

V CONTENIDO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Tema 14. Modo y lugar de la prestación del trabajador.

Se entiende por CONTENIDO DEL CONTRATO DE TRABAJO: el conjunto de derechos y obligaciones que derivan del mismo. Estos derechos y obligaciones son correlativos y recíprocos por ambas partes contratantes que se obligan no sólo a lo expresamente estipulado, si no también a cumplir todas las obligaciones legales.

- **Modo de Prestación:**

La Prestación del Trabajo:

Definición: la obligación esencial que para el trabajador deriva del contrato de trabajo es la realización del servicio. Dicho de otro modo: la prestación básica del trabajador consiste en trabajar.

El ET en su Art. 1.1 utiliza la expresión prestar sus servicios. La prestación de servicios del trabajador se configura como una prestación de hacer que se caracteriza por ser voluntaria, personal, dependiente, por cuenta ajena y retribuida (no sólo tiene que trabajar sino trabajar de una determinada manera).

La prestación del trabajador debe realizarla de una determinada manera, lo que implica un conjunto de deberes propios del trabajador que podemos sintetizar de la forma siguiente:

- **El deber de diligencia y rendimiento normal.**

Este deber hace referencia al grado de intensidad en que el trabajador ha de prestar los servicios. En virtud de este deber de diligencia el trabajador ha de prestar los servicios, procurará obtener un rendimiento normal para la empresa en la producción. Será el trabajador diligente el que pone interés y cuidado en el trabajo y además obtiene un rendimiento normal. Será negligente el trabajador que no cumple estas condiciones.

El ET recoge este deber de diligencia en los siguientes artículos:

- Art. 5.a): los trabajadores tienen como deberes básicos: cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad a las reglas de buena fe y diligencia.
- Art. 54.2.e): considera como falta muy grave la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado.

Este incumplimiento contractual en virtud del Art. 54 puede ser sancionado con el despido por el empresario (la ley no sólo establece la obligación de cómo trabajar a las órdenes del empresario lícitas, si no también la medida correcta).

- **Deber de obediencia.**

El trabajador está obligado a obedecer, respetar y ejecutar las órdenes del empresario o sus representantes. Este deber de obediencia es una manifestación de la dependencia del trabajador respecto del empresario en las relaciones laborales: el empresario ordena y el trabajador obedece.

El deber de obediencia también está recogido en el ET Art. 5.c) que establece que el trabajador está obligado a cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas (mi vida personal a un lado).

También se manifiesta el deber de obediencia en el Art. 20.1: este precepto establece que la prestación del servicio ha de hacerse bajo la dirección del empresario o de quien este delegue.

Por otra parte, conforme al Art. 54.2.b) del ET, la disciplina o desobediencia en el trabajo cuando sea un incumplimiento contractual grave y culpable constituye justa causa de despido.

No obstante lo dicho, el deber de obediencia tiene unos límites; por ejemplo:

- El trabajador está legitimado para desobedecer las órdenes que no supongan ejercicio regular de las funciones de mando del empresario. Así, puede desobedecer sin que suponga sanción alguna para el trabajador las órdenes sobre aspectos ajenos a la relación laboral y sin ninguna repercusión sobre ello.
- No existe deber de obediencia cuando el empresario imponga al trabajador una conducta manifestante ilegal. Por ejemplo: comisión de un delito, en tal caso el trabajador tiene el deber de desobedecer.
- Tampoco está obligado a obedecer órdenes cuyo cumplimiento signifique daño o perjuicio patente para el trabajador o para terceros.

Asimismo, es lícita la llamada desobediencia técnica, es decir, el incumplimiento de órdenes claramente infundadas desde el punto de vista técnico cuya ejecución llevaría consigo un resultado dañino y tentaría contra el prestigio del trabajador (hay que actuar de buena fe).

- El deber de buen hacer.

Es el principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de obligaciones. En virtud de este principio el trabajador no realizará acto alguno que pueda perjudicar a la empresa. El trabajador debe actuar como un buen padre de familia.

El Art. 5.a) del ET incluye los deberes básicos de los trabajadores: el de cumplir con sus obligaciones de conformidad a las reglas de la buena fe.

El Art. 20.2 del ET recalca que el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

La trasgresión de la buena fe contractual (incumplir el deber de buena fe) es causa justa de despido conforme establece el Art. 54.2.d) del ET.

Manifestaciones del deber de buena fe:

El deber de buena fe se desdobra en:

- El deber de secreto: el trabajador está obligado a guardar los secretos relativos a la explotación y negocios de su empresario.
- El deber de lealtad: significa que el trabajador, si observa defectos o faltas en el material, máquinas, etc., estará obligado a ponerlo en conocimiento del empresario o de sus representantes inmediatamente.
- El deber de no aceptar propinas, regalos o ventajas de terceras personas como soborno para hacerle incumplir sus deberes contractuales.
- Deber de no concurrencia: distinguimos 3 supuestos:

1. Prohibición legal de concurrencia desleal. Regulada en los artículos 21.1 y 5.d) del ET: se entiende por concurrencia desleal la dedicación por el trabajador a actividades laborales de la misma naturaleza o rama de producción que pueden perjudicar los intereses del empresario.

