciones que exceden de la órbita contractual, que van más allá de lo pactado**, que no pueden acogerse al margen de indeterminación propia y tolerada de la prestación de trabajo y que, en consecuencia, significan una alteración de lo convenido, una exigencia que se sitúa fuera de lo acordado.

Con este diagnóstico, en principio, ni el empresario puede imponer los cambios, ni el trabajador está obligado a soportarlos; lo contrario sería incurrir en la prohibición del art.1256 del C.C., permitiendo a una de las partes, el empresario, alterar a su conveniencia los términos pactados, exigiendo de la otra parte prestaciones no previstas ni acordadas. De persistir las exigencias productivas, el empresario sólo podrá, o pactar un nuevo contrato con el trabajador modificando su objeto; o prescindir del mismo, mediante la extinción de un vínculo devenido económicamente improductivo. Y, en un caso, chocaría con la resistencia del trabajador; y, en otro, con el coste económico de la extinción.

• El poder de variación.

El ordenamiento laboral va a atribuir al empresario ciertas facultades excepcionales que se integran en el poder de dirección, pero que, en todo caso, debe ser obedecido por el trabajador. Se trata del *ius variandi*, o derecho empresarial de alterar el contenido de lo pactado.

El *ius variandi* **no sería posible si la norma laboral no lo permitiera**, al tratarse de una distorsión de las

reglas habituales de someter la deuda contractual a lo pactado. Y, dada su excepcionalidad, **sólo puede ejercitarse en circunstancias limitadas**. Así, por ejemplo, el art.39.2 ET habilita la movilidad de funciones o de tareas más allá del grupo profesional pactado, *si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificasen y por el tiempo imprescindible para su atención*.

Lo excepcional de la habilitación legal queda, no obstante, atenuado y, en alguna medida, controlado, por la exigencia de justificaciones concretas (razones técnicas, organizativas, económicas, necesidades perentorias, etc), por el cumplimiento de requisitos determinados (comunicación a los representantes de los trabajadores, tiempo imprescindible, etc) y por el respeto de ciertos derechos del trabajador (conservación de su nivel retributivo, pago de horas extraordinarias, etc).

Una manifestación del derecho de variación (ya tratado) es la posibilidad del empresario de ordenar al trabajador tareas correspondientes a una categoría equivalente a la pactada. Con el fin de dotar al sistema de categorías profesionales de un grado de flexibilidad más cercano al que ostenta el sistema de grupos profesionales, el legislador tolera al empresario variaciones de lo pactado, siempre que se trate del paso de una categoría pactada a otra equivalente.

Para terminar, decir que en un sistema de categorías profesionales, la orden empresarial de cambio será ordinaria o regular si se mantiene dentro de la categoría pactada, o si se extiende hacia categorías equivalentes; sólo entrará en el terreno del poder excepcional de variar, si la orden se extiende más allá de esta frontera hacia categorías ya no equivalentes.

• **Los poderes de modificación y de extinción.**

Las exigencias productivas, técnicas, organizativas o económicas de la empresa aun pueden demandar **cambios más intensos de la prestación laboral que no pueden satisfacer ni siquiera acudiendo a las posibilidades ofrecidas por el *ius variandi***.

Se trata de exigencias que ni siquiera las ampliaciones legales del poder de dirección pueden atender, o de pretensiones que superan cualquier límite contractual y no pueden, bajo ningún pretexto, considerarse trabajo pactado, acordado o convenido. Por eso la norma las califica como **modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo** y las somete a un régimen particular.

La naturaleza transformadora de esos cambios parece llevar inevitablemente a la necesidad de conseguir el acuerdo del trabajador afectado. Así, el art.39.5 ET señala que *el cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo (todo el abanico de: poder de dirección ordinario, extensión hacia categorías equivalentes, ius variandi en todas sus alternativas) requerirá acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo*. Pero esta previsión no debe engañar en relación con el verdadero alcance del poder empresarial, pudiéndose hablar incluso de un **poder empresarial de modificación sustancial**. Aunque limitado a algunas circunstancias y concentrado en cambios de dimensión individual. Pero, dándose estas circunstancias, el ET reconoce al empresario el derecho a una novación unilateral modificativa, con la sola garantía de la comunicación previa al trabajador con una antelación razonable (los 30 días de los arts. 40 y 41 del ET). Frente a esta decisión, el trabajador no puede negarse a aceptarla, pretendiendo conservar su empleo; sólo le cabe la alternativa de autoexcluirse de la empresa con derecho a una indemnización prácticamente igual a la que recibiría si fuera despedido por causas objetivas relacionadas con el funcionamiento, la marcha y las expectativas de la empresa.

Sólo si las modificaciones pretendidas por el empresario tienen una dimensión colectiva, el procedimiento de implantación es más complejo, haciendo que el poder empresarial deba ser, al menos en principio, compartido con los representantes de los trabajadores. El poder empresarial de modificación sustancial no es que no exista en los casos de modificaciones colectivas, es sólo que se suspende transitoriamente a la espera de intentar un

acuerdo con los representantes de los trabajadores mediante un trámite de consultas que la ley impone. Pero si este intento fracasa, la potencialidad del poder empresarial reaparece, facultando al empresario a modificar las condiciones, incluso colectivas, de trabajo en los términos previstos; sin dejar a los trabajadores otra alternativa, de nuevo, que la aceptación de la medida o la pérdida de empleo.

Sólo en algunos supuestos la potestad de modificación sustancial unilateral no existe, requiriendo necesariamente dicha modificación el acuerdo de los representantes de los trabajadores. Un acuerdo que está dotado de una verdadera función de veto de la decisión empresarial. **La modificación será así consensuada o no será, al margen de que ese consenso sea prestado por vía representativa y no individual, como corresponden a la dimensión colectiva de la modificación que el empresario se propone implantar.**

Tales supuestos de limitación del poder de modificación sustancial están directamente relacionados con el respeto a las normas en vigor; lo contrario significaría que el empresario no sólo podría implantar las modificaciones sustanciales deseadas, sino además hacerlo ignorando o desplazando lo establecido en el convenio colectivo que él mismo o sus representantes han suscrito.

De todas estas facultades empresariales de modificación no puede dejar de hacerse una referencia a **la facultad de extinción o de poner fin al contrato mediante el despido**. Esa capacidad está también íntimamente ligada a las exigencias productivas de la empresa, que la ley convierte en causa o factor suficiente para que el contrato finalice.

Los límites del poder de dirección.

El poder de dirección no es absoluto sin que está sometido a ciertos límites:

- **Límites que la norma establece para cada manifestación del poder (Límites funcionales o internos).** Así, si se trata del ejercicio regular u ordinario, los límites vienen impuestos por el tipo, la naturaleza y las circunstancias del trabajo contratado o convenido. Si, por el contrario, se trata del ius variandi, los límites vienen impuestos por las circunstancias excepcionales en las que la ley permite su ejercicio. Por último, en el caso del poder de modificación sustancial, el ET la tolera si se dan ciertas circunstancias y se cumplen determinados requisitos. De forma general puede decirse, que es el contrato de trabajo el que funciona como límite o cuando menos como referente para fijarlos.
- Además de los funcionales o internos existen otros **límites generales y eficaces en todos los supuestos de ejercicio de poderes empresariales, regulares, excepcionales o de modificación sustancial**. Se trata de los que se derivan del respeto por parte del empresario de los derechos fundamentales del trabajador. De tal manera que, no son legítimas, las órdenes empresariales que se extralimiten del espacio laboral para invadir la esfera privada del trabajador, ni las vejatorias o discriminatorias que atentan contra la dignidad personal y profesional del trabajador, o que constituyen un incumplimiento de la prohibición de discriminación.

De manera que, de una parte, las decisiones empresariales de ejecución de los poderes directivos no pueden significar una lesión de la dignidad, la formación y la promoción personal del trabajador. Por este motivo, el art.39.3 ET considera no tutelado por la ley, la movilidad funcional excepcional que perjudique la formación y la promoción profesional del trabajador y que menoscabe su dignidad. Así, el art.50 ET permite al trabajador tener la iniciativa de la resolución del contrato, con derecho a la indemnización más alta posible (la prevista en los despidos improcedentes), por considerarlas un supuesto de modificación prohibida debido a la lesión que suponen a esos valores personales y profesionales del trabajador.

• **EL DEBER DE OBEDIENCIA DEL TRABAJADOR: LAS EXCEPCIONES.**

La contrapartida del poder empresarial de dirección es el deber de obediencia del trabajador; o, dicho de forma más contractual, el deber de cumplimiento de las órdenes recibidas.

La cuestión es en qué casos este deber es exigible y, cuándo, en cambio, puede el trabajador negarse a cumplir las órdenes dadas por el empresario:

- Sólo deben ser respetadas las órdenes empresariales, de cualquier tipo, que sean legales, que se atengan a las exigencias de la norma, que cumplan los requisitos que en la misma se incluyen, que se dicten por quien está habilitado o legitimado para ello, que no exijan comportamientos delictivos o infractores y que respeten y no lesionen los derechos fundamentales del trabajador.
- Por el contrario, si las órdenes empresariales, de nuevo del tipo que sean, no son legales, carecen de legitimidad y no deben ser obedecidas, pudiendo el trabajador resistirse a su cumplimiento. Por eso esta conducta se califica de ejercicio del *ius resistentiae* o derecho de resistir.
- Pero cuando las órdenes son meramente discutibles, en estos supuestos no hay reconocimiento alguno del *ius resistentiae*, que la jurisprudencia reserva en casos extremos, como los enumerados en el primer tít. De manera que el trabajador habrá de obedecer la orden, pese a discrepar de ella y ponerla inmediatamente en práctica (así lo establece el art.40 ET). Es decir, las órdenes empresariales, del tipo que sean, han de ser, en principio, obedecidas por cuanto se benefician de una presunción de legitimidad, siempre que estén acogidas a las previsiones legales y, al menos aparentemente, respeten sus exigencias. Sólo cuando esa apariencia de legalidad y corrección resulta dañada es cuando el trabajador, de forma excepcional, podrá negar su concurso laboral y desobedecer la orden empresarial.
- La posición jurisprudencial es algo más matizada. Entendiendo que la negativa a obedecer del trabajador es en sí misma constitutiva de infracción laboral cuando se apoya en argumentos muy débiles, carece de una mínima justificación, es fruto de un enfoque absolutamente subjetivo, es sencillamente irracional o caprichosa, o constituye un abuso de la facultad de resistirse al cumplimiento porque persigue otros fines, como por ejemplo el causar un perjuicio a la empresa. Sólo en supuestos intermedios, de órdenes que, sin ser claramente ilegales o irregulares, ofrecen argumentos suficientes para dudar de su adecuación a la norma, es cuando la jurisprudencia admite, de forma limitada, que la actitud de resistencia del trabajador es en sí misma legítima, dejando el dictamen final de su carácter indebido o no al resultado de la intervención judicial.

• **EL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL: FUNDAMENTO Y LÍMITES.**

El reconocimiento legal de este poder instrumental del empresario se encuentra en el art.20.3 ET cuando establece que *el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. Se trata de una aceptación clara y directa, tanto del poder en sí mismo como de la función que cumple. Pero que deja al empresario libertad para establecer el medio de control que considere más conveniente.*

Otros artículos del ET también reconocen facultades de control del empresario, no relacionadas propiamente con la forma y prestación del trabajo, dirigidas a **verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo** (art.20.4).

Por su parte, el art.18 ET acepta que el empresario pueda realizar **registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares**, como una medida de protección de los bienes de la empresa y de los demás trabajadores. Al tratarse de un terreno delicado la invasión de la intimidad personal el ET incorpora algunas garantías de lugar (el registro debe hacerse en el centro de trabajo), de contexto y de testigos (se hará siempre con la presencia de un representante de los trabajadores o, al menos de otro trabajador de la empresa). Y sobre todo, *se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador.*

Volviendo al las facultades de vigilancia de la actividad laboral, el art.20.3 ET **deja a la elección del empresario el tipo de medidas de control a aplicar, teniendo como límite en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana.**

En cuanto aspectos relacionados con **la empresa y el trabajo a prestar en ella, todos ellos son susceptibles de control. No obstante, la dignidad humana, que debe quedar salvada en cualquiera de estas operaciones de control, resulta más amenazada por el sistema de control que por su finalidad**; así puede suceder con la grabación de las conversaciones telefónicas realizadas por el trabajador desde la empresa.

• **EL PODER DISCIPLINARIO.**

Concepto.

Puede definirse como **la facultad del empleador de sancionar los comportamientos del trabajador que, constituyendo una infracción de las normas de trabajo, sean a la vez definibles como incumplimientos contractuales** (así lo establece el art.58.1 ET).

Las faltas y sanciones laborales.

A ellas se refiere el art.58 ET, el cual no define las faltas ni establece un listado de las mismas, se limita a señalar, tras caracterizarlas como incumplimientos laborales, que su enumeración y descripción se encomienda a las disposiciones legales y, sobre todo, a los convenios colectivos. Lo mismo sucede con las sanciones que pueden imponerse por parte de la empresa, con la única exclusión prohibitiva de que *no se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso o multa de haber (reducción del salario devengado)*. El único supuesto de infracción, y de sanción correspondiente, tipificada en el ET es la máxima posible consistente en el despido; así debe interpretarse también el art.54 ET, referido al despido disciplinario.

En cuanto a los principios que inspiran el régimen disciplinario de la empresa, rigen sin duda **los de legalidad y de tipicidad**, tanto en relación con las faltas como respecto de las sanciones.

Los instrumentos normativos a los que el ET se remite son, fundamentalmente, los convenios colectivos, los cuáles incluyen normalmente un amplio listado de conductas infractoras del trabajador, clasificadas en los grados de leves, graves y muy graves, y descritas con relativa minuciosidad y detalle. Junto a este listado los convenios suelen incluir asimismo criterios conforme a los cuales las conductas infractoras pueden graduarse.

Establecidas las faltas, los convenios incluyen también, la enumeración de las sanciones, relacionándolas, según su importancia, con la gravedad de la infracción.

Por supuesto que el comportamiento sancionable debe afectar a la deuda laboral o, cuando menos, tener algún tipo de relación con el trabajo. De la misma forma que sólo es sancionable la conducta dolosa o al menos negligente del trabajador. Por último, no puede sancionarse doblemente el mismo comportamiento (*non bis in idem*) y tampoco cabe la imposición de sanciones de forma arbitraria, discriminatoria o desigual.

El procedimiento sancionador.

La sanción laboral la impone el empresario, es él quien tiene la iniciativa sancionadora y quien, finalmente, decide si ejercitarla o no.

En cuanto a la forma de hacerlo, el art.58 no prevé ninguna concreta, si bien de diversos preceptos del ET se deriva la necesidad, en algún caso, de acogerse a un determinado procedimiento (expediente contradictorio); o, cuando menos, de utilizar alguna formalidad concreta (comunicaciones por escrito). En esta materia los convenios colectivos pueden añadir, como frecuentemente hacen, cuantas garantías procedimentales estimen pertinentes ya que el ET ningún obstáculo presenta en este sentido.

El expediente contradictorio está previsto en relación con los representantes de los trabajadores, en los casos

de sanciones por faltas graves o muy graves; un expediente en el que habrá de ser oídos, además del trabajador afectado, el comité de empresa o los demás delegados de personal (art.68.a.ET). Por otra parte, una garantía de menor entidad, como es el ser oídos por el empresario, antes de imponer la sanción, los delegados sindicales en los casos de despidos y sanciones de los afiliados al sindicato al que representan (art.10.3.3º LOLS). Otra garantía, es la de informar de las sanciones impuestas por faltas muy graves; lo que el empresario debe comunicar a los delegados de personal, al comité de empresa y a los delegados sindicales (arts.64.1.7ºET y 10.3 LOLS). Finalmente, el art.58 ET exige, con carácter general, que la sanción de las faltas graves y muy graves se haga mediante *comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan*.

Prescripción de las faltas e impugnación de las sanciones.

Otras garantías de que el trabajador dispone en relación con el hecho sancionador son las reglas, por demás lógicas, de prescripción de las faltas y de apertura de la vía judicial para impugnar las sanciones; la seguridad jurídica, de un lado, y el derecho a la tutela judicial, de otro, son el fundamento de estas garantías.

El art.60.2 ET establece las **reglas de prescripción**, en una escala que prevé plazos más breves para las faltas leves (10 días), algo más amplios para las graves (20 días), y de 60 días para las muy graves; periodos que comienzan a computarse desde el momento en que la empresa tuvo conocimiento de tales hechos, pero, que en ningún caso pueden exceder del periodo máximo de 6 meses desde que se cometieron las faltas. Prescritas las faltas, la sanción no es ya posible, sin que le sea permitido al convenio alterar los plazos marcados.

Transcurridos los 6 meses máximos, las faltas prescriben aunque no hayan sido conocidas por la empresa. **Impuesta la sanción, que es ejecutiva y tiene eficacia inmediata, el trabajador puede impugnarla no obstante acudiendo a la vía judicial** (art.58.2 ET). Lo que se hará a través de una modalidad procesal especial denominada, proceso de impugnación de sanciones y que se encuentra regulada en los arts.114 y 115 LPL.

Según estas normas, el juez laboral podrá: confirmar la sanción; revocarla o anularla totalmente; revocarla en parte; o, finalmente, declararla nula. Las sentencias en materia de sanciones no son susceptibles de recurso alguno, salvo en el caso de sanciones por faltas muy graves, si es que el juez ha estimado su existencia y ha confirmado la sanción. Estas reglas no rigen para el supuesto de imposición de la sanción más grave, el despido que tiene sus propias peculiaridades que se regulan en los arts. 103 a 113 LPL.

TEMA 13: LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES.

• PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y CONTRATO DE TRABAJO.

El enfoque general.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) comprende **todas aquellas actuaciones dirigidas a evitar la amplia gama de amenazas que para la vida y la integridad personal pueden generarse en cualquier actividad productiva.**

- Cuando se habla de prevención de riesgos laborales se hace referencia al **conjunto de actuaciones** realizadas por muy distintos sujetos, cada uno de los cuales dotado de poderes, facultades, obligaciones, derechos y responsabilidades diferentes.

El art.4 LPRL define la prevención de riesgos como *el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo.*

- Esas actividades de prevención están funcionalizadas a evitar **los riesgos del trabajo cualquiera que sea su origen, naturaleza y forma de manifestarse**, siempre que signifiquen una amenaza para la salud o la seguridad y ocurran o estén relacionados con la realización de cualquier actividad productiva. Es decir, se trata de lograr un entorno laboral seguro, en cuanto espacio colectivo protegido, y en el que la actividad productiva se desarrolle sin comportar, en la medida de lo posible, riesgos para la salud o la integridad física de quienes participan en ella. Por ello el art.4LPRL llama riesgo laboral a *la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo, considerando tal las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo*. Un daño que pudiera estar provocado por las condiciones de trabajo, entendiendo como tales *cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador*. Quedando comprendidos las características de los locales, instalaciones, equipos o productos, los agentes, sustancias o materiales químicos, físicos o biológicos y sus procedimientos de utilización, o, como añade el art.4.7.d, *todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador* (jornada, distribución del tiempo de trabajo, ritmos de actividad).
- Se han de considerar como **sujetos protegidos destinatarios** de las medidas de tutela en que consiste la prevención de riesgos desde luego a los trabajadores asalariados que realizan su actividad en ese medio. Pero también a los funcionarios públicos y al personal estatutario, en su respectivo entorno de trabajo, que se asimilan por la LPRL a los trabajadores por cuenta ajena. Y los trabajadores autónomos, o quienes se relacionen por algún motivo con el medio productivo como es el caso de los clientes, visitantes, trabajadores de otras empresas en el marco de una contrata o de una cesión temporal por parte de una empresa de trabajo temporal (art.3 LPRL).

La aplicación al trabajador asalariado.

El sujeto central de las medidas que prevé LPRL no es otro que el trabajador por cuenta ajena o asalariado; o, lo que es lo mismo, la persona que presta su trabajo a otro, a cambio de un salario, en régimen de subordinación o dependencia e inserto en una organización productiva igualmente controlada por otro que no es sino el empresario.

Es la desigual posición de los dos sujetos de la relación laboral la que fuerza a los poderes públicos a crear los medios (tutela de la *seguridad e higiene en el trabajo*) que garanticen que, en el contexto de esa relación asimétrica de prestación de servicios, valores tan relevantes como la vida y la integridad física del trabajador, garantizados al máximo nivel por el art.15 CE, quedan adecuada y eficazmente protegidos. Convirtiéndose el empresario en el obligado y responsable principal, como corresponde a quien tiene el poder de organización y de dirección de la actividad productiva y detenta la facultad de imponer colectiva e individualmente las condiciones de prestación de trabajo.

• LOS PRINCIPIOS GENERALES CONTENIDOS EN LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS.

Pueden destacarse los siguientes:

- **El empresario es el obligado principal, el deudor contractual de seguridad;** o, como dice el art.14.2 LPRL, *el garante de la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo*.
- **La deuda empresarial de seguridad es, de un lado, una deuda específica o particular,** materializada en muchos aspectos de la organización del trabajo y regulada por multitud de normas técnicas, normalmente de tipo reglamentario. **Pero también es una deuda general** en cuanto tiende a procurar, a cada trabajador el nivel máximo de seguridad posible. Las obligaciones específicas o instrumentales se encuentran en los arts. 16 a 29, y la obligación general en los arts.14 y 15.
- **El empresario también está obligado a tecnificar y profesionalizar la organización de la**

prevención en su empresa. Se trata de una obligación organizativa que se concreta en los llamados servicios de prevención (arts.30 a 32 LPRL y por el Reglamento de los Servicios de Prevención, RD39/1997, de 17 de enero) y que hace referencia a la cualificación de tales órganos de asesoramiento, a su dimensión, a la cantidad y a la calidad de medios personales y materiales de que pueden, y deben, disponer para desempeñar sus tareas.

- **La materia de prevención de riesgos debe estar abierta a la participación de los trabajadores** mediante órganos específicos que la LPRL ha denominado delegados de prevención y comités de seguridad y salud laboral (arts. 33 a 40) con competencias también particularmente diseñadas.
- El amplio bagaje de obligaciones, fundamentalmente empresariales, puede generar, algún tipo de **responsabilidad en caso de incumplimiento**; también la LPRL se ocupa de ello (arts. 42 a 44) presidida por la doble idea de la variedad o multiplicidad de tales responsabilidades (penal, civil, administrativa, de seguridad social) y la compatibilidad de principio entre ellas.

• **EL EMPRESARIO COMO DEUDOR CONTRACTUAL DE SEGURIDAD.**

El art.14 LPRL reitera lo dicho en el art.19 ET en el sentido de que el trabajador tiene derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Pero, a partir de esta reiteración, se aplica en convertir ese derecho en un deber empresarial y; sobre todo, en establecer los criterios que permitan fijarlo en cada caso.

La deuda de seguridad es, además de un deber frente a los poderes públicos respecto del cumplimiento de las normas que éstos establecen en el ámbito de seguridad en el trabajo, **una obligación contractual** que sirve para proteger valores e intereses (la vida y la integridad) cuyo reconocimiento y consagración son ajenos al contrato de trabajo; pero que en el contrato y en su desarrollo y aplicación encuentran un medio en el que se ven particularmente amenazados.

Los principios de la acción preventiva.

Los principios de la acción preventiva, regulados en los arts.14 y 15 LPRL, todos ellos definidores de la obligación empresarial consisten en:

- **Amplitud del campo de actuación del deber** ya que el empresario debe garantizar la salud de los trabajadores *en todos los aspectos relacionados con el trabajo* (art.14.2); es decir, en relación con todas las condiciones o circunstancias en las que éstos desempeñan su tarea productiva y que sean susceptibles de generar riesgos.
- **Predominio de la visión preventiva** que, no significa sólo reparar el daño producido sino evitarlo; más aún, se trata de eludir el riesgo mismo que no es otra cosa que la probabilidad de sufrir el daño (art.15).
- **Permanencia y actualización constante de la acción preventiva** ya que, en un terreno tan técnico, complejo y cambiante como es el de la seguridad laboral, es preciso, someterla a una revisión constante acompañándola a los cambios tanto en el terreno productivo como de las técnicas de seguridad (art.14.2).
- **Tener en consideración las características personales del trabajador** tanto en el diseño de la producción como en la asignación de tareas, adaptando el trabajo a la persona (arts. 15.2, 15.4, y 15.1.d).
- **Tecnificar y organizar profesionalmente la prevención de riesgos en la empresa** ya sea porque la LPRL le exige al empresario *tener en cuenta la evolución de la técnica* (art.15.1.e), como *planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo* (art.15.1.g), o *garantizar que sólo los trabajadores que hayan recibido información suficiente y adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico* (art.15.3).
- **Cumplir todas las obligaciones establecidas en las normas de prevención de riesgos** (art.15.3).

- El art.14.2 LPRL exige al empresario **el cumplimiento de ciertas obligaciones instrumentales** (reguladas en los arts. 16 a 24, y 30 a 33) tales como *la evaluación de los riesgos, la información, consulta y participación y formación de los trabajadores, la actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, la vigilancia de la salud, y (...) la constitución de una organización y de los medios necesarios.*

El alcance de la obligación de seguridad.

El art.14.2 LPRL incorpora una especie de cláusula de cierre al alcance de la obligación empresarial de seguridad, según la cual *el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.* Así, la de seguridad no es una obligación de resultado que sólo se cumpla cuando la protección es eficaz. Sin llegar a ese extremo, **la LPRL exige del empresario una diligencia extraordinaria y particularmente cuidadosa; de manera que sólo circunstancias de fuerza mayor o de caso fortuito lo exoneran de responsabilidad.**

Cierto es, que nadie puede ser obligado a lo imposible; pero en salud laboral la LPRL quiere que **lo imposible jurídicamente sea sólo aquello que no es técnicamente viable.**

• **LA ORGANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD EN LA EMPRESA.**

Para cumplir todas las obligaciones en que consiste la deuda de seguridad empresarial, la LPRL obliga al empresario a adoptar unas concretas medidas organizativas que consisten en la obligación de encomendar la tarea de la seguridad, por cuenta de la empresa, a determinados órganos especializados y competentes para estas funciones. Se trata de los **servicios de prevención**(arts.30 a 32) y que **se definen** como *el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario.* Estos servicios de prevención pueden adoptar diversas formas.

Las formas organizativas de los servicios de prevención.

La central y más típica es la de los llamados **servicios de prevención propios** en el sentido de que son órganos internos de la empresa, creados en ella y por ella, e integrados por trabajadores propios especializados en materia de prevención de riesgos para desarrollar, en nombre de la empresa, cuantas tareas sean necesarias para garantizar el más adecuado cumplimiento de la deuda de seguridad por parte del empresario (listado de funciones regulado en el art.31.3 LPRL.). Pero no toda empresa está obligada a tener su servicio de prevención propio.

Por este motivo, **la LPRL exige estar dotada de servicios de prevención propios sólo a ciertas empresas.** En concreto:

- Las empresas grandes, de más de 500 trabajadores
- Las que tengan entre 250 y 500 trabajadores, si desarrollan alguna actividad considerada por el Anexo I de RD 39/1997 particularmente peligrosa
- Que se trate de empresas, bien menores de 250 trabajadores o bien con más de esta cifra pero menos de 500 aunque de actividades no contenidas en el Anexo I, si la autoridad laboral así lo decide, previo informe de la Inspección de Trabajo, debido a la peligrosidad de la actividad, la frecuencia de accidentes y su gravedad en la empresa.

Una modalidad de servicio de prevención propio es el **servicio de prevención mancomunado.** Se trata de un servicio de prevención propio pero perteneciente a varias empresas que lo constituyen por razones de semejanza de riesgos, cercanía o concentración geográfica o adscripción a un mismo grupo empresarial o

sector de actividad.

Si una empresa no está obligada a constituir un servicio de prevención propio, ello no significa que quede liberada de esta obligación organizativa y técnica. La LPRL establece que, fuera de los casos anteriores, las empresas podrán acudir a los **servicios de prevención externos o ajenos**. Se trata de servicios de prevención que no pertenecen a empresa alguna ya que se constituyen como entidades empresariales especializadas que se ofrecen, mediante precio, a realizar esta tarea de planificación, organización y asesoramiento en materia de salud laboral. No cualquiera puede realizar estas tareas. La LPRL exige que acrediten ante la Administración Laboral que reúnen los requisitos de competencia, formación y número suficiente de personal así como que están dotados de los medios materiales adecuados para poder cumplir correctamente su función.

Además, la LPRL permite otras dos formas de organizar la prevención. Una de ellas es la **designación de uno o varios trabajadores** para ocuparse de esta actividad (art.30). Se trata de trabajadores contratados específicamente para estas tareas. El empresario sólo podrá acudir a esta fórmula organizativa si no está obligado a constituir un servicio de prevención propio; y, aun no estando obligado, si esa contratación, algo menos articulada que un servicio de prevención, es suficiente para prevenir eficazmente los riesgos en esa empresa concreta. Si no es así, el empresario deberá, o bien crear un servicio de prevención propio aunque no esté obligado, o bien acudir a un servicio de prevención ajeno, que será lo habitual.

La otra posibilidad organizativa es la que **el empresario sea quien asuma personalmente las funciones preventivas** (art.30.5 LPRL). La escasa confianza de esta fórmula hace que se reserve sólo a empresas de menos de 6 trabajadores (microempresas), siempre que el empresario *desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades*.

La dotación personal y de medios de los servicios de prevención.

Sea cual sea la fórmula organizativa elegida es en todo caso exigible **el estar dotado de la capacidad necesaria para el desempeño de las funciones preventivas**. Esa capacidad se manifiesta en diversos elementos:

- En la capacidad personal que remite a la formación, los conocimientos, las habilidades profesionales, la especialización y la experiencia de las personas que van a asumir dichas funciones (arts 30.2, 30.5 y 31.4 LPRL).
- En la idoneidad y suficiencia de los medios personales y de los medios materiales (art.30.2 LPRL).

Estas exigencias se han visto desarrolladas minuciosamente en el RD 39/1997.

Las exigencias en materia de formación y de medios.

Estas exigencias son distintas según se refieran, de una parte, a las fórmulas de empresario o trabajadores designados y, de otra, a los servicios de prevención propios y ajenos. En los dos últimos casos fija lo que se llama *instalaciones y medios humanos y materiales mínimos*.

Para **los servicios de prevención propios**, se exige contar con dos de las cuatro especialidades preventivas fijadas en el art.34 RD (Medicina del Trabajo, Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial y Ergonomía y Psicología Aplicada) que, además, han de proporcionarse por expertos con la formación más elevada prevista. Los servicios de prevención internos habrán de incorporar igualmente personal formado en los niveles medio e inferior, que también el RD regula con detalle, y con personal especializado en el aspecto sanitario, caso de que el servicio de prevención interno cuente con él. Por lo que hace a **los servicios de prevención ajenos o externos**, las exigencias mínimas se refieren a una persona experta al máximo nivel en cada una de las especialidades, más la colaboración de expertos de nivel básico e intermedio, además de las

instalaciones e instrumentación necesarias para la realización de todo tipo de actividades preventivas y pruebas, reconocimientos, mediciones y análisis, así como para las actividades formativas y de divulgación. Instalaciones y medios que podrán ser mejorados y ampliados en cada empresa mediante la negociación colectiva.

Las exigencias en relación con los trabajadores designados o con el empresario son mucho más atenuadas, ya que se trata de formas marginales y poco fiables de garantía de la seguridad.

El control de la suficiencia.

Al legislador no le basta con detallar las exigencias de dotación de las fórmulas preventivas sino que ha introducido **la necesidad de un control externo e independiente de la suficiencia de tales fórmulas**. Se refiere a ello el art.31.5 LPRL, en relación con los servicios externos, al exigir que estén *acreditados por la Autoridad Laboral*; añadiendo otro mecanismo de control, ahora para los servicios de prevención internos, cual es el de las *auditorias o evaluaciones externas*.

La acreditación persigue depurar y determinar cuáles son las entidades especializadas que pueden ofrecerse en el mercado como servicios de prevención externos; y lo consigue mediante un procedimiento autorizador en manos de la autoridad laboral, estatal o autonómica, en colaboración con otras autoridades públicas con competencias en la materia. Procedimiento mediante el cual se comprueba que esas entidades están dotadas de los medios y la competencia técnica suficiente para desarrollar su tarea como servicios de prevención externos. Tras la acreditación–autorización definitiva se exige que las entidades acreditadas mantengan las condiciones que les permitieron obtener la acreditación y habilita a las autoridades laboral y sanitaria para que verifiquen *el cumplimiento de las condiciones exigibles para el desarrollo de las actividades del servicio*, poniendo de manifiesto las deficiencias que se detecten; lo que llevará a la posibilidad de *extinguir la acreditación otorgada*.

Las auditorias o evaluaciones externas tienen como finalidad el controlar que los sistemas internos de organización de la prevención responden a los parámetros de suficiencia, capacitación, operatividad y eficacia necesarios para garantizar, en concreto, la salud laboral en la empresa o empresas (si son servicios mancomunados) correspondientes. La auditoria es periódica, cada 5 años, para garantizar la idoneidad del sistema preventivo; y se exige una inicial que cumple el papel de filtro primero, semejante al de la acreditación para las entidades externas, que permite aceptar o no como adecuado el servicio de prevención organizado por la empresa.

La realización de las auditorias la harán las entidades que, previamente, hayan obtenido la autorización de la autoridad laboral para ello en términos semejantes a como se obtiene la acreditación antes mencionada para constituirse en servicio de prevención externo. Con lo que, finalmente, es la autoridad pública la que realiza la labor de control.

Los rasgos, pues, que marcan los sistemas de control se pueden sintetizar en:

- Depuración o filtro previo.
- Control de idoneidad y de suficiencia en función del fin perseguido de propiciar estructuras de prevención operativas y adaptadas a las características de las empresas.
- Independencia que se manifiesta desde la entidad externa o servicio de prevención ajeno respecto de la empresa concreta y de la entidad auditora en relación con el servicio de prevención interno.
- Control público tanto de la habilitación para actuar como servicio externo, cuanto de quienes actúan como auditorias, e indirectamente del propio servicio interno al que auditan.

Todos estos mecanismos afectan a aquellas empresas que, o bien han optado por un servicio de prevención externo, o bien han constituido uno interno o propio; pero no a las empresas en las que el sistema elegido ha

sido el de designar trabajadores, o donde quien ha asumido las labores preventivas ha sido el propio empresario. En estos dos casos, su condición de fórmulas marginales se acentúa ya que el art.29 RD las excluye del control a realizar mediante auditorias, o mejor aún, *considera que han cumplido la obligación de auditoria* sólo con el simple hecho de remitan a la autoridad laboral una notificación de que concurren las circunstancias que la hacen innecesaria; juicio que hacen los propios posibles obligados a la misma con base en una autoevaluación que el Reglamento remite.

• **LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS.**

LPRL considera la participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos como uno de los derechos instrumentales más relevante en este ámbito. Aunque dicha participación se canaliza habitualmente a través de sus representantes. Esa representación puede ser cualquiera ya que tanto los representantes unitarios como los sindicales tienen por ley atribuidas competencias de participación generales que incluyen las que se refieren a la salud laboral; pero lo normal es que se creen órganos de representación y participación específicos para las cuestiones de salud laboral (*representación especializada*) y que no son otros que **los delegados de prevención y los comités de salud laboral**.

Los delegados de prevención: elección, facultades, prerrogativas y garantías.

Los **define** el art.35.1 LPRL como *los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo*.

Su **elección** la realizan los representantes de personal, de entre ellos, lo que se van a ocupar de las tareas de seguridad laboral. De tal manera que cuando haya un sólo delegado de personal (empresas entre 6 y 30 trabajadores) éste será automáticamente el delegado de prevención; en empresas entre 30 y 50 trabajadores (donde hay 3 delegados de personal) éstos elegirán, de entre ellos, a quien, además, habrá de ocuparse de las cuestiones de salud laboral; en empresas donde haya comité de empresa, son los miembros del comité quienes deciden cuáles de ellos (conforme a la escala de 2 a 8 delegados de prevención) se dedicarán a la representación específica en el ámbito de la seguridad laboral.

Las competencias de los delegados de prevención son amplias y variadas. Según el art.36 LPRL hay que diferenciar entre competencias (en cuanto relación de lo que pueden hacer y a lo que tienen derecho) y facultades (en cuanto mención de los instrumentos, medios o facilidades para llevar a cabo sus tareas).

Entre las **competencias** hay que destacar las de **consulta** y las de **vigilancia y control**. Las primeras permiten a los representantes el intervenir en las decisiones empresariales, en la medida en que deben ser oídos por el empresario antes de que éste adopte medidas productivas u organizativas que tengan que ver con la salud laboral (art.33.1.f LRPL). Esta participación, que se materializa en informes, dictámenes u opiniones de la representación de seguridad, debe ser facilitada por el empresario y ha de elaborarse por los representantes en plazos breves que no entorpezcan el normal desarrollo de la actividad productiva. Las competencias de vigilancia y control, consisten en la supervisión de todas las decisiones empresariales que puedan repercutir en la calidad del medio ambiente de trabajo y en la seguridad de los trabajadores, con la finalidad de lograr que el empresario cumpla correctamente con todas las obligaciones derivadas de las normas preventivas de riesgos laborales.

Por lo que se refiere a las **facultades** o derechos instrumentales, el art.36.2 LPRL incluye una amplia lista en la que figuran la obligación empresarial de suministrar a los representantes todo tipo de información, tanto general sobre las condiciones de salud del conjunto de trabajadores como particular de las evaluaciones de riesgos realizadas o de las medidas de seguridad adoptadas; igualmente el empresario ha de proporcionar a los representantes las informaciones y datos de la empresa que le vienen desde los servicios de prevención que se ocupan de ella, así como la información sobre los daños ya producidos en la salud de los trabajadores que se

contienen, por ejemplo, en los informes de accidentes concretos que hayan tenido lugar.