El ET prohíbe la concurrencia ilícita o desleal, es decir, la contraria a los usos honestos en materia comercial o

industrial.

El ET califica de concurrencia desleal la realizada por el trabajador por cuenta de uno más empresarios; sin embargo, también puede concluir deslealmente con su empresario al trabajador que se dedique por cuenta propia a la misma actividad productiva que aquel (quitarle clientes).

La jurisprudencia parte de la presunción de lesividad o ilicitud de la concurrencia en actividades iguales o análogas; presunción que se destruye cuando el empresario autoriza o consiente tal concurrencia.

2. Pactos de no concurrencia. Regulado en el Art. 21. En este apartado distinguimos 2 supuestos:

- Pacto de plena dedicación y exclusividad (no pueden trabajar por fuera). En virtud del cual el trabajador se compromete a prestar sus servicios en exclusiva para su empresario, eliminándose el pluriempleo.

En el pacto de plena dedicación, se excluye la realización de actividades lícitas quedarán incluidas en la prohibición legal analizada anteriormente.

Precisamente porque el pacto de plena dedicación excluye la concurrencia lícita, el ET exige que el sacrificio económico del trabajador que renuncia a otro u otros empleos no concurrentes sea compensado con cargo al empresario mediante la llamada compensación económica expresa.

El trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo comunicándolo por escrito al empresario con preaviso de 30 días perdiendo en este caso el derecho a la compensación económica.

- Pacto no competencia para después de extinguido el contrato. En el contrato de trabajo puede acordarse de que el trabajador una vez concluida su relación laboral no preste servicios para otro empresario concurrente (de la misma actividad).

Para que tal compromiso sea válido han de cumplirse los requisitos exigidos en el Art. 21 que son:

- ◆ Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.
- ◆ Que el empresario tenga efectivo interés industrial o comercial en ello.
- ◆ Que el compromiso de no competencia tras la extinción del contrato no podrá ser superior a 2 años. Si se trata de un trabajador cualificado como técnico, y de 6 meses para los demás trabajadores.
- ◆ Pacto de permanencia en la empresa. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario por poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. En este caso tan sólo se pretende garantizar un tiempo cierto de permanencia en la empresa hasta un máximo de 2 años.

El pacto de permanencia ha de figurar por escrito y si el trabajador abandona el trabajo antes de finalizar el pacto, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

◆ **Lugar de prestación.**

El empresario contrata los servicios del trabajador para ser prestados en un lugar determinado. El lugar de la prestación forma parte de las condiciones de la relación de trabajo. En su consecuencia es un derecho del trabajador y del empresario al mismo tiempo, de aquel (el trabajador) a prestar servicios en el lugar convenido de éste (el empresario) a que le sean allí prestados.

El estudio del lugar de la prestación plantea abundantes problemas, entre otros los relativos al centro de trabajo y a la seguridad en el mismo.

◆ La empresa y el centro de trabajo.

La empresa cuenta en algunos casos con un único centro productivo en el que se sitúa la totalidad de la organización y donde prestan sus servicios todos los trabajadores. En otros casos la organización y la consiguiente actividad se distribuye en dos o más centros. En este segundo supuesto debe distinguirse la empresa (que es la unidad económica de producción comprensiva de toda la organización) del centro de trabajo entendido como unidad de producción en la que se desarrolla sólo una parte de la actividad empresarial.

Centro de trabajo a tener de lo dispuesto en el Art. 1.5 del ET se define como la unidad productiva con organización específica que sea dada de alta como tal, ante la autoridad laboral. Según esto el concepto de centro de trabajo exige los siguientes requisitos:

- ◇ La unidad productiva ha de ser física o materialmente identificable como realidad distinta y separada.
- ◇ Una organización específica que implica una cierta autonomía organizativa que la individualiza dentro del conjunto empresarial sin que esto suponga privar a la empresa del poder general de planificar y regir la totalidad del negocio.
- ◇ Que sea dada de alta como tal ante la autoridad laboral. En cuanto a este requisito, hay que decir que no se trata de una exigencia esencial, es decir, no es un requisito imprescindible. Más que nada significa que una vez cursada el alta hay que presumir la existencia real del centro de trabajo, pero esta presunción puede ser destruida mediante prueba en contrario.

La apertura del centro de trabajo debe ser comunicada por el empresario a la administración laboral (Xunta de Galicia) en el plazo de 30 días. Además la empresa en cada centro de trabajo ha de tener un libro de visitas donde la inspección de trabajo puede hacer anotaciones. El diligenciamiento del libro de visitas se tramita en las oficinas de la inspección de trabajo.