Otra facultad es la de realizar un control personal y físico de los lugares de trabajo, tanto a propia iniciativa como acompañado a los técnicos de seguridad cuando realizan evaluaciones de riesgos o a los inspectores de trabajo cuando, giran visitas a los centros de trabajo para verificar el cumplimiento de las normas de seguridad. Por último, los representantes de los trabajadores pueden proponer y exigir del empresario la adopción de cuantas medidas de seguridad estimen convenientes así como, en situaciones de riesgo excepcionales, proponer a los representantes unitarios o sindicales que éstos decidan imponer al empresario la paralización de las actividades de la empresa con el fin de evitar los daños que sin duda se producirían de seguir la actividad productiva.

Para el desempeño de sus tareas, los delegados de prevención cuentan con las mismas **garantías y prerrogativas** que ya tienen en su calidad de representantes unitarios. Es decir:

- Libertad de expresión y de comunicación con los trabajadores
- Garantías personales frente a decisiones represivas del empresario tales como expediente disciplinario en el caso de sanciones graves y muy graves, estabilidad en el empleo y en el puesto de trabajo máxima posible frente a traslados o despidos colectivos.
- Crédito de horas retribuidas y consideradas como de trabajo para el desempeño de las tareas representativas.

El comité de seguridad y salud laboral.

Es el otro órgano de participación previsto por la LPRL en los arts 38 y 39. A diferencia de los delegados de prevención es un órgano paritario, es decir, constituido a partes iguales por representantes de los trabajadores y de la empresa. No todas las empresas están obligadas a constituir un comité de seguridad y salud sino sólo las que superen un determinado número de trabajadores. Así, el art.38 establece que *se constituirá un comité de seguridad y salud en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores.*

A las reuniones del comité pueden asistir, con voz y sin voto aun sin ser miembros del mismo, delegados sindicales, responsables técnicos de la prevención, trabajadores con especial cualificación, etc. Las **competencias** (art.39) se centran en la elaboración de planes de seguridad y en la promoción de iniciativas de seguridad concretas; para lo que el comité tiene unas facultades que se refieren, fundamentalmente, al conocimiento e información sobre la situación preventiva de la empresa, de los documentos e informes elaborados por los servicios técnicos sobre esta misma cuestión, así como de los daños producidos en la salud de los trabajadores con el fin de identificar las causas y proponer soluciones.

• LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD.

Están previstas en el Cap. VII de la LPRL. La responsabilidad por riesgos del trabajo está marcada por dos rasgos: la **variedad y multiplicidad** de posibles responsabilidades, pudiendo concurrir la administrativa, la penal, la civil y la de seguridad social, y la **general compatibilidad** de todas estas responsabilidades.

Tipos de responsabilidad empresarial (reguladas en el art.42 LPRL).

• Responsabilidad penal.

Está prevista en el Código Penal de 1995 y puede surgir como consecuencia de dos tipos de comportamientos diferentes:

- El de quien no respetando las normas de prevención de riesgos que les obligan a ello, no proporcione

a los trabajadores, estando legalmente obligados, *los medios necesarios para que desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas*. Para incurrir en esta responsabilidad es preciso que ese incumplimiento genere una situación de peligro grave para la vida, la integridad o la salud de los trabajadores; por esta razón se le califica como **delito de riesgo** y no de resultado ya que no es necesario que se produzca un daño real. Hace falta, además, que se haya producido una infracción de una norma que exija el comportamiento no realizado y que, en fin, esa infracción sea consciente y voluntariamente querida, esto es, que exista dolo en el comportamiento del incumplidor.

- Puede sobrevenir a esas mismas personas si se ha producido un daño en la integridad, la salud o la vida del trabajador durante el desempeño de su trabajo y este daño es consecuencia de un comportamiento imprudente o negligente de alguno de los posibles inculpados. Se trata, pues, de un **delito de resultado** ya que, a diferencia del anterior, exige la producción del daño aunque no una voluntad deliberada de provocarlo.

• **Responsabilidad civil.**

El trabajador puede acudir a los tribunales civiles solicitando que se declare la responsabilidad civil del empresario por incumplimiento de las medidas de seguridad laboral.

Para que prospere la exigencia de responsabilidad civil:

- Es preciso que se hayan producido **daños efectivos** en la salud o en la integridad del trabajador conectados con la realización de sus tareas laborales
- Es necesario que exista **una relación de causalidad** entre el trabajo, el incumplimiento de las medidas de seguridad y el daño producido
- Debe existir un **comportamiento cuando menos negligente o culposo** por parte del empresario o de la persona que actúa en su nombre
- **El daño indemnizable es el efectivamente producido**, comprendiendo tanto el material como el psíquico, inmaterial o moral.

En estos casos la acción de responsabilidad es civil, normalmente de tipo contractual y debería exigirse ante el juez de lo social; aunque tampoco es infrecuente que la acción, que sigue siendo civil, se considere extracontractual y se ejercite ante el juez ordinario o civil. La responsabilidad, se materializa en una indemnización económica que tiene como finalidad la de reparar la totalidad del daño producido; y como tal responsabilidad civil o privada es susceptible de aseguramiento (art.15.5 LPRL).

• **Responsabilidad administrativa.**

Consiste en una responsabilidad fuertemente objetivada de la empresa ya que se origina por el **mero incumplimiento de cualquiera de las numerosísimas normas que regulan la materia de la salud laboral**. Sólo en casos extremos de fuerza mayor o de caso fortuito el empresario podrá exonerarse de esta responsabilidad que, no es susceptible de aseguramiento.

La declaración de responsabilidad se materializa en una sanción que adopta la forma de una **pena de naturaleza económica o multa** que puede oscilar entre las 50.000 pesetas y los 100 millones. Dicha declaración tiene lugar tras un expediente administrativo que se inicia con un acta de infracción realizada por el inspector de trabajo, sigue con la instrucción propiamente dicha del expediente donde el imputado ha de tener la oportunidad de realizar alegaciones y finaliza, si es el caso, con la imposición de la sanción pertinente por parte de la autoridad laboral. La regulación del tipo de infracciones se encuentra en los arts. 11 a 13 LISOS que diferencia entre infracciones leves, graves y muy graves.

Según el tipo de infracción corresponde una sanción económica que valorará, además, para agravarla ciertas circunstancias que pueden acompañar al incumplimiento del empresario tales como el número de trabajadores

afectados, la reincidencia, etc. Junto a la multa el LPRL prevé otras **medidas de tipo cautelar**, que pueden acompañar a la sanción económica tales como la suspensión o la paralización de las actividades productivas, o el cierre del centro de trabajo mientras no se adopten las medidas de seguridad exigidas. Finalmente, también se prevé que un empresario infractor de las medidas de seguridad quede excluido por un cierto tiempo de la posibilidad de contratar con la Administración Pública (art.54 LPRL).

- **Responsabilidad en materia de seguridad social.**

Pueden existir dos subtipos de responsabilidades:

- La más habitual es la que consiste en un **recargo permanente de las prestaciones de S.S.** a que el trabajador accidentado o enfermo pudiera tener derecho. El recargo consiste en que el empresario deberá abonar al trabajador o a sus herederos una cantidad consistente en un porcentaje de incremento de esas prestaciones (del 30 al 50%), a su exclusivo cargo y sin que pueda desplazar dicha responsabilidad mediante el aseguramiento privado. Se trata de una responsabilidad, recogida en el art.123 LGSS, que tiene lugar siempre que el empresario no haya cumplido cualquiera de sus obligaciones de seguridad, y las consecuencias de dicho incumplimiento tengan cierta gravedad sobre la salud o la integridad del trabajador.
- La otra responsabilidad empresarial en materia de S.S. es la que la ley (arts.195 y 197 LGSS) le asigna por **la totalidad de la cuantía de las prestaciones**: es decir, que ha de abonarlas y hacerse cargo de todas ellas y por todo el tiempo que deban durar en lugar de la entidad gestora de la S.S. o de la Mutua. Se trata de una responsabilidad económica muy importante, que tampoco es asegurable por cuanto de naturaleza pública, pero que, a diferencia de la del recargo, sólo se origina en casos mucho más limitados y excepcionales.

- **La compatibilidad de las responsabilidades empresariales.**

En principio, todas son compatibles, de manera que el empresario puede estar obligado a hacer frente simultáneamente a todas ellas (art.42.1 y 3 LPRL).

Esta compatibilidad general ha de ser, no obstante, matizada de la siguiente forma:

- La responsabilidad administrativa es siempre compatible con la civil y la de la S.S., si bien no lo es con la penal en virtud del principio constitucional de que nadie puede ser sancionado doblemente por la misma falta o comportamiento.
- La responsabilidad penal es sólo incompatible con la administrativa en los términos dichos.
- La responsabilidad civil es compatible con cualquiera otra si bien los jueces tienden a moderar su cuantía teniendo en cuenta las cantidades que el trabajador ya recibe en concepto de prestaciones de la S.S. y de recargo de las mismas.
- La responsabilidad en materia de S.S., sea por recargo o por la totalidad de las prestaciones, siempre es compatible con cualquier otra responsabilidad.
- **OTROS RESPONSABLES. LA RESPONSABILIDAD DEL TRABAJADOR.**

Aunque el responsable central es el empresario directo del trabajador que sufre las condiciones de trabajo inadecuadas o inseguras, otros sujetos pueden igualmente asumir responsabilidades de forma más o menos directa.

Se trata de los casos de empresas **contratista o subcontratista**, donde la empresa principal, responderá solidariamente con la contratista de las obligaciones en materia de salud laboral (art.42.3 LISOS); es decir, que cualquiera podrá dirigirse exigiendo responsabilidad contra ambas empresas o contra cualquiera de ellas, de forma indistinta. Otro supuesto es el de las **ETT**, en el que la empresa usuaria o que utiliza los servicios del trabajador asume la mayor parte de las obligaciones y responsabilidades en materia de salud laboral y sólo

subsidiariamente responderá la ETT (art.42.2 LISOS). También pueden ser responsables **terceros**, como es el caso de los servicios de prevención ajenos, de las mutuas de accidentes o de las entidades formativas o auditoras.

La responsabilidad del trabajador es, finalmente, mucho más limitada como corresponde a su posición subalterna en el terreno de la salud laboral; siendo más un sujeto pasivo que activo de la misma, si bien deba cumplir las órdenes e instrucciones de seguridad y observar un comportamiento diligente, cuidadoso y no imprudente. Sus obligaciones en materia de prevención de riesgos se enumeran en el art.29 LPRL y es ahí donde también se explicitan sus responsabilidades que se producen casi siempre en el terreno de su relación contractual con el empresario. De esta forma *el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos (...) tendrá la consideración de incumplimiento laboral*; lo que significa que, podrá ser sancionado o despedido por ello.

También podrá exigírsele por parte del empresario la responsabilidad civil derivada de su comportamiento laboral defectuoso en el ámbito de la seguridad; sea porque haya provocado daños en máquinas o instalaciones, sea porque haya sido la causa de lesiones a clientes o a compañeros de trabajo. En cualquier caso, está excluida la responsabilidad administrativa del trabajador, pero no la penal, que podrá imputársele si es el causante de daños a la salud o la integridad de otros trabajadores de la empresa o del centro de trabajo

TEMA 14: VICISITUDES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

• VICISITUDES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

El hecho de que el contrato de trabajo se prolongue a lo largo del tiempo, explica que pueda sufrir durante su vigencia distintas modificaciones de mayor o menor entidad.

Se va a tratar de ciertas modificaciones del contrato de trabajo que tienen una especial trascendencia, en cuanto suponen que el contrato de trabajo, experimenta, respecto a lo inicialmente pactado, una alteración relevante. Estas son: la subrogación empresarial (art.44ET) , modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art.41ET) y la suspensión del contrato de trabajo (art.45ET).

• LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL.

La sucesión de empresa.

El cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de S.S. del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y en general cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente (art.44.1 ET). La finalidad del precepto es la **de salvaguardar los derechos de los trabajadores, ante un cambio en la titularidad de la empresa**, ya que la jurisprudencia mantiene que la empresa tiene una vocación de vida indefinida.

Objeto de la transmisión.

El cambio que puede tener lugar en *la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma*. El art.44.2 ET, aclara que *se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.*

• Cambio en la titularidad de la empresa.

Entendiendo por **empresa** el *ámbito de organización y dirección*, en el que el trabajador presta servicios retribuidos.

Para que sea de aplicación el art.44 ET, se requiere que se produzca la entrega efectiva del conjunto de los elementos esenciales de la empresa, de forma que sea posible la continuidad de la actividad empresarial, lo que no sucede en el caso de transmisión de aislados elementos materiales o instrumentales. No se considera que existe sucesión de empresa en los supuestos de adquisición de acciones.

- **Cambio en la titularidad del centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma.**

El **centro de trabajo** es la *unidad productiva con organización específica que se ha dado de alta como tal ante la autoridad laboral* (art.1.5ET). Y la **unidad productiva autónoma**, expresión equiparada por un sector doctrinal a la de centro de trabajo. Otros autores la interpretan como **una unidad organizativa cuya base no es predominantemente espacial o geográfica (como sucede con el centro de trabajo), sino de carácter funcional.**

Ya se transmita la empresa en su conjunto, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, para que sea de aplicación el art.44 ET, es preciso que el objeto de la transmisión sea un **conjunto de elementos personales, patrimoniales y organizativos susceptible de explotación autónoma e independiente.** La sucesión empresarial, por tanto, requiere la existencia de la transmisión, no de elementos materiales aislados, sino de una unidad patrimonial con vida propia, en pleno funcionamiento, o susceptible de serlo mediante el cumplimiento de meras formalidades administrativas.

El fenómeno de la sucesión de empresas, aparece en muchas ocasiones vinculado a la descentralización productiva.

Procedimientos de transmisión.

El cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma que va a dar lugar a la subrogación en los derechos y obligaciones laborales se produce por cualquier negocio jurídico, **tanto inter vivos como mortis causa.**

- **Transmisión por actos inter vivos.**

Comprende no sólo las figuras de la **cesión, venta o traspaso, sino también cualquier otro negocio jurídico de transmisión.**

El art.51.11 ET establece una regla especial para el caso **de venta judicial de la totalidad de la empresa o de una parte de la misma**, siendo de aplicación el art.44: *cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismo suficientes para continuar la actividad empresarial.* Si, no obstante, lo anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspender la actividad debe fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto.

Conforme establece el art.44.6 ET, el cedente y el cesionario deberán informar a los representantes de los trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:

- Fecha prevista de la transmisión.
- Motivos de la transmisión.
- Consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores, de la transmisión.
- Medidas previstas respecto a los trabajadores.

De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la

información citada a los trabajadores que pudieran resultar afectados por la transmisión.

El cedente deberá facilitar esta información con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión. En supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

Si el cambio de titularidad tiene lugar a través de un procedimiento de fusión, absorción o modificación del status jurídico de la empresa, que vaya a suponer cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo, se exige además, que el comité de empresa emita informe al respecto (art.61.1.4 ET).

La falta de notificación a los representantes de los trabajadores, no afecta a la eficacia del cambio de titularidad, constituyendo tal comisión una falta laboral grave (art.7.7 LISOS).

- **Transmisión por actos mortis causa.**

Se produce cuando fallece el empresario, haciéndose cargo de la empresa su heredero o herederos.

Efectivamente, la muerte del empresario puede ser causa de extinción de la relación laboral (art.49.1.g ET), pero si la actividad empresarial se continúa por los herederos, el nuevo o nuevos empresarios quedan subrogados en los derechos y obligaciones del fallecido.

No se considera que existe sucesión empresarial si los herederos han aceptado la herencia a beneficio de inventario, o continúan con la actividad por el plazo prudencial necesario para llevar a cabo las gestiones o tareas de cierre. Tampoco existiría la subrogación, si los herederos se han tomado un plazo razonable para sopesar las ventajas e inconvenientes de la continuidad del negocio.

Efectos de la sucesión empresarial.

El nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Lo que significa que, el contrato de trabajo no se extingue, y que el **nuevo empresario asume, en sus propios términos, la misma posición contractual que tenía el empresario cedente (en las transmisiones inter vivos) o causante (en las transmisiones mortis causa).**

La subrogación **opera en principio sobre todas las condiciones de trabajo**, integrantes del personal afectado. Alcanza igualmente, a cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente, así como los compromisos de pensiones.

La subrogación se produce, **independientemente de cual sea la fuente de la que deriven los derechos y obligaciones** en los que queda subrogado el nuevo empresario.

Como consecuencia de la subrogación, podría resultar que coexistan en la empresa distintos estatutos de personal. A este respecto el ET *no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral en el nuevo empleador.* A fin de homogeneizar las condiciones de trabajo entre las dos empresas siempre que respeten los mínimos legales y no sufran los trabajadores una merma en sus ingresos. La reforma del ET, contempla que el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho periodo de consultas habrá de celebrarse con la

suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo (art.44.9).

Asimismo, el art.44.4 ET, tras la reforma, ha venido a dar respuesta a las dudas que planteaba la sucesión de empresas, con respecto a la posible concurrencia de convenios. El convenio colectivo será de aplicación hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida. El legislador, por tanto, admite, que, a través de acuerdo de empresa, posterior a la transmisión, pueda pactarse un régimen homogéneo para todos los trabajadores, mediante la aplicación de un mismo convenio.

El ET asimismo regula los efectos del cambio de titularidad respecto de la continuidad de la representación legal de los trabajadores de la empresa o centro objeto de la sucesión. El cambio de titularidad del empresario, no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones, en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad. Es por tanto, condición indispensable que la empresa, centro o unidad productiva conserven su autonomía.

A diferencia de lo que ocurre con el empresario, **la subrogación no es obligatoria para el trabajador, que puede dimitir (art.49.4 ET), sin derecho a indemnización.**

El trabajador **no puede oponerse a la transmisión de la empresa**, ni siquiera en base a un eventual perjuicio derivado de la menor solvencia o fortaleza económica del empresario cesionario.

Responsabilidades en materia de sucesión de empresas.

Se establece una responsabilidad solidaria de los empresarios cedente y cedido, durante 3 años, respecto a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. Una vez producida la transmisión, el cedente queda desvinculado de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, salvo que ésta fuera declarada delito, en cuyo caso, el art.44.2 ET prevé una responsabilidad solidaria de cedente y cesionario.

En materia de S.S., el art.127.2 LGSS, establece una responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario, respecto al pago de las prestaciones de S.S., cuando el empresario cedente hubiera incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, altas o cotización.

La subrogación en los supuestos de crisis empresarial.

La reciente Directiva 2001/23 CE de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de centros de trabajo, admite que a fin de garantizar la supervivencia de las empresas insolventes, se debe permitir expresamente que los Estados miembros no apliquen las normas que la propia Directiva establece sobre efecto sucesorio en las relaciones laborales y garantía de la estabilidad en el empleo mediante la limitación de las facultades de despido ostentadas por el empresario cedente y cesionario.

En el caso de que se decida por el Estado aplicar las garantías previstas en la Directiva, a los traspasos en los que el cedente se encuentre sometido a un procedimiento de quiebra o liquidación bajo la supervisión de una autoridad pública, se permite que los Estados adopten dos tipos de medidas:

- La no transmisión al cesionario de las obligaciones o deudas laborales del cedente, derivadas de los contratos que puedan existir antes de la fecha del cambio de titularidad.
- La posibilidad de que mediante pacto o acuerdo colectivo se puedan introducir cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores con la finalidad de mantener las

oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad.

Problemas de subrogación de personal en los cambios de contratistas y concesiones administrativas.

Según la interpretación de la jurisprudencia, el **art.44 ET no se aplica a los cambios de contratistas o concesionarios**, ya que en estos casos, no existe transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, ni tiene lugar un cambio de titular, ya que lo que ocurre realmente es la terminación de una contrata y el comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista.

• MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

Concepto.

El empresario, puede modificar unilateralmente, algunos aspectos de la prestación de trabajo. Para la doctrina y la jurisprudencia, **es aquella modificación de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral que pasan a ser distintos de modo notorio.**

Según el art.41.1 ET, *tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos, sistemas de remuneración, sistemas de trabajo y rendimiento, y funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art.39 ET.* Esta lista no tiene un carácter cerrado.

Causas justificativas de las modificaciones sustanciales.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo es una facultad empresarial que requiere la concurrencia de determinadas causas, cuya prueba compete al empresario. Las causas que deben justificar la medida empresarial son las mismas que amparan la movilidad geográfica (art.40ET), o sea, **económicas, técnicas, organizativas o de producción**, añadiendo el art.41, *que se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.*

- **Causas económicas:** son las que inciden desfavorablemente en el seno de la empresa, y que producen, atendiendo los ingresos y los gastos, y teniendo en cuenta los aspectos financieros, productivos y comerciales, el desequilibrio de su balance. No es necesario, la concurrencia de pérdidas ni que las causas económicas afecten a la empresa en su conjunto.
- **Causas técnicas:** son las que hacen aconsejable la adopción de medidas tendentes a racionalizar la actividad productiva, incorporando los necesarios avances para mejorar la competitividad de la empresa.
- **Causas organizativas:** son las que se corresponden a la necesidad de adoptar la propia estructura de la empresa, así como sus medios personales, a su producción y mercado.
- **Causas productivas:** son las que afectan a los costes y volumen de producción, para adecuarlos a las exigencias del mercado.

Para adoptar una modificación sustancial no es necesario que la empresa atraviese una situación económica problemática, sino basta con que la medida aparezca como **razonable y redunde en una mayor eficacia y competitividad en el mercado.**

Modificaciones individuales y colectivas.

El ET distingue entre modificaciones individuales y colectivas. Dicha distinción se fundamenta en dos criterios: el **origen de la condición a modificar** y el **número de trabajadores afectados**.

- **Modificaciones individuales.**

Entendemos las que afectan a **las condiciones disfrutadas por los trabajadores a título individual** (art.41.2 párr.2 ET) y también **las modificaciones funcionales y de horario, cuando los cambios afecten, en un período de 90 días**, a un número de trabajadores inferior a:

- 10 trabajadores en empresas que ocupen a menos de 100.
- 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- 30 trabajadores, en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

Como vemos, junto a las condiciones puramente individuales, aparecen otras que podemos denominar condiciones plurales, por cuanto afectan a un colectivo determinado de trabajadores.

- **Condiciones de titularidad individual** (las que disfrutaban los trabajadores a título individual). Se trata de las típicas condiciones integradas en el contrato de trabajo, comprendiendo tanto las pactadas inicialmente en el contrato como las incorporadas al mismo en un momento posterior, por pacto expreso o por condición más beneficiosa.
- **Condiciones plurales.** Se refiere a las modificaciones funcionales y de horario que afecten, en un período de 90 días, a un número de trabajadores inferior a los umbrales legalmente establecidos, o sea:
 - 10 trabajadores en empresas que ocupen a menos de 100.
 - 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y

300 trabajadores.

- 30 trabajadores, en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

A efectos de evitar el llamado goteo sucesivo, se prohíbe que en periodos sucesivos de 90 días, se añadan nuevas modificaciones que pretendan superar estos umbrales cuantitativos, por lo que se declaran nulas y sin efectos las nuevas modificaciones efectuadas en periodos sucesivos de 90 días en número inferior a los umbrales referidos, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación.

- **Modificaciones colectivas.**

Son las modificaciones que afectan a las condiciones de los trabajadores reconocidas en virtud de:

- **Convenios colectivos estatutarios.** Sólo es posible la modificación del horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento.
- **Acuerdo de empresa o pacto extraestatutario.**
- **Decisiones unilaterales del empresario de carácter colectivo, o sea decisiones unilaterales que crean condiciones más beneficiosas colectivas.**
- **Modificaciones de condiciones funcionales o de horario de origen colectivo (salvo convenio estatutario) y que excedan de los umbrales fijados en el art.41.2 ET (umbrales numéricos y temporales que definen las condiciones individuales de carácter plural).**

Procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

El procedimiento de modificación, es distinto según se trate de modificaciones individuales o colectivas.

- **Modificaciones individuales.**

El procedimiento se inicia con la comunicación del empresario al trabajador y a sus representantes legales de su decisión modificatoria (art.41.3 párr.1º ET).

Parece lógico (ley no dice nada) que la forma y contenido de dicha comunicación deba ser escrito y especificar las concretas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican la medida, el contenido concreto de ésta y la fecha de efectividad.

Se exige que dicha comunicación se produzca con una antelación mínima de 30 días a su efectiva implantación. La medida será ejecutiva transcurrido el plazo de efectividad.

- **Modificaciones colectivas.**

Se inicia con un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no inferior a 15 días naturales. Las consultas deben versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Durante este período de consultas, las partes **deben negociar de buena fe**, en aras a llegar a un acuerdo.

Ante la posibilidad de que durante la fase de consultas surjan dificultades para alcanzar un acuerdo, el art.85.1 ET prevé que, puedan establecerse procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los arts.40, 41, 47 y 51 ET.

De no alcanzarse un acuerdo y no estar previstos por convenio colectivo cauces de solución para las discrepancias habidas, el empresario no podrá imponer las modificaciones, si estas afectan a condiciones de trabajo que tengan su origen en convenio colectivo.

Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación. La Ley introduce un plazo mínimo de 30 días entre la fecha de la notificación de la decisión modificativa y la efectividad de los cambios.

Vías de reacción frente a la decisión modificativa.

- **Posibilidades de reacción del trabajador frente a la decisión modificativa.**

Los mecanismos de respuesta del trabajador frente a la decisión modificativa son de muy variada índole. En principio, cuando el empresario comunica al trabajador o trabajadores afectados su decisión modificativa, a cada uno de ellos se le **ofrece la alternativa de asumir el cambio o extinguir la relación laboral**, si no está dispuesto a continuar prestando servicio en las nuevas condiciones.

En el caso de extinción del contrato, caben distintas posibilidades:

- Si las modificaciones comportan un perjuicio para la formación profesional del trabajador o menoscaban su dignidad, el trabajador puede instar judicialmente la resolución de su contrato, con una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores y con el tope de 42 mensualidades (art.50.1.a ET).
- Si las modificaciones afectan a la jornada de trabajo, horario y régimen de trabajo a turnos, produciendo un perjuicio simple al trabajador, el trabajador puede optar por la resolución de su contrato, sin necesidad de acudir al Juzgado de lo Social, con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses de periodos de tiempo inferiores y con el límite máximo de 9 mensualidades (art.41.3 párr.2º ET), o por la impugnación de la decisión empresarial ante la jurisdicción competente (art.41.3 párr.3º).
- Si la modificación no ocasiona perjuicio a la dignidad del o formación profesional o no son de las

tasadas legalmente, no existe derecho a resolución indemnizada, aunque el trabajador puede dimitir sin derecho a indemnización.

- **La impugnación judicial de la modificación.**

El trabajador puede **impugnar judicialmente la modificación**. El plazo para interponer la reclamación es de 20 días hábiles desde la notificación de la decisión empresarial. Si se hubiera optado por la rescisión del contrato, con la indemnización de 20 días de salario por año de servicio no será posible la impugnación de la decisión empresarial.

Son 4 las modalidades procesales que cabe utilizar para impugnar la decisión, dependiendo del tipo de modificaciones, del procedimiento a través del cual se haya efectuado la modificación o de los sujetos que pretenden actuar como demandantes. Estas modalidades son:

- Si quién reclama es el trabajador individualmente afectado, puede acudir a la modalidad **procesal individual**.
- Si se trata de modificaciones de carácter colectivo, además de la anterior posibilidad puede plantearse un **proceso de conflicto colectivo**, debiendo actuar como demandantes los representantes de los trabajadores, ya que los trabajadores, por sí mismos, no pueden entablar este tipo de procedimientos.
- Si se trata de **impugnar un laudo arbitral** que resuelva las discrepancias surgidas en el período de consultas, el procedimiento idóneo es el previsto en la LPL para la **impugnación de convenios colectivos**.
- **Los acuerdos de empresa alcanzados con los representantes de los trabajadores podrán dar lugar al procedimiento de oficio de la LPL**, si la autoridad laboral aprecia dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los mismos. Esta modalidad queda limitada a su iniciación por la autoridad laboral.

La sentencia que resuelva el proceso individual podrá calificar la modificación de una de estas 3 formas:

- Declarar las **modificaciones justificadas**, una vez acreditadas las razones de invocadas por la empresa.
- Declarar las **modificaciones injustificadas**, si no se acreditan las razones invocadas para adoptar la medida, o tales razones no justifican la modificación sustancial.
- Declarar **nula la decisión adoptada**, cuando se realicen modificaciones por el trámite individual, eludiendo las normas establecidas de carácter colectivo, en periodos sucesivos de 90 días superando en conjunto los umbrales cuantitativos legales, si no existen nuevas causas que justifiquen la actuación empresarial.

La declaración de las modificaciones como injustificadas o nulas producen como efecto la condena a la empresa a reponer al trabajador o trabajadores a sus anteriores condiciones de trabajo.

Si la empresa incumpliera su obligación de reponer al trabajador en sus anteriores condiciones, la situación es distinta si la declaración judicial ha declarado las medidas injustificadas o nulas. Si la modificación fue calificada como injustificada, el trabajador podrá, en ejecución de sentencia, extinguir su contrato con la indemnización de 45 días por año y el límite máximo de 42 mensualidades. Si la declaración fue la nulidad, puede optar por la extinción indemnizada o por exigir la ejecución de la sentencia en sus propios términos.

Infracciones laborales en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Se consideran **infracciones graves** (sanción de 50.001 a 500.000 pts):

- La modificación unilateral de las condiciones de trabajo impuesta por el empresario sin ajustarse a lo

establecido en el art.41 ET (art.7.6 LISOS).

- El incumplimiento del período de consultas en las modificaciones de carácter colectivo (art.7.7 LISOS).

Se consideran **infracciones muy graves** (sanción de 500.001 a 15.000.000 pts):

- Las modificaciones contrarias a la dignidad de los trabajadores (art.8.11 LISOS).
- Las decisiones unilaterales del empresario de carácter discriminatorio (art.8.12 LISOS).

• **LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.**

Concepto.

Puede definirse como **la situación especial por la que atraviesa el contrato de trabajo que consiste en la interrupción temporal de la ejecución de sus prestaciones fundamentales, permaneciendo el vínculo jurídico entre trabajador y empresarios.**

Supone que el contrato no se extingue, sino que permanece **interrumpiendo alguno de sus efectos**. Cuales son los efectos que quedan suspendidos, depende de la causa concreta de la suspensión: **en todo caso siempre quedan suspendidas las obligaciones básicas de prestar trabajo y pagas salarios, salvo lo que pueda establecerse por convenio colectivo.**

Causas de suspensión del contrato de trabajo.

Los supuestos que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo están tasados en el art.45.1 E, pudiéndose ampliar las causas de suspensión a través de la negociación colectiva.

Las causas legales de suspensión las podemos clasificar en función a la causa que las motiva.

- **Suspensión por acuerdo entre las partes.**
- **Mutuo acuerdo de las partes:** será el acuerdo entre empresario y trabajador el que fije los efectos de la suspensión y su duración, con los límites que para el juego de la autonomía de la voluntad marcan los arts.3.1.c y 5 ET.
- **Causas consignadas válidamente en el contrato:** dichas causas deben constar de forma indubitada. Asimismo, a la hora de establecerlas, deberá respetar lo establecido en los arts. 3.1.c y 5 ET.
- **Suspensión por circunstancias que afectan al trabajador.**
- **Incapacidad Temporal de los Trabajadores:** situación en la que el trabajador a causa de una alteración de la salud, se encuentra incapacitado para el trabajo, aunque no de forma definitiva, recibiendo asistencia sanitaria y una prestación económica de la S.S. Su duración es de 12 meses, prorrogables por otros 6, cuando se prevea que durante los mismos el trabajador podrá ser dado de alta médica por curación. Además, cabe una segunda prórroga de hasta 30 meses contados desde el inicio de la IT. Por otra parte, el art.48.2 ET establece que, producida la extinción de la IT, con declaración de Incapacidad Permanente, subsistirá la suspensión con reserva de puesto de trabajo, durante un periodo de 2 años desde la fecha en la que se declare la invalidez permanente.
- **Maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de 6 años:** según el art.48.4 ET, en el supuesto de parte, la suspensión tendrá una duración de 16 semanas que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables por parte múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El periodo de descanso se distribuirá a opción de la interesada siempre que 6 semanas sean inmediatamente posteriores al parto.

En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión. En el caso en el que el padre y la madre trabajen, sin perjuicio de las 6 semanas inmediatas posteriores, la madre, al iniciarse el periodo de descanso de maternidad podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva, con el de la madre, salvo que la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras 6 semanas posteriores al parto.

En el supuesto de adopción y acogimiento de menores de hasta 6 años, la suspensión tendrá una duración máxima de 16 semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. La duración de la suspensión será también de 16 semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de 6 años de edad cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En el caso de que la madre y el padre trabajen el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados. En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las 16 semanas o de las que correspondan en caso de parto múltiple. En los casos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

El RD 151/2001 de 16 diciembre, por el que se regulan las prestaciones económicas de S.S. se ha desarrollado la previsión prevista en el art.48.4 E, relativa a la posibilidad de disfrutar los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento a tiempo parcial. Para su disfrute será imprescindible el acuerdo previo entre empresario y trabajador afectado, que podrá serlo la madre o el padre, sucesiva o simultáneamente. El acuerdo podrá celebrarse al inicio del descanso o en un momento posterior, y venir referido a todo el periodo o a una parte del mismo, si bien la madre no podrá hacer uso de tal modalidad en las 6 semanas de descanso obligatorio.

El periodo en el que se disfrute el permiso será ininterrumpido, ampliándose proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice y sin que los trabajadores puedan realizar horas extraordinarias, salvo las motivadas por fuerza mayor.

El tiempo en que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante. Este disfrute del descanso por maternidad a tiempo parcial será incompatible con el disfrute simultáneo del trabajador del derecho de ausencia o reducción de jornada por lactancia, nacimiento de hijo prematuro u hospitalización tras el parto por guarda legal, así como en el ejercicio de la excedencia por cuidado de hijo.

Una nueva causa introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, es contemplar como **causa de suspensión el riesgo durante el embarazo**. Dicha ley establece que:

*El empresario está obligado a evaluar los riesgos que el puesto de trabajo puede tener para las trabajadoras embarazadas, y si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la salud o una posible repercusión en el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo.

*Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no sea posible o a pesar de tal adopción las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada y así lo certifiquen el INSS o las Mutuas, por lo que la trabajadora deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.

*En el supuesto de que no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservara el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de trabajo.

*Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la mujer afectada a la situación de suspensión del contrato, durante el periodo necesario para la protección de su seguridad y salud.

- **Cumplimiento del servicio militar, de la prestación social sustitutoria:** estas causas de suspensión, han perdido operatividad como consecuencia de la suspensión del servicio militar y de la prestación social sustitutoria a partir del 31 diciembre 2002.
- **Ejercicio de cargo público representativo:** se refiere a los casos de cargo político, temporal o amovible, y los que desarrollan funciones de confianza y asesoramiento. El ET concede al trabajador un plazo de 30 días naturales a partir del cese en el cargo para reincorporarse al trabajo, con derecho a ocupar el mismo puesto de trabajo que desempeñaba con anterioridad.
- **Privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria:** supone una medida cautelar en el proceso penal seguido contra el trabajador. La causa de suspensión no opera automáticamente, sino que se precisa comunicación del trabajador del empresario.
- **Suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias:** la causa de la suspensión es una sanción que debe imponerse por causa de la comisión por el trabajador de una infracción debidamente tipificada, y debe consistir en suspensión de empleo y sueldo.
- **Excedencia forzosa:** según el art.46.1 ET dará derecho a la conservación del contrato y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo.

Por último, debe tenerse en cuenta la posibilidad de acogerse a la excedencia forzosa por parte de los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo (art.46.4 ET).

- **Suspensión por circunstancias que afectan a la empresa.**
- **Fuerza mayor temporal:** es toda circunstancia obstativa del cumplimiento contractual, independiente de la voluntad de las partes, caracterizada por las notas de imprevisibilidad, inevitabilidad e imputabilidad. La suspensión deberá ser autorizada por la autoridad laboral en expediente tramitado al efecto (art.47.2 ET).
- **Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción:** según el art.47.1 párr.2º ET, la autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la suspensión de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa. La suspensión deberá ser acordada por la Autoridad Laboral
- **Suspensión por razón de la existencia de un conflicto laboral.**
- **Ejercicio del derecho de huelga:** tan sólo se producirá en los casos de huelga legales.
- **Cierre legal de la empresa:** a lo que se refiere el ET con el llamado **cierre patronal**.

La excedencia voluntaria y para el cuidado de hijos y familiares.

- **Excedencia voluntaria.**

Situación que contempla el ET pero a la que no incluye entre las causas de suspensión del contrato de trabajo, caracterizada porque **el trabajador cesa temporalmente de prestar y de percibir su salario, sin que pierda su empleo, por cuanto mantiene un derecho de reingreso en la empresa, condicionado a la existencia de vacantes (excedencia voluntaria).**

El art.46.2 ET establece que el trabajador, con al menos una antigüedad en la empresa de un año, tiene derecho a la excedencia voluntaria por un plazo no menor de dos años y no mayor a cinco. Este derecho solo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador cuando haya transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.

La jurisprudencia señala que la excedencia voluntaria es un **derecho del trabajador**, por lo que, si se cumplen los requisitos legales la empresa está obligada a concederla.

El tiempo que el trabajador se encuentra en excedencia voluntaria, no se computa como tiempo de servicios en la empresa.

Los convenios colectivos suelen regular la forma y plazos de solicitar la reincorporación a la finalización de la excedencia. A falta de previsión en convenio, la jurisprudencia entiende que el derecho decae el día siguiente del fin del periodo de excedencia.

El excedente voluntario **debe ser readmitido, una vez finalizada la excedencia, en cuanto exista una vacante de igual o similar categoría a la suya.** Si la empresa deniega el reingreso una vez finalizada la excedencia, se abren distintas posibilidades:

- Si la empresa, de manera expresa o tácita, **manifiesta su negativa al reingreso**, siempre que no alegue la falta de vacantes, se está ante un **despido**.
- Si la empresa se opone al reingreso por **falta de vacantes**, el derecho a la reincorporación se mantiene **vivo**.
- Si el trabajador a finalizar su excedencia, no es reingresado existiendo vacantes, tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios. Si hubiera percibido salarios en otra empresa, se deberán deducir de la indemnización.