Por último apuntar en cuanto al trabajo en el mar, que el estatuto en su Art. 1.5 considera como centro de trabajo el buque, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto de base.

◆ Seguridad y salud en el trabajo.

Esta materia en la actualidad está regulada básicamente en la Ley 31/95 de 8 de noviembre sobre Prevención de Riesgos Laborales que desarrolla el Art. 40.2 de la CE el cual impone a los poderes públicos la obligación de velar por la seguridad e higiene en el trabajo. También se regula en el Art. 4.2.d) y el 19 del ET.

El deber de seguridad y salud laborales que básicamente obliga a los empresarios, tiene una doble naturaleza: por un lado se trata de una obligación privada contractual de cuyo incumplimiento derivan responsabilidades indemnizatorias y por otro lado se trata de un deber jurídico-público frente a la administración de cumplir la normativa sobre prevención de riesgos laborales y de cuya infracción derivan responsabilidades administrativas e incluso penales.

Deberes empresariales en materia de seguridad y salud en el trabajo:

- ◇ Deber general: el empresario está obligado a garantizar la seguridad y la salud de los

trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, y los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

◊ Deberes específicos:

- Deber de información, consulta y participación de los trabajadores. El empresario deberá informar a los trabajadores sobre los riesgos existentes en el trabajo. Asimismo, deberá consultar a los trabajadores y permitir su participación en la adopción de las medidas de prevención y protección. Para ello existen unos interlocutores típicos llamados órganos de representación en la empresa en materia de prevención que son los delegados de prevención y el comité de seguridad y salud en el trabajo.
- Deber de formar a los trabajadores. A fin de dar cumplimiento al deber general de protección, el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación práctica y teórica suficiente y adecuada en materia preventiva.
- Deber de vigilancia de la salud. El empresario debe vigilar periódicamente el estado de salud de sus trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo.
- Deber de tutela especial de ciertos grupos de trabajadores. La ley de prevención de riesgos laborales prevé medidas especiales por su mayor riesgo en el trabajo, para determinados colectivos de trabajadores. Por ejemplo: trabajadores discapacitados, trabajadoras en situación de embarazo, trabajadores menores, trabajadores nocturnos, trabajadores a turnos, etc.
- Deber de paralización de los trabajos en caso de riesgo grave e inminente, el empresario debe interrumpir los trabajos y los trabajadores abandonan de inmediato el lugar de trabajo.

Deber de evaluación de riesgos. La acción preventiva se planificará por el empresario a partir de una evaluación inicial de los riesgos, es lo que se conoce como plan de prevención de la empresa, que habrá de elaborarse en el momento de iniciarse la actividad empresarial (evaluación inicial), pero habrá de actualizarse posteriormente cuando se produzca modificaciones de las instalaciones o en los equipos de trabajo, etc.

En las obras de construcción de cierta envergadura se exige también un estudio de seguridad y salud que deberá incluirse en el proyecto correspondiente.

- Deber de constituir o concretar los servicios de prevención. Para desarrollar las tareas de prevención, el empresario deberá poner en marcha servicios de prevención que pueden revestir diversas modalidades en función de las características de la empresa y de los riesgos inherentes al trabajo.
- Deber de acondicionamiento de locales o lugares de trabajo. Para que tengan buena iluminación, estén limpios, tengan servicios higiénicos, etc.
- Deber de proporcionar equipos de protección individual. En aquellos casos en que los riesgos no puedan ser evitados, el empresario deberá proporcionar a sus trabajadores los equipos de protección individual (cascos, cinturones de seguridad, gafas, etc.). El empresario deberá cuidar que los equipos de trabajo sean adecuados de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores al utilizarlos. También velará por el uso efectivo de los mismos cuando por la naturaleza de los trabajos, su uso sea necesario.

Responsabilidades del empresario:

Del incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales pueden derivarse responsabilidades de tipo penal, civil y administrativo.

Responsabilidad penal: el actual Código Penal recoge entre los delitos contra los derechos de los trabajadores, el delito de riesgo en el Art. 316 que castiga a los que estando legalmente obligados, infrinjan las normas de prevención poniendo en peligro grave la vida, salud e integridad física de los trabajadores con pena de prisión de 6 meses a 3 años.

Responsabilidad civil o patrimonial: los perjudicados pueden reclamar indemnización por daños y perjuicios. La responsabilidad civil puede venir a través de dos vías:

- ◊ Responsabilidad civil derivada de una sentencia penal.
- ◊ Responsabilidad civil propiamente dicha, contractual o extracontractual, reguladas respectivamente en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil estableciendo dichos preceptos que el causante de un daño por culpa o negligencia, debe reparar el daño causado.

Responsabilidad administrativa: a la administración laboral corresponde la facultad de corregir las conductas infractoras de las normas de seguridad e higiene en el trabajo.