- **Excedencia para el cuidado de hijos y familiares.**

Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia, de duración **no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo**, a contar desde la fecha del nacimiento o en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores, para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

Según el art.46.3ET la excedencia constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando. El periodo en situación de excedencia por estas causas será

computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la existencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año el trabajador tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

TEMA 15: LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO (I).

• LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: CONCEPTO Y CUADRO GENERAL DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN.

La extinción del contrato de trabajo es la **terminación del vínculo que liga a las partes con la consiguiente cesación definitiva de las obligaciones de ambas**. Lo que supone una cesación del contrato de trabajo de carácter definitivo.

El art. 49.1 ET contiene una enumeración de las **causas de extinción**, que se podrían clasificar en tres grandes grupos, que son los que se mencionan a continuación.

• LA EXTINCIÓN POR VOLUNTAD CONCURRENTES DE LAS PARTES.

La extinción por mutuo acuerdo.

Para la extinción por mutuo acuerdo, es bastante con que exista consentimiento no viciado de las partes exteriorizado de cualquier forma, siendo la más habitual de documentar la finalización del contrato por mutuo acuerdo, a través de la firma del denominado finiquito.

El **finiquito** es un documento que comprende, según la doctrina, una pluralidad de actos con efectos jurídicos diversos y simultáneos:

- La declaración de que el contrato se extingue o ha quedado extinguido por mutuo acuerdo entre el trabajador y el empresario o por otra causa.
- El saldo de las cuentas o liquidación final de las obligaciones pendientes y la constatación de su pago operando el finiquito como recibo.
- La declaración de que nada se deben las partes entre sí, acompañada en ocasiones la renuncia a emprender acción alguna frente al acuerdo adoptado.

En la práctica, **se extiende el concepto de finiquito a los documentos que se suscriben con ocasión de cualquier forma de extinción de la relación laboral**.

Garantía: el art.49.2 ET establece que el empresario, con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas. El trabajador, podrá solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo del finiquito. Si el empresario impidiese la presencia del representante en el momento de la firma, el trabajador podrá hacerlo constar en el recibo a los efectos oportunos.

Los Tribunales han dotado al finiquito de una importante **eficacia liberatoria**, atribuyéndole el carácter de prueba plena de la extinción del contrato. Este efecto requiere un consentimiento libre y no viciado y la expresión de la inequívoca voluntad de extinguir el contrato.

Extinción por las causas consignadas válidamente en el contrato.

El contrato de trabajo se extingue, *por las causas válidamente consignadas en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario*. Los **requisitos** para que estas causas de extinción tengan la naturaleza de auténticas condiciones resolutorias, son las siguientes:

- La condición ha de estar expresamente **consignada en el contrato de trabajo**.
- Debe ser **válida**, prohibiéndose las normas de derecho civil, las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la Ley (art.1116 C.C.).
- Ha de ser de **posible cumplimiento**.
- Que no constituyan **abuso de derecho** por parte del empresario.

La condición resolutoria para que sea efectiva precisa denuncia de la parte que intenta hacerla valer.

Cumplimiento del término convenido.

El contrato de trabajo se extinguirá *por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato*.

Debe entenderse referido a todos los contratos de duración determinada que tuvieran establecido plazo máximo de duración. La extinción requiere denuncia de una de las partes, que debe ser preavisada a la otra con 15 días de antelación, para los contratos de duración superior a un año, originando, el incumplimiento de este deber por parte del empresario, la obligación de indemnizar al trabajador con una cantidad de salario igual a los días de preaviso incumplido.

En los contratos para obra o servicio, y eventual, la finalización del contrato, dará lugar a una indemnización a favor del trabajador de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por año de servicio, o la establecida en la normativa específica que sea de aplicación.

• **EXTINCIÓN POR DESAPARICIÓN O INCAPACIDAD DE LAS PARTES.**

Extinción por muerte, gran invalidez, invalidez permanente total o absoluta del trabajador.

El contrato de trabajo se extingue *por muerte, gran invalidez, invalidez permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el art.48.2*.

• **Extinción por muerte del trabajador.**

Dado al carácter personalísimo de la prestación laboral, la desaparición física del trabajador constituye una causa de extinción del contrato de trabajo. El empresario continúa obligado frente a los herederos del trabajador, respecto a las obligaciones nacidas durante la vigencia del contrato.

• **Extinción por gran invalidez, invalidez permanente total o absoluta del trabajador.**

Frente la incapacidad temporal, que constituyen causa de suspensión del contrato de trabajo, la **incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, son causas de extinción del contrato de trabajo**. Se considera:

- **Incapacidad permanente total para la profesión habitual**, la que inhabilita al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de dicha profesión siempre que pueda dedicarse a otra distinta.
- **Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo**, la que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio.
- **Gran invalidez**, es la situación del trabajador que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o

funcionales, necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

La incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, debe serle reconocida al trabajador mediante resolución administrativa, dictada por el órgano competente, tras el correspondiente procedimiento de calificación, y está sujeta a revisión por distintas causas, entre ellas por mejoría, hasta que el trabajador alcance la edad de jubilación.

Conforme al art.48.2 ET, la incapacidad permanente no siempre extingue el contrato de trabajo, cuando ésta vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, la relación laboral quedará suspendida durante un período de dos años desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente.

La incapacidad permanente extintiva del contrato ha de ser sobrevenida con posterioridad al momento de contratar. Debe tratarse de una incapacidad declarada con carácter de firmeza.

El trabajador puede hacer valer la resolución administrativa que le declare afecto de invalidez total, absoluta o gran invalidez, mediante comunicación dirigida en tal sentido al empresario.

Extinción por jubilación del trabajador.

La jubilación se produce por el cese en el trabajo al cumplirse la edad determinada por la legislación de S.S. para causar derecho a la pensión (65 años con carácter general), reuniéndose además los demás requisitos legales exigibles para la obtención de la pensión (periodo previo de cotización establecido en un mínimo de 15 años). Con la jubilación el trabajador, no sólo cesa en la empresa, sino también del mercado laboral.

La edad ordinaria de jubilación, se reduce con respecto a la general de 65 años, para determinados colectivos en razón de las características del trabajo que desarrollan, y, también para aquellos trabajadores que acrediten ciertos requisitos, el ordenamiento de S.S., prevé la posibilidad de jubilación anticipada a partir de los 60 años, conllevando la anticipación de la edad de jubilación una reducción en la cuantía de la pensión.

Se admite, asimismo, la jubilación parcial, de forma que el trabajador puede reducir su jornada entre un 25% a un 85%, percibiendo el salario correspondiente a la jornada que realiza y la pensión por la jubilación parcial, lo que exige que la empresa celebre a la vez un contrato de relevo para sustituir la jornada que deja vacante el jubilado parcialmente. En estos casos de jubilación parcial, no se extingue el contrato de trabajo, sino se convierte en un contrato a tiempo parcial.

También es posible que los trabajadores que hayan cumplido la edad de 65 años y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, puedan acceder a una jubilación parcial y sigan trabajando a tiempo parcial sin necesidad de que la empresa celebre simultáneamente un contrato de relevo.

La jubilación, en principio, es voluntaria, por ello, viene a asimilarse como una forma especial de dimisión del trabajador, por razón del cumplimiento de la edad legalmente prevista para acceder a la pensión.

En la negociación colectiva, se ha venido pactando con cierta habitualidad, **una edad de jubilación obligatoria** (65 años o más), en virtud de la cual, el trabajador, al cumplir esa edad, si reúne los requisitos legalmente establecidos para causar derecho a la pensión de jubilación, debe cesar necesariamente en su relación laboral. Ello significa la extinción del contrato de trabajo, pero no impide que el trabajador decida no jubilarse, sino que opte por seguir trabajando en otro sector, en el que no se hubiera pactado una edad máxima para trabajar.

Al haber quedado derogada por la Ley 12 / 2001 de 9 de julio, la Disposición Adicional Décima del ET, ha

desaparecido la habilitación legal expresa para que los convenios puedan establecerse edades de jubilación. La habilitación para que en la negociación colectiva se sigan regulando estas cuestiones, se encuentra en el propio reconocimiento constitucional del derecho (art.37.1 CE), y en los amplios términos en los que el ET concibe el contenido de los convenios (art.85.1 ET).

Hasta el momento, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia se muestra contradictoria acerca de la vigencia de la jubilación obligatoria pactada en Convenio. Señala que a pesar de la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, la edad de jubilación no está prohibida o excluida de la negociación colectiva, encontrando su amparo en los arts.37 CE y 82 y 85 ET.

Extinción por muerte, jubilación o incapacidad del empresario.

- **Notas comunes a estas causas de extinción.**

El ET contempla como causas de extinción del contrato de trabajo la muerte, la jubilación o la incapacidad del empresario. Como nota común de todas las causas, es el que afectan a la persona del empresario. La muerte, jubilación o incapacidad se refieren al empresario persona física, y la extinción de la personalidad jurídica, al empresario persona jurídica.

En las tres **causas relativas al empresario persona física** concurren las siguientes **circunstancias**:

- Dichas causas no operan automáticamente, sino que están condicionadas al cese total de la actividad empresarial.
- Para las tres causas de extinción, se contempla una indemnización a favor del trabajador equivalente a un mes de salario.

- **Extinción por muerte del empresario.**

La muerte del empresario será causa de la extinción del contrato, como consecuencia del **cese en la actividad**, si no existe sucesor en la explotación del negocio.

Según la jurisprudencia, los herederos pueden decidir libremente la continuidad o no de la actividad de la empresa.

Si los herederos deciden transmitir la empresa a un tercero, se aplicará lo establecido en el art.44 ET sobre sucesión de empresa.

- **Extinción por incapacidad del empresario.**

La incapacidad del empresario no se refiere tan sólo a la concurrencia de una **causa de incapacitación civil**, declarada judicialmente, o a **la incapacidad declarada por la S.S.**, sino también a la manifiesta **inhabilidad o incapacidad de hecho para regir el negocio**, derivada de enfermedad que le imposibilita para desarrollar las facultades directivas, sin que sea preciso que la incapacidad sea declarada por un órgano de la S.S.

Cualquier deterioro físico o psíquico por enfermedad, edad avanzada, u otras circunstancias que inhabilite al empresario para regir el negocio, constituye causa de extinción, cuando el propio empleador, sus representantes legales o sus posibles sucesores, decidan la no continuación del negocio. Para que surta efectos extintivos sobre las relaciones de trabajo, es necesario que no exista continuador en la explotación de la empresa.

- **Jubilación del empresario.**

La jubilación del empresario tiene efectos extintivos cuando el empresario sea titular exclusivo de la empresa. Se requiere la jubilación del empresario conforme a lo previsto en la regulación de S.S. Además es necesario que se produzca el cese total en la vida activa laboral de forma que no es posible finalizar una parte de las actividades que venían desplegándose y continuar realizando otras, puesto que tal conducta implicaría una minoración de actividades de la persona, pero no su jubilación.

- **Extinción de la personalidad jurídica del empresario.**

El supuesto típico de extinción de personalidad jurídica del empresario es **la disolución y liquidación de sociedades**. La disolución, es un presupuesto previo, por cuanto durante la misma, la sociedad sigue existiendo, si bien, la actividad de la misma pasa a ser de carácter liquidatorio, a fin de establecer el haber social y repartirlo entre los socios. Tras la disolución, se abre el periodo de liquidación, dirigido al cobro de los créditos de la sociedad, al pago a los acreedores y a la finalización de las operaciones en curso, a fin de determinar el haber social resultante que se repartirá entre los socios. Por ello, la personalidad jurídica se extingue con la liquidación de la empresa.

El trabajador en este supuesto de extinción, tendrá **derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio**.

- **LA EXTINCIÓN POR DECISIÓN UNILATERAL DEL TRABAJADOR.**

Tipología.

En el Derecho del Trabajo, **la voluntad del trabajador puede extinguir el contrato de trabajo**. El fundamento de esta facultad resolutoria del trabajador hay que buscarlo en que el principio de igualdad de contratantes cede ante el principio pro operario. Además, mientras que la extinción del contrato de trabajo, por voluntad del empresario requiere necesariamente, la concurrencia de una causa legalmente definida, la extinción a instancias del trabajador, puede estar fundada en una causa, o en su mera voluntad.

En los casos con extinción con causa, determinados incumplimientos del empresario, el trabajador debe solicitar del Juez la resolución del contrato, mientras que si la extinción se basa en la mera voluntad del trabajador, no es necesaria ninguna declaración judicial, y puede producirse preavisando al empresario de su intención de resolver el contrato, o sin efectuar dicho preaviso.

Así, la extinción por voluntad unilateral del trabajador, puede adoptar tres formas distintas:

- Extinción sin causa y con preaviso (dimisión).
- Extinción sin causa ni preaviso (abandono).
- Extinción causal.

Dimisión del trabajador.

Causa extintiva conforme a la cual, el contrato de trabajo se extinguirá *por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar*.

No es necesario una declaración formal. En principio, el trabajador es plenamente libre de dimitir cuando quiera, salvo que hubiera pactado un período mínimo de permanencia en la empresa. El **pacto de permanencia**, al que se refiere el art.21.4 ET, es válido, siempre que concurren los requisitos siguientes:

- Que sea individualmente concertado, bien con ocasión de suscribir el contrato, bien añadido con posterioridad.
- Que se formalice por escrito.

- Que tenga su causa en la especialización profesional, que recibe o ha de recibir el trabajador, proporcionada por la empresa. Debe tratarse de una formación cualificada, no bastando una formación general o básica para desempeñar su puesto de trabajo.
- Su duración máxima será de dos años contados desde el momento en que el trabajador hubiera recibido la especialización.

Si el trabajador incumple el pacto, deberá indemnizar al empresario por los daños y perjuicios causados, que en ocasiones se fijan en el propio contrato, cuantificándose en el coste de la formación.

Fuera de estos supuestos en los que se haya pactado una permanencia mínima en la empresa, el trabajador es libre de dimitir cuando le parezca oportuno, limitándose a exigir la Ley que el trabajador preavise en el plazo que fijen los convenios o la costumbre del lugar. En ausencia de convenio, costumbre o de pacto individual, el plazo que debe aplicarse es el de 15 días, el mismo que el establecido para los contratos a término de duración superior a un año.

La dimisión del trabajador no dará derecho a indemnización para ninguna de las partes, salvo el caso ya citado de incumplimiento del pacto de permanencia.

Abandono del trabajador.

No figura entre las causas extintivas del contrato de trabajo listadas en el ET, pero la jurisprudencia la viene admitiendo, como una **forma de dimisión en la que, la voluntad extintiva se exterioriza, no a través de una declaración de voluntad expresa, sino a través de manifestaciones de voluntad, actos o conductas del trabajador de ausencias al trabajo, de las que cabría deducir una voluntad de poner fin al contrato de trabajo. Es uno de los casos de extinción del contrato sin causa y sin preaviso.**

En todo caso, el abandono requiere que conste de modo claro la voluntad extintiva del trabajador, que puede revelarse a través de su conducta coetánea o posterior.

El abandono extingue el contrato sin derecho a indemnización a favor del trabajador, si bien cabría, por el contrario, una posible indemnización a favor del empresario, que los convenios colectivos suelen cuantificar, estableciendo que al trabajador se le podrán descontar de su liquidación tantos días de salario como días de preaviso incumplido.

Extinción causal por incumplimientos del empresario.

• La extinción causal por voluntad del trabajador.

El ordenamiento laboral contempla la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, fundamentada en un **incumplimiento contractual del empresario**. También se le denomina *despido indirecto* o *despido impropio*, porque como indica la jurisprudencia *lo mismo significa que el empresario despida al trabajador, como que fuerce al trabajador a despedirse*.

El ET, regula la extinción causal, concediendo al trabajador una acción para extinguir su contrato de trabajo, cuando concurren determinadas causas, donde el perjudicado por un incumplimiento contractual que genere obligaciones recíprocas, puede optar entre exigir el cumplimiento o pedir la resolución de la obligación de que se trate, en ambos casos con derecho a indemnización por daños y perjuicios. El ET, sin embargo, ha adecuado este criterio a las exigencias específicas de la relación laboral. Así, la ley laboral presume los daños y perjuicios que derivan no sólo del incumplimiento contractual, sino también de la ruptura misma del contrato, evaluando previamente su cuantía (45 días de salario por año de servicio, con el límite de 42 mensualidades).

La resolución no es automática, sino que debe ser instada judicialmente, de forma que el trabajador no puede resolver el contrato, en caso de incumplimientos contractuales del empresario, por su propia voluntad, sino que debe solicitar de los órganos judiciales su extinción, si pretende obtener la indemnización legalmente establecida. Por esta razón, el vínculo contractual debe permanecer en vigor durante la tramitación del proceso.

- **Causas justificativas de la resolución a instancias del trabajador.**

El trabajador puede instar la resolución de su contrato de trabajo:

- *Por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de su dignidad.*

Requiere que tenga lugar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que perjudique la formación profesional del trabajador o menoscaben su dignidad.

Con respecto al menoscabo de la dignidad del trabajador, la jurisprudencia afirma que la dignidad del trabajador equivale al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo, y ante sus jefes, como persona y como profesional, no pudiéndose situar en una posición en que, por las circunstancias que se dan en ella, provoque un menoscabo en su respeto. El menoscabo de la dignidad debe significar una ofensa a la honorabilidad del trabajador y al valor que de sí mismo tenga o ante los demás logre, y comprende cualquier deterioro del prestigio personal, laboral, social o económico.

- *Por la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.*

El impago es el incumplimiento absoluto, que se prevé definitivo, del salario pactado. El retraso continuado, lleva implícita la idea de pago, que se produce de forma irregular. Es preciso que tenga el carácter de grave. En casos de falta de abono, es grave el impago de una año; no el de una o dos mensualidades. Con carácter general, a partir de tres mensualidades, existe un incumplimiento grave.

En los retrasos, lo que importa es la reiteración o prolongación en el tiempo. El trabajador debe ponderar el punto medio entre lo que constituye un incumplimiento reiterado y un incumplimiento consentido, entre una espera prudente, necesaria para que el incumplimiento adquiera la gravedad y una espera excesiva, y por ello, negligente, en cuanto reveladora de su implícito consentimiento.

La falta de pago o los retrasos, quedan referidos al salario, quedando excluidos los conceptos extrasalariales.

- *Por cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos para la movilidad funcional y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.*

La primera parte del precepto funciona como **cláusula de apertura** de la lista de causas de extinción. Dos son **los presupuestos de aplicación**:

- Un incumplimiento contractual grave por parte del empresario, no incluido en los apartados a y b.
- Que el incumplimiento sea involuntario, atribuible a dolo o culpa del empresario.

La segunda parte del precepto se refiere al supuesto de que el trabajador haya recurrido judicialmente una orden de traslado o desplazamiento, o de modificación sustancial de condiciones de trabajo y que la sentencia la haya considerado injustificada, ordenando al empresario la reposición al trabajador a sus anteriores lugar o condiciones de trabajo, y éste incumple dicha sentencia, no reponiendo al trabajador en sus antiguas

condiciones. En este caso, la consecuencia legalmente prevista es la extinción del contrato, con el abono de la indemnización que de inmediato se referirá.