La responsabilidad administrativa a su vez se desdobra en dos tipos de responsabilidades:

1º) Infracciones administrativas: son infracciones administrativas en materia de prevención, las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan la normativa de seguridad y salud en el trabajo.

Las infracciones se califican como leves, graves y muy graves (artículos 11, 12 y 13 respectivamente de la LISOS) y se gradúan en grado mínimo, medio y máximo en función de criterios tales como: peligrosidad, gravedad del daño causado, número de trabajadores afectados, etc. La cuantía de las sanciones está regulada en el Art. 40.2 de la LISOS. En dicho artículo se contemplan las siguientes multas:

- ◊ Para infracciones leves con multa de hasta 1.500 €.
- ◊ Para infracciones graves con multa de hasta 30.000 €.
- ◊ Para infracciones muy graves con multa de hasta 600.000 €.

La cuantía de las sanciones puede ser actualizada periódicamente por el gobierno, teniendo en cuenta el IPC.

2º) Recargo de prestaciones económicas de seguridad social regulado en el Art. 123 de la Ley General de Seguridad Social.

Las prestaciones económicas de la seguridad social causadas por un accidente, cuando dicho accidente hubiese ocurrido por infracción empresarial de las normas de seguridad social en el trabajo, podrán aumentarse según la gravedad de la falta de un 30% a un 50%.

La responsabilidad en el pago del recargo recae directa y exclusivamente en el empresario infractor, pues no cabe cobertura por seguro; y además es independiente y compatible con las demás que puedan establecerse.

El recargo puede ser solicitado por el trabajador afectado o sus derechohabientes o bien propuesto por la Inspección de Trabajo y la resolución corresponde a la dirección provincial del INSS.

Tema 15. El tiempo de la prestación del trabajador.

El tiempo incide o influye decisivamente en las relaciones jurídicas y muy especialmente en

el contrato de trabajo, dado que sus actos de ejecución o prestaciones se prolongan a lo largo del mismo.

Esta influencia del tiempo en las relaciones laborales se manifiesta de las siguientes formas:

- ◊ Fijando la duración del contrato al señalar los términos inicial y final del mismo, ello nos lleva al estudio de las distintas clases de contratos en atención al facto tiempo.
- ◊ Fijando la jornada de trabajo y sus interrupciones o descansos.
- ◆ **La jornada de trabajo: concepto, duración y limitaciones. Protección a los menores de 18 años. Tipos de jornada: partida, continuada y nocturna.**

La actividad laboral como cualquier otra se desenvuelve en el tiempo y concretamente en el tiempo diario al que se da el nombre de jornada de trabajo. Actualmente, no obstante, la expresión jornada de trabajo se aplica también al tiempo que cada semana, mes o año dedica el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo. Podemos definir la jornada de trabajo como el tiempo que el trabajador dedica a ejecutar el contrato de trabajo. Jornada es pues: tiempo efectivo de trabajo. Ello significa que el llamado tiempo de presencia (durante el cual el trabajador está localizable y a disposición del empresario a la expectativa de realizar su actividad laboral) no computa como jornada laboral.

La fijación de la duración efectiva de la jornada se apoya básicamente en criterios económicos y sociales:

- ◊ Según los económicos la duración de la jornada ha de ser tal que el valor obtenido mediante el trabajo realizado garantice no sólo la subsistencia del trabajador si no además la financiación de la empresa y el beneficio del empresario, por lo que es esencial la determinación de una jornada mínima.
- ◊ Desde el punto de vista social, por el contrario, se plantea el problema de limitar la duración máxima de la jornada con el fin básico de tutelar la salud del trabajador, fin básico que no excluye otros de naturaleza económica basados en la ley de rendimientos decrecientes y de solidaridad o reparto del trabajo.

En la Revolución Industrial las jornadas de trabajo eran agotadoras de 14 a 16 horas diarias.

Régimen jurídico y tipos de jornada: partida, continuada y nocturna.

El ordenamiento jurídico concede a la limitación de la jornada de trabajo gran trascendencia, prueba de ellos los es el Art. 40.2 de l CE que dice lo siguiente: los poderes públicos garantizarán el descenso necesario mediante la limitación de la jornada laboral, y el Art. 7.5 del RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto que aprueba la LISOS considera como infracción administrativa grave la trasgresión de las normas sobre jornada, así como sobre vacaciones, descansos y permisos.

La regulación de la jornada laboral, básicamente se contiene en el Art. 34 del ET (donde se establece el régimen común) y en el RD 1561/95 donde se regulan los regímenes especiales.

En base a esta distinta naturaleza normativa clasificamos la jornada laboral en:

Jornada Ordinaria:

Se puede resumir de la manera siguiente (reglas):

- ◊ Se establece la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en 40 horas

semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

◊ La duración de la jornada puede pactarse en convenio colectivo o contrato de trabajo, pero siempre respetando los límites máximos de la jornada impuestas por la norma de derecho necesario (ET).