- **Efectos de la extinción causal.**

Al romperse el vínculo que unía a los sujetos de la relación, ésta y la posibilidad de exigirse recíprocamente las prestaciones desaparecen. Sin embargo, el trabajador, cuando la extinción ha sido causada por cualquiera de los incumplimientos empresariales que se acaban de estudiar, tendrá derecho a la misma **indemnización** que la señalaba para el despido improcedente, es decir, 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y con un máximo de 42 mensualidades.

Asimismo, el trabajador podrá acceder a la prestación por desempleo como si hubiera sido despedido, siempre que reúna los demás requisitos exigidos por la legislación vigente en la materia.

TEMA 16: LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO (II).

- **EL DESPIDO: CONCEPTO Y MODALIDADES.**

Se puede definir como **el acto unilateral, constitutivo y recepticio, por el cual, el empresario extingue el contrato de trabajo que le vincula con el trabajador.**

Pero la mera voluntad del empresario no es causa suficiente para extinguir el contrato de trabajo. El Derecho exige que debe concurrir una causa legalmente admisible. Este **principio de causalidad** del despido, exige que dicha causa concurra en realidad. En realidad, el despido, o bien se justifica en un incumplimiento grave y culpable del trabajador (despido disciplinario), o bien obedece a una serie de causas objetivas, relacionadas o con el trabajador o con la empresa (despido objetivo). El ET distingue entre **tres tipos de despido**: el **disciplinario** (arts 54 a 56), el **objetivo** (arts.52 y 53), y el **colectivo** (art.51).

Ante la ausencia de causa, conlleva que el despido no se ajuste a derecho, pudiendo el ordenamiento reaccionar ante ello de dos formas:

- No reconociendo ningún efecto extintivo al despido sin causa, de forma que el trabajador debería continuar prestando servicios para la empresa.
- Admitiendo que el despido sin causa extingue el contrato, pero supone un incumplimiento contractual del empresario que le obliga a indemnizar al trabajador (opción por la que ha optado el derecho español).

Además, y como **garantía para el trabajador**, el ordenamiento impone al empresario **el cumplimiento de ciertas formalidades**, de manera que solo ateniéndose a las mismas el despido será eficaz.

- **EL DESPIDO DISCIPLINARIO: CAUSAS, FORMA Y EFECTOS.**

Concepto de despido disciplinario.

Es aquella modalidad específica de despido consistente en la extinción del contrato de trabajo a instancias del empresario, con la finalidad de sancionar determinados incumplimientos graves y culpables de los trabajadores (art.49.1.k ET).

Es una manifestación del poder disciplinario del empresario, que sanciona un incumplimiento contractual del trabajador que se califica como **grave y culpable**. Los dos requisitos son de **exigencia acumulativa**.

Causas de despido disciplinario.

Vienen enumeradas en el art.54.2 ET. Son causas tasadas, pero de contenido abierto que puede ser concretado por vía de convenio colectivo. Estas son:

- **Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.**

En la configuración de esta causa de despido cabe distinguir un **elemento cualitativo** (falta de asistencia o puntualidad al trabajo), un **elemento cuantitativo** (reiteración) y un **elemento causal** (no justificación):

- **Elemento cualitativo:** son dos los incumplimientos del trabajador que pueden dar lugar a esta causa de despido: **las faltas de asistencia y las de puntualidad**. La no asistencia constituye un incumplimiento contractual, independiente de la voluntad del trabajador, diferente del abandono, que exige voluntad de ruptura por parte del mismo.
- **Elemento cuantitativo:** **las faltas de asistencia y puntualidad, han de ser repetidas, para constituir causa de despido**. Lo habitual es que los convenios colectivos especifiquen numéricamente el número de faltas precisas para la tipificación del incumplimiento merecedor de la sanción.
- **Elemento causal:** las faltas de asistencia o puntualidad, deben ser además injustificadas para que constituyan causa de despido.

- **Indisciplina o desobediencia en el trabajo.**

Es la consecuencia sancionadora del incumplimiento del llamado **deber de obediencia del trabajador** (art.5.e. ET). También vulnera el deber básico de buena fe exigible al trabajador (art.5.a ET).

Se puede decir que la desobediencia tiene lugar cuando el comportamiento del trabajador contraviene las órdenes e instrucciones del empresario, mientras que la indisciplina se produce cuando el trabajador actúa de forma contraria a las reglas contenidas en una norma laboral, sin necesidad de que su acatamiento sea ordenado concreta y expresamente por el empresario.

La indisciplina o desobediencia deben **ser injustificadas y tener la suficiente gravedad**.

- **Ofensas verbales o físicas al empresario a personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.**

Por ofensas verbales se entienden las expresiones orales o escritas que envuelven una ofensa moral para la persona que la sufre o recibe, y pueden consistir en insultos, imputación de hechos falsos, menosprecio al ofendido con frases o gestos despectivos... Las expresiones deben tener un alcance ofensivo por sí, objetivamente.

La jurisprudencia requiere para que las ofensas verbales constituyan causa de despido, la intencionalidad o *animus injuriandi*, es decir, la finalidad de deshonar, desacreditar o menospreciar.

Por ofensa física se entiende el injusto ataque de una persona a otra, materialmente, al hacerla objeto de una agresión que lesione o pueda lesionar su integridad corporal. No es necesario que exista contacto físico, ni que la agresión se consume, bastando con que simplemente lo intente.

El sujeto pasivo de las ofensas verbales o físicas puede ser *el empresario o las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos*, debe existir una conexión con el trabajo.

- **Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo.**

El abuso de confianza es un supuesto especial de quebrantamiento del deber de buena fe que incumbe a

empresario y trabajador, cualificado por alguna circunstancia especial que implica que el empresario, en ciertos casos, ha depositado una especial confianza en el trabajador, y que este traiciona con su ilícito proceder. Algunas manifestaciones son:

- Negligencia inexcusable en el desempeño de sus funciones por parte del trabajador.
- Trabajos en situación de incapacidad temporal.
- Hurto y apropiación indebida, con independencia del valor de lo hurtado o apropiado.
- Chantaje a la empresa.
- Revelar o difundir información confidencial de la empresa o utilizar en provecho propio esa información.
- Competencia desleal.
- Abuso de crédito horario por parte de los representantes de los trabajadores.
- Daños materiales en el patrimonio de la empresa o de terceras personas relacionadas con esta.
- Utilización abusiva en provecho propio de bienes propiedad de la empresa.
- **Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado.**

Debe producirse una **disminución por debajo del rendimiento normal o pactado**, prolongada en el tiempo y atribuible a la exclusiva voluntad del trabajador. La causa de despido requiere la concurrencia de estas tres notas:

- **Disminución del rendimiento normal o pactado.** El rendimiento del trabajador puede valorarse con arreglo a dos criterios, ambos utilizados por la jurisprudencia:

– *Criterio subjetivo:* toma como medida el rendimiento conseguido por el trabajador con arreglo a su aptitud o cualificación.

– *Criterio objetivo:* valora el rendimiento fijado en el correspondiente pacto individual o colectivo o, a falta de tal pacto, al logrado por los trabajadores que realizan la misma actividad.

- **Voluntariedad.** No basta con la disminución del rendimiento, sino que además dicha disminución debe responder a la voluntad del trabajador.
- **Continuidad.** La disminución de rendimiento ocasional o aislada no justifica el despido, sino que se requiere una disminución ininterrumpida o intermitente, pero prolongada en el tiempo.

- **Embriaguez habitual o toxicomanía.**

La **embriaguez habitual**, la jurisprudencia la equipara al alcoholismo, al entender que la conducta del trabajador hasta contraer la enfermedad (alcoholismo) es voluntaria, y por lo tanto no encuadrable dentro de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo (incapacidad temporal).

Por **toxicomanía**, la Real Academia de la Lengua Española, entiende el *hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones agradables o que suprimen el dolor*.

La causa de despido exige la concurrencia de dos elementos: **habitualidad y repercusión negativa en el trabajo**.

- **Habitualidad:** el empresario debe demostrar que el estado de embriaguez o toxicomanía del trabajador se produce frecuentemente.
- **Repercusión negativa en el trabajo:** deberá ser acreditada por el empresario, normalmente a través de la prueba de la falta o la disminución en el rendimiento del trabajador, o, a través de la prueba de errores cometidos por el trabajador en su prestación.

Forma de despido disciplinario.

Debe cumplir los siguientes **requisitos de forma**:

- **La carta de despido.**

La acción de despedir supone, que la voluntad extintiva del empresario, debe ser **exteriorizada, comunicada a su destinatario y conocida por el trabajador**. Según el ET, *el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos* (art.55.1). **La exigencia de forma escrita es de derecho necesario absoluto**, en tanto que la notificación por escrito que la ley impone no se puede eliminar ni modificar por convenio colectivo o contrato individual de trabajo.

La carta de despido se puede definir como **la comunicación escrita que el empresario debe entregar al trabajador, con la finalidad de manifestar su voluntad de resolver el contrato, y en la que deben constar los hechos que motivaron el despido, y la fecha de efectos del mismo**.

La finalidad fundamental es evitar la indefensión del trabajador, de modo que este pueda proceder a la defensa de sus intereses frente al empresario.

En la carta de despido debe figurar necesariamente:

- **Los hechos que lo motivan:** es decir, aquellos hechos que, a juicio del empresario, constituyen causa legítima para resolver el contrato. En la carta deben especificarse los hechos imputados, y la fecha en la que tuvieron lugar.
- **La fecha en la que tendrá efectos:** lo que se refiere a la fecha del despido real y efectivo, a partir de la cual se extingue la relación laboral. La finalidad perseguida es que el trabajador despedido conozca el momento preciso a partir del cual comienza a computarse el plazo de caducidad para interponer la correspondiente demanda que, según el art. 59.3 ET, es de 20 días hábiles siguientes a aquél en que el despido se hubiera producido.

La carta de despido debe ser firmada por el empresario o persona por él delegada, con poderes suficientes para despedir al trabajador.

La carta de despido debe **llegar a conocimiento del trabajador despedido**, y ello impone al empresario, la realización de buena fe de todos los esfuerzos que sean precisos con tal finalidad. En cuanto a la forma de entrega del escrito, la jurisprudencia ha admitido, junto a la normal entrega en mano, el correo ordinario o certificado, con o sin acuse de recibo, el telegrama, burófax, correo electrónico, carta enviada por conducto notarial o el requerimiento notarial. El lugar de la entrega podrá ser el centro de trabajo o el domicilio del trabajador.

El art.55.2 ET establece que cuando el despido se realice inobservando los requisitos formales, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que se respeten dichas formalidades, si bien este nuevo despido solo producirá efectos desde su fecha, y solo cabrá efectuarlo en el plazo de 20 días a contar desde el siguiente al primer despido. Una vez transcurrido este plazo, el empresario no tiene otra posibilidad que esperar a que la sentencia declare el despido improcedente por defecto de forma, en cuyo caso la LPL (art.110.4) le concede el plazo de 7 días, desde la declaración de improcedencia del despido para que pueda proceder a un nuevo despido cumpliendo los requisitos formales.

- **Expediente contradictorio en el caso de los representantes de los trabajadores.**

El art.68.a. ET, **impone al empresario la exigencia de apertura de un expediente contradictorio en el supuesto de que vaya a imponer sanciones por faltas graves o muy graves a los representantes de los**

trabajadores. La LOLS extiende esta garantía a los delegados sindicales (art.10.3).

Dicho expediente se debe abrir en cualquier supuesto de despido disciplinario de un representante (legal o sindical) de los trabajadores, estén o no vinculados los hechos que lo motivan con sus funciones representativas.

La jurisprudencia considera que el expediente debe cumplir tres requisitos:

- Que permita la defensa del trabajador.
- Que sea contradictorio.
- Que se de audiencia al interesado y al resto de los representantes.

La tramitación del expediente ha de permitir que el afectado pueda conocer con claridad las imputaciones del empresario y que se le conceda audiencia, pudiendo formular las alegaciones y proponer las pruebas que estime necesarias para su defensa, todo ello con carácter previo a la decisión extintiva.

La representación de los trabajadores deberá ser oída, expresando su opinión de manera colegiad, a través del correspondiente informe.

- **Audiencia a los delegados sindicales en el caso de despido de trabajadores afiliados a un sindicato.**

Si el trabajador estuviere afiliado a un sindicato y al empresario le constare tal circunstancia, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato (art.55.1 último párrafo).

- **Otros requisitos formales.**

Por convenio colectivo, pueden establecerse otras exigencias formales para el despido.

Efectos del despido disciplinario.

El trabajador dispone, para impugnar el despido, del **plazo de 20 días hábiles, desde la fecha en que el despido se hubiera producido**. Si el trabajador impugna dentro de este plazo el despido, este podrá ser calificado por los órganos de la Jurisdicción Social **como procedente, improcedente o nulo**.

El trabajador despedido se encuentra en situación legal de desempleo a partir de la fecha de efectividad del despido (art.208.1 TRLGSS), lo que significa que si reúne los demás requisitos legalmente establecidos (periodo de cotización o de carencia), tendrá derecho a la prestación por desempleo. Ello conlleva que aunque el trabajador hay impugnado judicialmente el despido, mientras se es está sustanciando el procedimiento, podrá percibir la prestación por desempleo, que más tarde, y según los casos, podrá serle reclamada por la Entidad Gestora al empresario.

- **Despido nulo.**

Conforme al art.55.5 ET, serán nulos los despidos:

- Cuando tengan por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.
- El que los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho periodo.

- El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión por maternidad o riesgo durante el embarazo, y el de los trabajadores que hayan solicitado permisos por lactancia, guarda legal de menores de 6 años o minusválidos, cuidado de familiares hasta el segundo grado que no puedan valerse por sí mismos y no realicen actividad retribuida, o hayan solicitado la excedencia para el cuidado de hijos o cuidado de familiares hasta el segundo grado que no puedan valerse por sí mismos y no realicen actividad retribuida.

En los dos últimos casos, el despido se calificará como nulo, salvo que se declarase su procedencia, al responder a una causa de despido totalmente ajena al embarazo o a los permisos o excedencia reseñados.

El mayor problema que plantea el despido discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales, es el de la prueba del carácter discriminatorio del despido, ya que normalmente el despido aparece enmascarado por otros motivos. Al trabajador, por ello, le resulta muy difícil probar directamente el móvil discriminatorio, y por ello, el TC sentó la doctrina de que el trabajador **debe probar o aportar indicios racionales que permitan establecer una cierta presunción sobre la alegada discriminación o lesión del derecho fundamental.**

Respecto a los efectos del despido nulo, el art.55.6 ET y 113 LPL establecen **que el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido.**

Con respecto a los *salarios dejados de percibir desde la fecha del despido*, los salarios de tramitación, que se extienden desde la fecha de notificación de la sentencia, el art.57.1ET último inciso dado por el RDL 5/2002, señala expresamente que deberán ser fijados por la sentencia que declare la nulidad. Si el trabajador hubiera estado percibiendo la prestación por desempleo, cuando se produzca su readmisión efectiva la Entidad Gestora a cargo de la misma, dejará de abonarla, debiendo el empresario ingresar en aquella las cantidades percibidas por tal concepto por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir con el límite de la suma de los mismos.

Una vez firme la sentencia que declara nulo el despido, si el empresario no la cumple voluntariamente, el trabajador puede instarlo, requiriendo el órgano judicial para que se realice dentro del plazo de los 3 días siguientes. Si la readmisión no tiene lugar, o se produce de forma irregular, el trabajador puede instar el cumplimiento, citando el Juez a las partes a una comparecencia, y tras oírlos, si considera que no se efectuó la readmisión o no se hizo en debida forma, requerirá al empresario para que reponga al trabajador en su puesto de trabajo, dándole para ello el plazo de 5 días. Si el empresario no cumple esa obligación, el Juez acordará las siguientes medidas:

- Que el trabajador continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de Convenio Colectivo o norma estatal se produzcan, hasta la fecha de la readmisión en debida forma.
- Que el trabajador continúe en alta y con cotización en la S.S.
- Si el despedido es representante de los trabajadores, que continúe desarrollando en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo.

Si fuera imposible readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada, el Juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral, acordando que se abonen al trabajador la indemnización por despido improcedente y los salarios devengados hasta la fecha desde la fecha de la sentencia hasta la de la resolución.

- **Despido improcedente.**

A partir del art.55.4 ET, podemos decir que el despido **será calificado de improcedente cuando no quede**

acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación o cuando su forma no se ajustara a lo establecido en el art.55.1. Así el despido puede ser improcedente por **motivos de fondo** o por **motivos de forma**.

- **Razones de fondo:**

- Falta de prueba de los hechos imputados al trabajador en la carta de despido.
- No ser los hechos imputados constitutivos de causa de despido.
- Falta de proporcionalidad en la sanción impuesta, al no revestir los hechos la gravedad y culpabilidad necesaria para ser constitutivos de causa de despido, aunque pudieran dar lugar a otra sanción menor.

- **Motivos formales:**

- Ausencia de carta de despido o defectos en la misma.
- Ausencia de expediente contradictorio en el caso de los representantes de los trabajadores o defectos en su tramitación tales como la denegación injustificada de pruebas, la falta de audiencia a la representación de los trabajadores, etc.
- Falta de audiencia a los delegados sindicales en el despido de trabajadores afiliados a un sindicato.
- Omisión de las formalidades previstas en el Convenio.

Un supuesto especial de despido improcedente, por defecto de forma, lo constituye el denominado **despido tácito**, que alude a la **extinción del contrato de trabajo que se deduce o cabe suponer del comportamiento del empresario, y que no va acompañada de una declaración de voluntad clara y directamente encaminada a la extinción del contrato de trabajo**. El gran problema que plantea el despido tácito es el determinar cuándo ha tenido lugar efectivamente.

- También se califican como **despidos improcedentes una serie de casos en los que, aunque inicialmente la decisión del empresario no era extinguir unilateralmente el contrato de trabajo, la jurisprudencia y la doctrina legal les han dado a posteriori la condición de despidos, a los efectos de calificarlos como improcedentes**. Son casos en los que, inicialmente, el empresario comunica al trabajador la extinción del contrato por una causa legal distinta al despido. Entre otros:

- Extinciones del contrato sin alegación de causa alguna.
- Extinción de contratos para obra o servicio determinado antes de concluir éstos.
- Extinción de contratos eventuales antes del tiempo pactado.
- Extinción del contrato al amparo de un periodo de prueba no válido o superado este.
- Extinción de contratos temporales en fraude de ley.
- Negativa a readmitir al trabajador con contrato suspenso por enfermedad, servicio militar, etc.
- Negativa a readmitir a excedentes voluntarios, existiendo vacantes correspondientes a su categoría.

El efecto de la declaración de improcedencia del despido, conlleva la condena al empresario **a optar por la readmisión del trabajador o la extinción del contrato de trabajo con abono de una indemnización**. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo (art.56.1ET). El plazo para que el empresario opte entre la indemnización o la readmisión es de 5 días computados a partir de la notificación de la sentencia, entendiéndose en caso de falta de opción expresa, que opta por la readmisión.

En caso de que el despido hubiera sido declarado improcedente por defectos formales y el empresario hubiera optado por la readmisión, puede efectuar un nuevo despido dentro del plazo de 7 días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no se considerará una subsanación del primitivo, sino un nuevo despido que surtirá efectos desde su fecha.