◊ En cuanto a la distribución de la jornada se establecen las siguientes reglas básicas:

1ª) El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a 9 diarias, salvo pacto en convenio colectivo o acuerdo de empresa. Los trabajadores menores de 18 años no podrán sobrepasar 8 horas.

2ª) Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, mediarán como mínimo 12 horas. El RD 1561/95 contempla la posible reducción de descanso entre jornadas exigiendo su compensación mediante descansos alternativos.

3ª) Cuando la duración de la jornada diaria exceda de 6 horas se establecerá un descanso o pausa por bocadillo no inferior a 15 minutos.

En menores de 18 años y cuando la jornada excede de 4 horas y media, el descanso por bocadillo tendrá una duración mínima de 30 minutos.

El periodo de descanso por bocadillo podrá considerarse tiempo efectivo de trabajo (en principio no cuenta como tiempo de trabajo, salvo que lo diga el convenio colectivo o contrato de trabajo).

4ª) Se admite la posibilidad de pactar en convenios colectivos, jornadas distribuidas y ordenadamente a lo largo del año, siempre que se respeten los límites legales en cuanto a los descansos diario y semanal.

En consecuencia, el límite máximo de 40 horas semanales, más que tope infranqueable, es módulo de cálculo del límite máximo anual.

Jornada Especial:

El ET permite las jornadas especiales en el Art. 4.7. Según este precepto, el Gobierno, a propuesta del Ministerio del Trabajo y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales, podrá establecer ampliaciones o limitaciones de la jornada de trabajo por aquellos sectores que por sus peculiaridades así lo requieran.

En consecuencia, la existencia de estas jornadas especiales y consiguientemente su normativa específica se basa en la naturaleza de la actividad laboral.

Supuestos de aplicaciones de jornada:

◊ Empleados de fincas urbanas con plena dedicación.

◊ Guardas y vigilantes no ferroviarios; su jornada puede ampliarse a 12 horas siempre que tengan un lugar apto para el descanso.

◊ Trabajo en el campo: la jornada puede ampliarse en 20 horas semanales, computándose como extraordinarias las que exceden de la jornada ordinaria.

◊ Transportes y jornadas en el mar: se distingue entre trabajo específico y tiempo de presencia (averías, esperas,).

Supuestos de jornadas reducidas:

- ◊ Trabajos en el interior de las minas.
- ◊ Trabajos expuestos a riesgos ambientales. La jornada debe reducirse por convenio o decisión de la Administración Laboral.
- ◊ Trabajo en cámaras frigoríficas y de congelación: la jornada se reduce a 6 horas.

El régimen jurídico de estas jornadas especiales (fruto de las ampliadas como de las reducidas), se contiene básicamente en el RD 1561/95 de 21 de septiembre sobre Jornadas Especiales de Trabajo.

◆ **Horas Extraordinarias**

Por horas extraordinarias entendemos aquellas que por necesidades especiales de la empresa, o incluso por conveniencia del trabajador, aceptado por el empresario que exceden del límite máximo legal o convencional. Es decir, son aquellas que se realizan sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo.

Las normas o reglas sobre horas extraordinarias se contienen básicamente en el Art. 35 del ET y en el RD 1561/95 que podemos sintetizar de la forma siguiente:

- ◊ La remuneración de las horas extras será la fijada en convenio colectivo o en su defecto, en el contrato de trabajo sin que en ningún caso pueda ser inferior al valor de la hora ordinaria.
- ◊ Por convenio o contrato de trabajo puede sustituirse la retribución por un descanso compensatorio dentro de los 4 meses siguientes; en ausencia de pacto se entenderá que se opta por el descanso compensatorio.
- ◊ El número de horas extras no podrá ser superior a 80 al año, salvo las realizadas para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias (si se hacen, hay que pagarlas, si no compensarlas con descansos).
- ◊ La realización de horas extras será voluntario salvo compromiso en convenio o contrato de trabajo; dentro del límite legal de 80 horas al año.

Se prohíbe realizar horas extras a:

- ◊ Los menores de 18 años (Art. 6.3 del ET).
- ◊ Los trabajadores nocturnos (Art. 36.1), si bien el Art. 32 del RD 1561/95 prevé la posibilidad de realizar horas extras nocturnas para prevenir o reparar siniestros en los relevos o turnos, etc.
- ◊ Los trabajadores a tiempo parcial (Art. 12.4.c) ET) excepto para prevenir o reparar siniestros.

El empresario ha de registrar día a día las horas extras realizadas, además deberá entregar al trabajador un comprobante con el recibo de salarios. Por otra parte, el empresario tiene un deber informativo de periodicidad mensual sobre las horas extras realizadas a la representación legal de los trabajadores según la Disposición Adicional 3ª del RD 1561/95.

Horarios y formas especiales de organización del trabajo.

Horarios es la distribución de la jornada laboral, viene a ser la distribución diaria del tiempo de trabajo con fijación al momento inicial y final. El horario como institución organizativa puede fijarse de forma colectiva o de forma individual, en su defecto, en el contrato de trabajo.