El empresario es por tanto, **el titular de la opción entre readmitir al trabajador o extinguir el contrato con el abono de la indemnización, salvo en el caso de los representantes de los trabajadores, en cuyo caso la opción corresponderá siempre a éste, que de no efectuar opción expresa se entiende que opta por la readmisión (art.56.4ET).**

Si el trabajador contratado temporalmente hubiera sido despedido, y el contrato temporal, vence antes de la declaración judicial de improcedencia del despido, desaparece la posibilidad de opción del empresario, manteniéndose la obligación del empresario de indemnizar al trabajador.

La indemnización por despido improcedente se encuentra tasada por ley a 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores, y con el límite máxima de 42 mensualidades. El salario que se toma como módulo para la indemnización es el que se percibía en el momento del despido, y si resulta inferior al que la norma mínima de derecho necesario impone, este último es el que deberá ser tenido en cuenta.

La fórmula usual para calcular el salario día a efectos de indemnización, consiste en dividir el último percibido (con la parte proporcional de pagas) entre 30. Lógicamente, quedan fuera del salario módulo, las indemnizaciones o suplidos. Respecto a algunos conceptos de devengo irregular (horas extraordinarias, incentivos, comisiones...), lo habitual es cuantificar su promedio en el último año.

Para calcular el segundo factor, es decir, los años de servicio, se tiene en cuenta el tiempo de servicio a la empresa, desde el ingreso del trabajador hasta la fecha del despido, por lo que queda excluido el tiempo durante el que el trabajador estuvo en situación de excedencia voluntaria.

Si el empresario opta por readmitir al trabajador, deberá abonar al trabajador, los salarios dejados de percibir por éste desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia (art.57.1 ET). Dichos salarios de tramitación deben ser fijados por la sentencia. La regla general, para el cálculo de los mismos es multiplicar el salario diario del trabajador (incluida la parte proporcional de pagas), por el número de días transcurridos desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.

Durante el periodo de tiempo que media entre el despido y la notificación de la sentencia, el trabajador pudiera haber estado percibiendo la prestación por desempleo. Si el empresario ha optado por la readmisión, y en consecuencia debe abonar los salarios dejados de percibir, la Entidad Gestora cesará en el abono de la prestación, debiendo el empresario ingresar en la misma las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir con el límite de la suma de los mismos (art.57.2 ET).

También es posible que el trabajador hubiera encontrado otro empleo con anterioridad a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido, éste lo podrá descontar de los salarios de tramitación (art.57.2 párr.2º ET).

Tras la reforma del art.57 ET operado por el RDL 5/2002, ha desaparecido la previsión contenida en su anterior versión, de pago por parte del Estado de los salarios de tramitación cuando la sentencia que declarara la improcedencia del despido se dictara transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, en cuyo caso podía el empresario reclamar al Estado dichos salarios abonados al trabajador. Sin embargo, dado que no se han derogado expresamente los arts. 116 a 119 LPL relativos al proceso especial de reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido, y como el art.116.1 de la citada norma contempla la posibilidad de dicha reclamación a través del procedimiento regulado en los arts siguientes, es factible defender que el Estado debe hacerse cargo del pago de dichos salarios, en los términos establecidos por la ley procesal.

Tras la reforma operada por el RDL 5/2002, en los casos de despido improcedente, en los que se opte por la indemnización, el trabajador no tendrá derechos a los salarios de tramitación, a diferencia de lo que sucedía

con anterioridad a la reforma, donde el trabajador tenía derecho a los salarios de tramitación, tanto si el despido era declarado nulo como improcedente.

Si habiéndose optado por la readmisión y esta no se produce, o tiene lugar de forma irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución de la sentencia, dando lugar a un incidente procesal que, desembocará, si el juez estima que efectivamente la readmisión no ha tenido lugar, o ha sido irregular, en una resolución (Auto), por la que declarará extinguida la relación laboral y se condenará al empresario al abono de la indemnización por despido improcedente, más una posible indemnización adicional de 15 días de salario por año de servicio con el límite de una anualidad, en atención a las circunstancias concurrentes, y los perjuicios irrogados al trabajador por la no readmisión o readmisión irregular. Asimismo, el empresario deberá abonar al trabajador los salarios dejados de percibir desde la fecha de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia del despido hasta la de la mencionada resolución extintiva de la relación laboral.

- **Despido procedente.**

El art.55.4 ET lo define como **aquel en el que queda acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación, siendo este constitutivo de causa de despido, y habiéndose cumplido los requisitos de forma legalmente previstos.** La declaración de procedencia del despido **convalida** la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni al abono de salarios de tramitación.

- **EL DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS: CAUSAS, FORMA Y EFECTOS.**

Concepto de despido por causas objetivas.

La ley no ofrece una concepción unitaria para el denominado **despido por causas objetivas**. El art.52 ET contempla una serie de supuestos (cinco) en los que el empresario puede extinguir el contrato de trabajo, cuya nota común es que se trata de causas que **no pueden ser imputadas directamente a la voluntad del trabajador**. Algunas de estas causas son inherentes a su persona y puede incluso que remotamente achacables a su conducta.

Atendiendo a las causas que justifican el despido, podría establecerse la siguiente clasificación:

- Despido objetivo por causas que afectan al trabajador, que comprende los siguientes casos:
 - La ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación en la empresa.
 - La falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación.
 - Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos periodos de tiempo.
- El despido objetivo por causas que afectan a la empresa:
 - Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
 - En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable y financiados mediante consignación presupuestaria para el mantenimiento del puesto de trabajo que se trate.

El art.51 ET, al regular el **despido colectivo** lo define a partir de la ocurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por lo que éste, no sería otra cosa que un despido objetivo por causas que afectan a la empresa, cuya singularidad radica en el número de trabajadores afectados, lo que se traduce un procedimiento especial para llevarlo a cabo.

Causas de despido objetivo.

- **Despido objetivo por causas que afectan al trabajador**

- *Ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación.*

La *ineptitud* se puede definir como **la falta en el trabajador de las condiciones necesarias para desempeñar adecuada o provechosamente un determinado trabajo**. La ineptitud debe implicar una disminución del rendimiento o un trabajo defectuoso. La jurisprudencia la configura de acuerdo a las siguientes notas:

- Ha de referirse al conjunto de tareas básicas o habituales encomendadas al trabajador.
- Ha de referirse al trabajo contratado.
- El bajo rendimiento producido por la ineptitud ha de ser debido a causas ajenas y extrañas a la voluntad del trabajador.
- La ineptitud ha de tener carácter permanente.

Por lo que se refiere a la ineptitud originaria y sobrevenida, la originaria sólo puede ser considerada causa de despido cuando fuese desconocida por el empresario en el momento de contratar y no hubiese mediado periodo de prueba. Esta regla general tiene dos excepciones: que el contrato se hubiera celebrado contraviniendo las normas legales sobre titulaciones, y las ineptitudes ocultas.

Las principales **causas productoras de ineptitud** son:

- **La edad.**
- **La enfermedad o el accidente.**
- **La falta de titulación habilitante para el ejercicio de la profesión o actividad.**
- *Por la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido, como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación.*

La falta de adaptación a los cambios técnicos es un peculiar caso de ineptitud sobrevenida del trabajador.

Son presupuestos de esta causa de despido:

- **Introducción de modificaciones técnicas en el puesto de trabajo.**
- **Que los cambios sean razonables, aconsejado por motivos de producción.**
- **Que el trabajador haya devenido inepto por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo.**
- **Que hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que la modificación se produjo.** El periodo de dos meses de adaptación quedará suspendido si el empresario ofrece un curso de readaptación profesional, que no suspenderá el contrato de trabajo, como incorrectamente dice el ET, sino el periodo de adaptación de dos meses; y por ello porque, en el caso de que el empresario proporcione al trabajador un curso de readaptación o de reconversión profesional, la empresa está obligada a retribuir al trabajador con el salario medio que viniera percibiendo (art.52.b. ET).

- *Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos periodos de tiempo.*

El supuesto de hecho requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- **El trabajador ha de incurrir en ausencias al trabajo.** No basta con que se trate de faltas de puntualidad. El ET dispone que *no se computarán como faltas de asistencia, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de la actividad de representación legal de los trabajadores, accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración demás de 20 días consecutivos.*
- **Las ausencias han de ser intermitentes.** El porcentaje de ausencias debe repetirse con frecuencia y periodicidad.
- **Que dichas ausencias alcancen al menos el 20% de las jornadas hábiles en dos meses naturales consecutivos, o el 25% en cuatro meses naturales discontinuos, dentro de un periodo de doce meses.** Al referirse el porcentaje a días hábiles, hay que excluir, desde luego, los domingos, festivos y vacaciones.
- **Que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los periodos que sirven para el cálculo del número de ausencias, es decir, dos meses naturales consecutivos o cuatro meses naturales discontinuos dentro de un periodo de doce meses.** Se computarán todos los trabajadores que presten sus servicios de modo permanente en el mencionado centro.

De modo expreso, la jurisprudencia ha precisado que no se computan en el porcentaje de absentismo los días empleados en el ejercicio colectivo de una huelga legal.

- **Despido objetivo por causas que afectan a la empresa.**

- *Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1ET, y en número inferior al establecido en el mismo.*

En el análisis de esta causa de despido, deben tomarse en consideración **tres elementos**:

- La necesidad de amortizar un puesto de trabajo.
- Las causas por las que debe amortizarse ese puesto.
- La conexión entre la extinción y las finalidades de la misma.

La amortización consiste en una reducción permanente del número de trabajadores que componen la plantilla de la empresa, siendo éste el criterio decisivo y no el de la eliminación de funciones.

Las causas de amortización:

- **Causas económicas:** Situaciones de **perturbación económica** que afectan a las empresas. Algunos autores entienden que son aquellas que conducen a la **inviabilidad de la empresa** en su estructura presente, mientras que para otros lo decisivo es que los costes de producción de los bienes y servicios que constituyen el objeto de la actividad empresarial son superiores a los ingresos que obtiene el empresario de lanzar esos mismos bienes y servicios al mercado. La jurisprudencia alude a *cualquier modalidad de un estado desequilibrado y crítico de la estructura económica y financiera de la empresa*. Es un elemento determinante de la existencia de causa económica la **existencia de**

pérdidas. La causa económica que justifica la extinción debe reunir las siguientes notas: **realidad, suficiencia y actualidad.**

- **Causas técnicas:** aparecerá cuando se produzca la **alteración o modificación del proceso de producción introduciendo nuevos métodos que conllevan la reestructuración de los servicios o especializaciones precisas.**
- **Causas organizativas:** consisten en la **adecuación de la estructura de la empresa y sus medios a las líneas de producción que desarrolla.**
- **Causas productivas:** se **asocian a las dificultades que el entorno ocasiona a la capacidad productiva de la organización empresarial** y que imponen la transformación o reducción de la producción.

La norma exige una **determinada conexión entre la extinción y la finalidad de la misma.**

- Para las causas económicas es contribuir a superar una situación económica negativa.
- Por el contrario, para las causas técnicas, económicas y de producción, la finalidad es superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos.
- *Por insuficiencia de consignación presupuestaria para el mantenimiento de contratos indefinidos concertados directamente por las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista.*

Forma de despido objetivo.

Las formalidades del despido por causas objetivas, se regulan en el art.53 ET y son las siguientes:

- **Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.**

Al igual que el despido disciplinario, se le debe entregar al trabajador una comunicación escrita, o carta de despido, en la que deben hacerse constar, **los hechos en los que se basa el despido.**

El contenido debe ser **inequívoco**, es decir, suficientemente claro y expreso para evitar toda duda o incertidumbre. El despido por causas objetivas se basa en *circunstancias objetivas, expresión en la que se agrupan motivos referentes a la persona del trabajador o relacionados con la situación de la empresa.*

Además, la carta habitualmente contiene la fecha del despido, así como una referencia a la puesta a disposición de la indemnización y la concesión del plazo de preaviso o su sustitución por el salario correspondiente.

- **Puesta a disposición del trabajador de la indemnización.**

El empresario debe ponerla a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Debe producirse **en el mismo acto en que el trabajador conoce la extinción de su contrato**, debiendo ser efectivamente realizada y no meramente alegada en la carta.

El **requisito de la puesta a disposición** se puede entender cumplido de dos maneras:

- Acompañando a la comunicación de cese la cantidad que corresponde, en metálico o en cualquier otro

medio de pago admitido en Derecho.

- Indicando en la comunicación de cese el modo en el que puede hacerse efectiva, siempre que entre la comunicación y el cobro no se rompa una práctica simultaneidad.

El empresario no puede condicionar la entrega de la indemnización a la firma, por parte del trabajador de un finiquito, teniendo derecho a percibir la indemnización, aunque, en el momento de entregársele al trabajador la comunicación de cese, manifieste su disconformidad y su intención de recurrirlo.

El ET establece que *cuando la decisión extintiva se fundase en el art.52.c, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva* (art.53.1.b). La aplicación de esta excepción, requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Que la causa alegada para el despido sea económica.
 - Que la empresa no pueda poner a disposición del trabajador la indemnización, en el momento de la indemnización, por falta de liquidez, o porque, disponiendo de liquidez, la entrega de la indemnización pudiera comprometer la viabilidad de la empresa.
 - Que la empresa haga constar expresamente en la comunicación al trabajador, la imposibilidad de poner a su disposición la indemnización.
- **Concesión de un plazo de preaviso.**

El empresario debe preavisar al trabajador con 30 días, computado desde la entrega de la comunicación personal hasta la extinción del contrato de trabajo. El preaviso tiene como finalidad el posibilitar al trabajador la búsqueda de nuevo empleo. A estos efectos, durante el periodo de preaviso el trabajador tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a **una licencia de 6 horas semanales** con el fin de buscar nuevo empleo.

En los supuestos de amortización del puesto de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el empresario debe dar **copia del preaviso a la representación legal de los trabajadores.**

Efectos del despido objetivo.

El trabajador puede recurrir la decisión extintiva del empresario, como si de un despido disciplinario se tratase (arts. 120 y ss. LPL). El plazo para impugnarla es de **20 días** desde la **fecha de extinción del contrato**. La sentencia puede calificar el despido como **procedente, improcedente o nulo**.

- **Despido procedente.**

Se calificará como procedente **si se han cumplido las formalidades legales y concurría causa legal de despido objetivo**. En este caso, el trabajador consolida la indemnización percibida y se encontrará en situación legal de desempleo por causa a él no imputable.

- **Despido nulo.**

Páginas 526 y 527. *Se mantienen los mismos supuestos de nulidad y las consecuencias de la misma, debiéndose añadir únicamente las matizaciones realizadas al tratar del despido disciplinario nulo.*

Caben cinco **supuestos de nulidad**:

- **Cuando no se hubieran cumplido las formalidades previas para el despido objetivo, y en**

concreto, la ausencia de comunicación escrita insuficiencia de la misma o no poner a disposición del trabajador la indemnización legal. La posterior observancia por el empresario de estos requisitos no constituirá en ningún caso, subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha.

- **Cuando la decisión extintiva tuviera como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la constitución o en la ley, o se hubiera producido con violación de derechos fundamentales del trabajador.**
- **Se haya efectuado en fraude de ley, eludiendo las normas establecidas para los despidos colectivos.**
- **El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión por maternidad o riesgo durante el embarazo, y el de los trabajadores que hayan solicitado permisos por lactancia, guarda legal de menores de seis años o minusválidos, cuidado de familiares hasta el segundo grado que no puedan valerse por si mismos y no realicen actividad retribuida, o hayan solicitado la excedencia para el cuidado de hijos o cuidado de familiares hasta el segundo grado que no puedan valerse por si mismos y no realicen actividad retribuida.**

En los dos últimos casos, el despido será declarado nulo, salvo que por el empresario se acredite la existencia de una causa real de despido, ajena al embarazo, a los permisos o a la excedencia citada, en cuyo caso, se declarará procedente.

Los efectos de la calificación de nulidad serán **la readmisión del trabajador y el abono de los salarios de tramitación**, sin que estos puedan reducirse de las correspondientes al periodo de preaviso. El trabajador deberá reintegrar la indemnización que hubiera percibido.

- **Despido improcedente.**

El despido se calificará como improcedente cuando el Juez considere que no se ha acreditado la concurrencia de la causa de extinción.

Los efectos son que el empresario **deberá optar entre la readmisión del trabajador o la extinción del contrato** con el abono de la indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores, y con el límite máximo de 42 mensualidades.

Si el empresario procede a la readmisión del trabajador, éste deberá reintegrar la indemnización percibida. Si hubiera optado por la extinción, de la indemnización de 45 días por año de servicio, se deducirá el importe de la que hubiera percibido el trabajador en el momento de la extinción.

Respecto a los salarios dejados de percibir por el trabajador (tramitación) desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, su régimen jurídico es el mismo que el ya analizado al tratar el despido disciplinario.

- **DESPIDOS COLECTIVOS: CAUSAS, PROCEDIMIENTO Y EFECTOS.**

Concepto de despido colectivo.

El ET entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de 90 días, la extinción afecte, al menos a:

- *10 trabajadores en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.*
- *El 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.*

- *30 trabajadores en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores (art.51.1).*

La norma construye el concepto de despido colectivo en base a dos **factores**:

- La **conurrencia de determinadas circunstancias** cuya realidad y suficiencia quedan sometidas a un proceso de control previo (causas económicas, técnicas, organizativas y de producción).
- La **trascendencia de la decisión empresarial**, que a su vez se determina con arreglo a un **doble criterio**:
 - Número de trabajadores afectados en relación con el número de trabajadores en la empresa.
 - Concentración de sus efectos en un determinado periodo de tiempo de 90 días.

Causas de despido colectivo.

Nuestra legislación contempla únicamente motivos de orden económico, o sea, las que denomina **causas económicas, técnicas, organizativas o de producción**. Según el ET se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos (art.51.1 ET).

Ya se ha referido como, dentro del despido objetivo, cabría distinguir entre causas que afectan al trabajador, y causas que afectan a la empresa. Entre estas últimas se encuentran las económicas, técnicas, organizativas y de producción (art.52.c.ET). Por ello, podría decirse que el despido colectivo, constituye un supuesto de despido objetivo, por causas que afectan a la empresa, cualificado por el número de trabajadores afectados.

Número de trabajadores afectados.

Lo que realmente cualifica al despido colectivo, más que sus causas, es el número de trabajadores afectados, en un determinado periodo de tiempo (90 días), de forma que la extinción afecte, al menos a:

- *10 trabajadores en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.*
- *El 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.*
- *30 trabajadores en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores (art.51.1).*

Además, quedan sometidos a la disciplina de los despidos colectivos los supuestos de cese de **la totalidad de la plantilla de la empresa, cuando el número de afectados sea superior a cinco**, y aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial por las causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones de contratos, se tendrán en cuenta, cualesquiera otras extinciones. Es decir, para determinar si se acude o no al procedimiento de despido colectivo, deben de tomarse en consideración aquellas extinciones de contratos de trabajo, que hubieran tenido lugar durante el periodo de referencia de 90 días y que cumplan dos **requisitos**:

- Que hayan sido adoptadas por el empresario.
- Que tengan su fundamento en motivos no inherentes a la persona del trabajador.