La modificación del horario puede hacerse por dos vías:

- ◊ Mediante la modificación del convenio o del contrato de trabajo. Viene a ser una modificación pactada.
- ◊ Por decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus facultades organizativas, debiendo atenerse a las normas de modificación sustancial contenidas en el Art. 41 del ET.

◆ **El Trabajo Nocturno: concepto, retribución, prohibiciones.**

El ET, en el Art. 36, distingue los conceptos de trabajo nocturno y trabajador nocturno. Se considera trabajo nocturno el realizado entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana; y será trabajador nocturno aquel que realice en periodo nocturno una parte no inferior a 3 horas de su jornada diaria o aun tercio de su jornada anual.

El trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se halla establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se halla acordado la compensación de este trabajo por descansos.

Según el Art. 6.2 del ET, los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar trabajos nocturnos.

El trabajador nocturno, por razones de salud y seguridad, está especialmente protegido en los siguientes aspectos:

- ◊ La jornada de trabajo no puede exceder de 8 horas diarias.
- ◊ Los trabajadores nocturnos no pueden realizar horas extraordinarias.
- ◊ En el régimen de turnos, ningún trabajador debe estar en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo que lo acepte voluntariamente.
- ◊ Los trabajadores nocturnos gozarán de una evaluación gratuita de su salud antes de ser adscritos a un trabajo nocturno y posteriormente, a intervalos regulares, según se disponga en la normativa específica.

Si los reconocimientos médicos detectan problemas de salud ligados al trabajo nocturno, tendrán derecho a ser cambiados a un puesto de trabajo diario, si existe en la empresa y el trabajador es apto para ocuparlo.

◆ **El régimen de trabajo a turnos. Tutela de la salud y seguridad de los trabajadores nocturnos y a turnos.**

Es una forma de organización del trabajo por equipos de trabajadores que se suceden en los mismos puestos de trabajo en periodos determinados de tiempo.

Según el Art. 36.3 del ET, se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo, según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un periodo determinado de días o de semanas.

Hay dos tipos de turnos: el fijo y el rotatorio, sin embargo el ET en su Art. 36.3 sólo se refiere al rotatorio.

El trabajo a turnos en síntesis tiene el siguiente régimen jurídico:

- ◊ Cuando se trate de empresas con proceso productivo ininterrumpido, los turnos deberán ser rotatorios, de manera que ningún trabajador preste sus servicios en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo que lo acepte

voluntariamente.

- ◊ En empresas que trabajen domingos y festivos, el trabajo en régimen de turnos podrá ser efectuado, bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, bien contratando a tiempo parcial personal para completar los equipos necesarios para uno o dos días a la semana.
- ◊ En materia de salud y seguridad, los trabajadores a turnos gozarán en todo momento de un nivel de protección equivalente al de los restantes trabajadores, debiendo adoptar la empresa las medidas apropiadas para alcanzar dicho nivel de protección.
- ◊ El ET en el Art. 36.5 con independencia de los trabajos a turnos, obliga al empresario a tener en cuenta en la organización del trabajo a cierto ritmo el principio de adaptación del trabajo a la persona, reduciendo la monotonía y repetitividad laborales, sobretodo a través de pausas o descansos dentro de la jornada laboral.

◆ **El descanso semanal, festivo y anual. El calendario laboral.**

Descansos o interrupciones de la jornada laboral:

El contrato de trabajo se caracteriza por ser de ejecución continuada (se ejecuta en el tiempo). Esta naturaleza exige una prestación continuada del trabajador, pero no permanente ya que la jornada laboral se interrumpe con descansos de distinta índole.

Las interrupciones de la jornada laboral se clasifican en: periódicas (se producen regularmente) y no periódicas (se producen por causas fortuitas).

Periódicas:

- ◊ Descanso diario: el trabajador tiene derecho a un descanso diario entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente de 12 horas (Art. 34 ET).
- ◊ Descanso semanal: los trabajadores tienen derecho a un descanso mínimo semanal (acumulable por periodos de hasta 14 días) de día y medio ininterrumpido que como regla general comprenderá la tarde del sábado, o en su caso la mañana del lunes, y el día completo del domingo; todo ellos sin perjuicio de que por disposición legal se regule otro sistema de descanso para actividades concretas.

El descanso semanal de los menores de 18 años será como mínimo de 2 días ininterrumpidos según dispone el Art. 37.1 del ET.

- ◊ Descanso anual o vacaciones: el trabajador tiene derecho a 30 días de vacaciones anuales. Esencialmente la normativa sobre vacaciones está contenida en el convenio de la OIT nº 52 y en el Art. 38 del ET. Esta normativa podemos resolverla de la forma siguiente:

- Las vacaciones anuales a que el trabajador tiene derecho son retribuidas.
- El derecho de vacaciones es irrenunciable, no siendo sustituible por compensación económica, salvo cuando se extinga la relación laboral.

En contra de la doctrina jurisprudencial anterior, la actividad remunerada durante las vacaciones es compatible con la finalidad de las mismas, salvo casos de concurrencia desleal o plena dedicación, según tiene declarado la STC 192/2003.

- Las vacaciones han de ser disfrutadas dentro del año natural a que corresponde y no cabe acumularlas a la de los años sucesivos, es decir, el disfrute caduca dentro de cada año natural de forma irremediable.
- Las vacaciones anuales retribuidas, en ningún caso serán inferiores a 30 días naturales, pudiendo, por convenio colectivo o contrato, pactar un periodo superior. Las ausencias del trabajo no imputables al trabajador se consideran

tiempo efectivo de trabajo que genera derecho a vacaciones.

- El periodo o periodos de disfrute de vacaciones se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones. En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente (juzgado de lo social) en un procedimiento sumario y preferente fijará la fecha de disfrute y su decisión será irrecurrible. El pleito es un pleito especial con sujeción a las normas: los artículos 125 y 126 de la Ley de Procedimiento Laboral.
- El empresario está obligado a exponer el calendario de vacaciones en el centro de trabajo de tal manera que los trabajadores tengan conocimiento de sus vacaciones. La trasgresión de esta norma es sancionable como infracción grave según el Art. 7.5 de la LISOS aprobada por el RDL 5/2000.
- Conforme prevé el Art. 58.3 del ET, no se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de las vacaciones o derechos al descanso del trabajador.

◊ Días festivos: entre las interrupciones periódicas, existe un número determinado de días al año en los que el descanso es también obligatorio, retribuido y no recuperable. Se trata de los días declarados festivos. Estos días suelen cambiar en función de cada momento histórico.

Según el Art. 37 ET, las fiestas laborales que tendrán carácter retribuido y no recuperable no podrán exceder de 14 al año.

Las Comunidades Autónomas dentro del límite anual de días festivos, podrán señalar las fiestas que por tradición les sean propias, sustituyendo para ellos las de ámbito nacional que se determinen reglamentariamente.

Así mismo, las entidades locales, dentro del límite anual, pueden fijar dos días de fiesta.

En cualquier caso, se respetarán como fiestas de carácter nacional: las de Natividad del Señor, Año Nuevo, Primero de Mayo como fiesta del trabajo, 12 de Octubre como fiesta nacional de España.

El Gobierno podrá trasladar a los lunes todos las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre la semana, salvo los expresados anteriormente.

No periódicas (también llamadas licencias):

Además de las interrupciones naturales en la vida de la relación laboral (descanso diario, semanal, anual) existen otras interrupciones (cesaciones) temporales de la prestación del trabajo debido a causas fortuitas denominadas comúnmente licencias o permisos.

Estos permisos o licencias, se caracterizan por ser ausencias temporales del trabajo de corta duración y retribuidas, lo que las distingue de la figura jurídica suspensión de la relación laboral.

Estas licencias o permisos precisan para su concesión o disfrute, de la adecuada justificación como recalca el Art. 37.3 del ET al establecer que el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración.

◆ **Los Permisos Retribuidos.**

Supuestos legales de permisos o licencias:

- ◊ 15 días de naturales en caso de matrimonio.
- ◊ 2 días en caso de nacimiento de hijo o por fallecimiento, accidente o enfermedad graves hospitalización de parientes hasta el segundo grado. Cuando por tal motivo, necesite hacer un desplazamiento, el plazo se amplía a 4 días.
- ◊ 1 día por traslado del domicilio habitual.
- ◊ Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber de carácter público e inexcusable.

Ejemplos: ejercicio del derecho al sufragio activo, renovar el DNI, formar parte de una mesa electoral, tomar parte de un jurado, etc.

- ◊ Para realizar funciones sindicales o de representación de personal en los términos establecidos legal o convencionalmente.

Ejemplo: el derecho que tienen los representantes de los trabajadores a disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación, tal como dispone el Art. 68.e) del ET. Este supuesto de permiso o licencia, no debe confundirse con la excedencia regulada en el Art. 46.4 ET y relativa a los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior, mientras dure el ejercicio de su cargo representativo.

- ◊ Por lactancia de un niño menor de 9 meses, la madre o el padre cuando trabajen, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrán dividir en dos fracciones o bien reducir la jornada normal en media hora con la misma finalidad.
- ◊ Permiso para la realización de exámenes prenatales y preparación del parto por el tiempo indispensable para ello.
- ◊ Permiso educativo para concurrir a exámenes. El Art. 23.1.a) del ET reconoce el derecho a permisos para concurrir a exámenes, siempre que el trabajador afectado curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional.
- ◊ Permiso de 4 días en caso de desplazamiento superior a 3 meses, tal como reconoce el Art. 40.4 del ET, así como una licencia de 6 horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo en caso de despido objetivo, según el Art. 53.3 del ET.
- ◊ Permisos sin sueldo. El Art. 37.5 del ET, según relación dada por la Ley 39/99, establece el derecho del trabajador (que ejerce de guarda legal de un menor de 6 años o minusválido, o bien que precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado), a reducir la jornada con disminución proporcional del salario entre al menos un tercio, y un máximo de la mitad de la duración de aquel.