Por tanto, las extinciones computables serán las debidas a: condición resolutoria basada en un motivo no inherente a la persona del trabajador y amortización por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

El periodo de referencia es el de 90 días naturales. La norma establece una **presunción del carácter fraudulento** del goteo de despidos objetivos que, en periodos sucesivos, superan el umbral del despido colectivo. Dicha presunción, podrá ser destruida por el empresario, que deberá acreditar que la sucesión de despidos individuales no perseguía eludir la normativa de los despidos colectivos, sino que existen causas sobrevenidas a las del anterior periodo, que justifican los nuevos despidos.

Procedimiento de regulación de empleo.

Se articula en dos **fases: una de carácter autónomo**, encaminada a obtener un **acuerdo** con los representantes de los trabajadores y **otra de carácter administrativo**, para obtener la correspondiente autorización administrativa.

Ambas fases comienzan de forma simultánea, mediante la solicitud del empresario a la autoridad laboral competente y la apertura del periodo de consultas.

El empresario deberá acompañar a su solicitud la siguiente documentación:

- **Memoria explicativa** de las causas o motivos del proyecto empresarial.
- La **documentación**, que *a su derecho convenga*, **acreditativa** de la situación que le lleva a plantear el procedimiento de despido colectivo.
- **Relación del número de trabajadores empleados** habitualmente por la empresa durante el año anterior y sus categorías.
- **Número y categorías de trabajadores afectados** por el expediente.
- **Criterios** tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser afectados.
- **Periodo** en el cual se pretende efectuar las extinciones.
- En empresas con 50 o más trabajadores, el **plan de acompañamiento social**, que debe contemplar las medidas necesarias para atenuar las consecuencias del expediente para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

Por último, se establece que se solicite a los representantes de los trabajadores el **preceptivo informe** a que se refiere el art.64.1.4º.a y b ET.

Si la autoridad laboral entendiese que la solicitud no reúne los requisitos exigidos, se dirigirá al empresario a efectos de que éste proceda a su subsanación. Los plazos de duración de las consultas no comenzarán a computarse hasta que el empresario haya subsanado los defectos observados en la documentación aportada.

Una vez recibida la comunicación, la autoridad laboral ha de dar traslado de la comunicación a la entidad gestora de la prestación por desempleo (INEM), y recabar **Informe de la Inspección de Trabajo y S.S.**, que deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y cuantos otros extremos resulten necesarios para resolver fundadamente.

El **periodo de consultas, su duración no podrá ser inferior a 30 días naturales**, aunque se podrá dar por terminado antes en el caso que se alcance entre las partes un acuerdo. Durante el mismo, **las partes deben negociar de buena fe, a fin de llegar a un acuerdo**. Es necesario documentar las reuniones en una o varias actas y, en todo caso, confeccionar un **acta final**. Las actas serán remitidas a la autoridad laboral al finalizar el periodo de consultas. En ese momento se le comunicará también el resultado de las mismas.

El periodo de consultas puede finalizar con acuerdo o sin acuerdo:

- El acuerdo requerirá la conformidad de la **mayoría de los miembros del Comité o Comités de Empresa, de los Delegados de Personal o de las representaciones sindicales**.
- Si no se hubiera alcanzado un acuerdo, la Administración deberá resolver sobre la solicitud

empresarial en el plazo de 15 días naturales desde la comunicación empresarial del fin del periodo de consultas. Si la Administración no contesta en este plazo, se entiende aprobada la medida por silencio positivo.

La resolución será motivada y congruente con la solicitud empresarial, estimando o desestimándola en todo o en parte. Las resoluciones administrativas que ponen fin a un procedimiento de despido colectivo son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Respecto a la selección de los trabajadores afectados por el expediente, es una cuestión que compete al empresario, sin más límite que la preferencia a favor de la permanencia de los representantes de los trabajadores y la vigencia general del principio de no discriminación.

Dado que la pérdida de empleo para un trabajador de 55 o más años, unida a las dificultades para encontrar un nuevo trabajo, puede ocasionar una importante disminución en la cuantía de su pensión de jubilación, el art.51.15 ET, contempla que, en el caso de expedientes de regulación de empleo de empresas con 55 o más años de edad, existirá la obligación empresarial de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial con la S.S.

Existe la posibilidad de que el expediente **pueda ser iniciado por los trabajadores a instancias de sus representantes**, cuando se prevea que la no incoación por parte del empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación.

Efectos del despido colectivo.

La aprobación del expediente **autoriza al empresario para extinguir los contratos afectados**, sin que un eventual recurso contra la resolución administrativa demore su efectividad.

Los despidos colectivos efectuados sin previa autorización administrativa serán declarados **nulos** por el órgano judicial correspondiente, debiendo procederse a la inmediata readmisión de los trabajadores, con abono de los salarios dejados de percibir.

Breve referencia a la extinción por fuerza mayor.

La fuerza mayor, definida como *todo acontecimiento extraordinario originado por causas ajenas a la actividad empresarial, de carácter **excepcional o inevitable**, que no se hubiera previsto o que previsto no e hubiera podido evitar, que ocasione la imposibilidad definitiva de continuar la relación laboral.*

Cuando el despido colectivo se fundamente en la existencia de fuerza mayor, ésta deberá ser **constatada por la autoridad laboral** mediante la **tramitación de un expediente simplificado**, ya que la documentación a aportar es libre. Se elimina el periodo de consultas y sólo se practicarán las actuaciones y se pedirán los informes que resulten indispensables. La autoridad laboral dictará resolución en el plazo de cinco días y surtirá efectos desde el hecho causante de la fuerza mayor.

La autoridad laboral podrá acordar que la totalidad o parte de la indemnización sea satisfecha por el **FOGASA** (Fondo de Garantía Salarial), sin perjuicio de la posibilidad de éste de resarcirse del empresario.

TEMA 17: LA ADMINISTRACIÓN Y JURISDICCIÓN LABORAL.

• LA ADMINISTRACIÓN LABORAL: ÓRGANOS Y COMPETENCIAS.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales es el órgano de la Administración General del Estado encargado de la propuesta y ejecución de las directrices generales del Gobierno sobre la política laboral, de empleo,

seguridad social y asistencia social.

• **LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: COMPETENCIAS Y PRERROGATIVAS.**

La Inspección de Trabajo y S.S. es un servicio público al que corresponde la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y la exigencia de las responsabilidades que por ello se deriven. Así mismo realiza tareas de asesoramiento y de arbitraje, mediación y conciliación en los conflictos laborales.

Estas funciones las ejercen, los Inspectores de Trabajo y S.S. con garantía de independencia técnica, objetividad e imparcialidad. Bajo su dirección y supervisión técnica se cuenta con los Subinspectores de Empleo y S.S.

La función inspectora se extiende fundamentalmente a tres áreas de actuación:

- La **vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias relacionadas con las relaciones laborales.**
- La **relacionada con la función de asesoramiento, informe, asistencia y colaboración técnica** a empresas, trabajadores, órganos de la Administración y judiciales.
- La que se deriva de la facultad de la Inspección de Trabajo y S.S. para realizar funciones de **arbitraje, conciliación y mediación en conflictos** laborales y huelgas cuando las partes se lo soliciten.

El **ámbito de actuación** de la Inspección se extiende a las empresas, los centros de trabajo y, en general, cualquier lugar en donde se ejecute la prestación laboral, con independencia de la condición o naturaleza que tengan sus titulares, siempre que estos actúen como sujetos de una relación laboral y por tanto responsable del cumplimiento de las normas del orden social.

Concretamente, en el ámbito de la Administración General del Estado, la Inspección de Trabajo y S.S. cuenta con un Reglamento específico de actuación que prevé un procedimiento administrativo especial para la imposición de medidas correctoras por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales (RD 707/2002).

A la hora de ejercer la función inspectora, la Inspección de Trabajo y S.S. puede actuar por propia iniciativa, a petición de su órgano superior, a petición razonada de otro órgano, o como consecuencia de una denuncia no anónima.

En el ejercicio de su función tienen la consideración de autoridad pública y se le garantiza plena autonomía técnica y funcional e independencia frente a cualquier influencia exterior indebida.

La actuación se realiza mediante visitas a los centros de trabajo, o mediante requerimiento de comparecencia. Cuando actúa mediante visita, pueden entrar libremente, en cualquier momento y sin previo aviso, en todos los centros de trabajo.

En su labor inspectora pueden requerir todo tipo de información, documentación, practicar pruebas, examinar libros de la empresa, nóminas y hacerse acompañar por los representantes de la empresa y de los trabajadores.

Conclusión de la actuación: Actas de Infracción.

El inspector dejara constancia de su actuación en el Libro de Visitas de a Inspección de Trabajo y S.S. que debe existir en cada centro de trabajo, y adoptará las medidas que considere procedentes, entre las que caben, desde luego, el inicio del procedimiento sancionador a través de las **Actas de Infracción**, o requerimientos

que si no cumplidos dan lugar a Acta de Infracción.

La Inspección de Trabajo puede, en vez de iniciar el procedimiento sancionador, hacer recomendaciones o advertencias siempre y cuando no se deriven daños o perjuicios directos para los trabajadores.

Las Actas deberán tener el siguiente contenido:

- Los **hechos evidenciados** que motivan el Acta y las circunstancias más relevantes que determinan la calificación de la falta y el grado.
- **El precepto de la norma que se ha vulnerado.**
- **Propuesta de sanción y cuantificación.**

Además de las Actas de Infracción existen otras clases de Actas:

- **Actas de Infracción con estimación de perjuicios económicos**, evaluables provisionalmente en cantidad líquida, cuando de la infracción se deriven estos perjuicios para los trabajadores.
- Actas de Infracción por obstrucción o **Acta de Obstrucción** que pretende garantizar la propia actividad y efectividad de la labor inspectora. Proceden como consecuencia del comportamiento del empresario por aquellas acciones u omisiones que retrasen, perturben o impidan el ejercicio de la labor inspectora, como cuando se obstaculice la entrada o permanencia en el centro, se oculten datos, documentos o se falseen. O por la falta de colaboración. Este Acta no impide una posterior Acta de Infracción.
- **Actas de liquidación de cuotas a la S.S.**, con propuestas de liquidación de deudas o requerimiento de pago de cuotas.

• LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL: INFRACCIONES Y SANCIONES LABORALES.

La potestad sancionadora.

Cuando el Estado a través de la Administración ejerce la potestad sancionadora lo debe hacer con arreglo a determinadas pautas.

La potestad de sancionar que al Estado se le reconoce –en el caso que nos ocupa la Administración Laboral–, requiere que: esté debidamente prevista por una norma legal que la ampare (principio de legalidad). Además, es preciso que las conductas consideradas como infractoras estén debidamente tipificadas (principio de tipicidad), y, por último, se ha de respetar el principio de non bis in idem.

Infracciones.

Se consideran infracciones laborales, aquellas conductas de los empresarios que supongan un incumplimiento de las normas laborales y reglamentarias laborales, incluidas las relativas a la seguridad y salud laboral, así como las contempladas en la parte normativa de los convenios colectivos de naturaleza estatutaria.

Concretamente la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social se tipifican infracciones en materia de:

- **relaciones laborales** individuales y colectivas.
- **Derechos de información y consulta** de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.
- **Incumplimientos de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación transnacional.**
- **Prevención de riesgos laborales.**

- **Materia de empleo.**
- **Empresas de trabajo temporal y empresas usuarias.**
- **Incumplimiento de las disposiciones legales que regulan el sistema de la S.S.**
- **Emigración, movimientos migratorios internos y permisos de trabajo de extranjeros.**
- **Sociedades cooperativas.**

En dicha Ley se califican las faltas en leves, graves y muy graves (art.1.3 LISOS), según su importancia y el grado de intensidad del incumplimiento, en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado. La falta será calificada de carácter **leve**, si se trata de un incumplimiento formal o de tono menor. Se calificará como **grave**, cuando el incumplimiento tenga una cierta trascendencia; y será **muy grave**, si el incumplimiento es de tono mayor, de singular importancia y trascendencia.

Sanciones.

Las sanciones también se gradúan y se imponen en grado mínimo, medio o máximo, en función de diferentes criterios, a saber: intencionalidad y negligencia del empresario, perjuicios causados, número de trabajadores afectados, cifra de negocio, advertencias y requerimientos previos realizados por la Inspección de Trabajo y S.S., así como por cualquier otra circunstancia que pueda atemperar o agravar la infracción cometida.

Al estar en presencia de infracciones de carácter administrativo, las sanciones son de naturaleza económica consistentes en multas, cuya cuantía se fija en función de la calificación de la falta, con un tratamiento diferente en función de las materias infringidas.

Las sanciones las impone la Autoridad Administrativa competente en función de su importe, a propuesta de la Inspección de Trabajo y S.S.

Además de estas sanciones que tiene la naturaleza de multa, se pueden derivar otros efectos sancionatorios adicionales dependiendo de la materia objeto de infracción y su calificación.

Las faltas cometidas y no sancionadas prescriben con el paso del tiempo contando desde la fecha en que se cometió el hecho infractor. Con carácter general se fija a los tres años.

La potestad sancionadora se somete a un **procedimiento** que, se ajusta a los trámites siguientes: la infracción se refleja en el Acta de la Inspección; se notifica al responsable interesado indicando plazo y Autoridad Laboral competente que ha de resolver para que presente las alegaciones que considere oportunas; la Autoridad Administrativa competente, tras las diligencias oportunas en las que hay que incluir la de dar nueva audiencia al interesado si este formula alegaciones que aporten hechos distintos a los incorporados en el Acta, dicta una resolución motivada imponiendo, la sanción que proceda en el plazo de 6 meses contados desde la fecha del Acta, caducando el expediente en caso contrario. En la resolución motivada, se indicará los recursos que proceden contra la misma, plazos para interponerlos y Autoridad u órgano judicial ante quien hay que interponerlo.

Las sanciones firmes son ejecutivas y prescriben a los 5 años desde que resultaron firmes. Una vez agotados los recursos administrativos se puede impugnar ante la jurisdicción social.

• LA JURISDICCIÓN LABORAL: COMPETENCIAS Y ORGANIZACIÓN.

El proceso laboral.

Consiste en una serie de actos ligados entre sí, encaminados a resolver aquellas pretensiones (demandas) que se presentan ante los órganos de la jurisdicción social, sobre materias que versen sobre la rama social del

Derecho.

Nuestro ordenamiento procesal laboral establece una serie de principios muy relacionados entre sí que informan u ordenan el proceso (art.74.1LPL).

El **principio de inmediación**, que se traduce en que los actos de juicio se realizan en presencia del juez, de manera que si este por cualquier causa no pudiera dictar en su momento su sentencia debe repetirse el juicio.

El **principio de concentración**, en virtud del cual distintas y diferenciadas actuaciones procesales se realizan en un acto único, lo que imprime al proceso una mayor rapidez.

El **principio de celeridad**, supone la imposición de plazos breves y perentorios que evite dilatar innecesariamente las fases del proceso.

La demanda, que es en definitiva una petición de tutela judicial, es uno de los pocos actos en los que se exige cierta formalidad: ha de ser presentada por escrito. En ella, se ha de indicar: el órgano judicial a la que se dirige, identificarse el sujeto que presenta la demanda y al que se demanda, así como un relato o descripción de los hechos en los que se basa la pretensión y la concreción clara y concreta de lo que se pide.

La sentencia recoge el parecer del juez o jueces sobre su conformidad o disconformidad respecto lo que se le ha pedido en la demanda con indicación de la norma en la que se ampara. Generalmente se dicta en forma escrita.

Nuestro ordenamiento prevé la posibilidad de presentar recursos contra las resoluciones dictadas con la finalidad de corregir situaciones injustas.

El proceso laboral puede tener alguna especialidad respecto al ordinario o común, en función del objeto de la pretensión planteada.

Se someten a procedimiento especial, entre otros, las impugnaciones de convenios colectivos o estatutos de sindicatos.

La jurisdicción laboral.

La función jurisdiccional o judicial, puede ser definida como *la actividad del Estado, ejercida a través de unos órganos especializados, para resolver, con carácter definitivo, los conflictos jurídicos, mediante la aplicación de las normas jurídicas*. La función jurisdiccional se identifica, con la función de impartir o administrar justicia.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes.

Los órganos especializados en el conocimiento y resolución de los litigios laborales constituyen la denominada *jurisdicción social*.

Competencias de la jurisdicción laboral.

La competencia de la jurisdicción social comprende el conocimiento de todas aquellas pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como cuantas cuestiones litigiosas se susciten en la aplicación de las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente en España en el marco de prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato. También conocerán de las reclamaciones

en materia de S.S. o contra el Estado cuando la legislación laboral le atribuya responsabilidad.

En consecuencia, tienen competencia sobre las cuestiones litigiosas que se promuevan (art.2 y 3 LPL):

- Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición de las ETT y usuarias.
- En procesos sobre conflictos colectivos.
- Sobre constitución, reconocimiento y régimen jurídico de los sindicatos.
- Sobre constitución y reconocimiento de las asociaciones empresariales.
- Sobre tutela de los derechos de libertad sindical.
- Sobre las reclamaciones contra el Estado y contra el Fondo de Garantía Salarial.
- Sobre la responsabilidad de los sindicatos y de las asociaciones empresariales.
- Sobre las resoluciones administrativas relativas a : imposición de sanciones por infracciones del orden social, regulación de empleo y actuaciones en materia de traslados colectivos.
- Sobre materias de S.S. y, los sistemas de mejora de su acción protectora.
- Entre los asociados y la Mutualidades.
- Entre las sociedades cooperativas de trabajo asociado o sociedades laborales y sus socios trabajadores por su condición de tales.
- Respecto de cualesquiera otras cuestiones que les sean atribuidas por una norma con rango de ley.

Organización de la jurisdicción social.

Se establece en **cuatro niveles**:

• Los Juzgados de lo Social.

Son órganos jurisdiccionales unipersonales que conocen, en primera y única instancia, de la generalidad de las materias establecidas en el orden social que no estén asignadas a órganos superiores. Su competencia territorial alcanza a una provincia.

• Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

Son órganos jurisdiccionales colegiados, cuya competencia se extiende al ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. Conocen, en única instancia de las controversias que afecten a los intereses de los trabajadores y empresarios en un ámbito superior al del Juzgado de lo Social.

• Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Es un órgano colegiado de instancia, con sede en Madrid, que extiende su competencia a toda España y no guarda ninguna relación de superioridad respecto de otros órganos jurisdiccionales.

La competencia que tiene atribuida en única instancia, es la resolución de aquellos procesos especiales relacionados con la impugnación de convenios colectivos y conflictos con una proyección superior territorial al territorio de una Comunidad Autónoma.

• Sala Cuarta de lo Social Tribunal Supremo.

Es el órgano jurisdiccional superior y colegiado, con sede en Madrid, que extiende su ámbito a toda España. Sus competencias son las propias de un órgano de conocimiento de recursos, así como las derivadas del carácter de órgano jerárquicamente superior a todos los demás del orden social.

Conoce de: los recursos de casación (recurso de casación contra las resoluciones dictadas en única instancia

por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y del recurso de casación para la unificación de doctrina) establecidos en la ley, del recurso de revisión (recurso contra sentencias firmes dictadas por los órganos jurisdiccionales sociales), y de las cuestiones de competencias (solicitadas entre órganos del orden jurisdiccional social que no tengan superior jerárquico común).