Este supuesto o supuestos de reducción de jornada, pese a estar incluidos en el Art. 37 del ET, no debiera ser jurídicamente calificados de permisos o licencias propiamente, sino supuestos de excedencia por tratarse de una reducción de jornada sin retribución.

Las discrepancias surgidas entre el empresario y el trabajador sobre la fijación de disfrute del permiso de lactancia, así como la reducción de jornada en los supuestos que acabamos de analizar, serán resueltos por la jurisdicción competente a través del procedimiento regulado en el Art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

- ◊ Por la LO 1/2004 de 28 de diciembre contra la violencia de género, se añade un nuevo supuesto de permiso sin sueldo. El Art. 37.7 del ET dice que la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo.

Estos derechos se ejercitarán conforme a los convenios colectivos, acuerdos de empresa y representantes de trabajadores, o conforme al acuerdo entre empresa y trabajadora afectada.

Todo ello conforme a la Disposición Adicional 7ª en relación con el Art. 21 de la Ley 1/2004 de 28 de diciembre.

Tema 16. Prestaciones del empresario: el salario.

- ♦ **El salario: concepto. Percepciones no salariales. Tipos de salario: a) En dinero y en especie, b) Por unidad de tiempo y de obra, c) Otros supuestos.**

Concepto de salario:

Así como la prestación básica del trabajador es la realización del servicio, la prestación fundamental del empresario consiste en remunerar el trabajo prestado mediante el salario.

Desde el punto de vista del Derecho Positivo, como desde el punto de vista legal, se considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, debidas por la prestación de servicios realizados por cuenta ajena, ya retribuya el trabajo efectivo o los periodos de descanso correspondientes. Art. 26.1 ET.

Así pues, la función jurídica del salario es la de retribuir o compensar el servicio realizado por el trabajador por cuenta ajena.

Clases de salario:

Según el módulo para su cálculo se distingue:

- ◇ **Salario por unidad de tiempo.** El importe de este salario se calcula por unidad de tiempo y está en función de la duración del servicio, siendo independiente de la cantidad de obra realizada.
- ◇ **Salario por unidad de obra:** la fijación de su importe se realiza atendiendo a la cantidad de obra o trabajo realizado y no al tiempo invertido en su realización. Este salario suele denominarse a destajo.
- ◇ **Salario mixto:** resulta de la combinación de los sistemas anteriores: por unidad de tiempo y por unidad de obra.

La técnica más usual del salario mixto es un salario por unidad de tiempo al que se suma un salario por unidad de obra.

Según el bien que se utiliza como medio de pago se distingue:

- ◇ **Salario en metálico:** el pago se efectúa en moneda de curso legal. Ésta es la forma de pago más usual, estando autorizado el empresario para pagarlo mediante talón, cheque u otra modalidad similar como el ingreso en cuenta, previo informe de los representantes de los trabajadores. Art. 29.4 ET.
- ◇ **Salario en especie:** el pago se efectúa en bienes distintos del dinero. Las leyes tienen preferencia por el salario en metálico, más preciso y menos propenso a fraudes que el salario en especie.

El salario en especie, en ningún caso podrá superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador, según prevé el Art. 26.1 del ET. Está prohibido el sistema de pago por vales.

Percepciones no salariales o extrasalariales:

Son percepciones carentes de naturaleza salarial, se destinan a compensar o indemnizar gastos del trabajador por motivos de trabajo y no a retribuir su prestación de servicios.

Según el Art. 26.2 ET no tendrán la consideración de salario:

- ◇ Las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubieran de ser realizados por el trabajador, como consecuencia de su actividad laboral. Entran en este apartado los pluses de quebranto de moneda, desgaste de herramientas, las indemnizaciones para adquirir prendas de trabajo, gastos de desplazamiento (kilometraje y dietas).
- ◇ Las prestaciones o indemnizaciones de la Seguridad Social, por ejemplo: prestaciones que percibe el trabajador en situación de incapacidad temporal.
- ◇ Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos. Por ejemplo: la indemnización por despido disciplinario de 45 días de salario por año de servicio con máximo de 42 mensualidades, prevista en el Art. 56 del ET no son salario.

En realidad el Art. 26.2 del ET lo que hace es definir el salario de forma negativa.

◆ **Estructura del salario. Salario Mínimo Interprofesional. El IPREM. Salario base y complementos salariales. Mejoras salariales. Absorción y compensación. Retribución de los periodos de descanso.**

Estructura del salario:

Salario base (SB)

Salario

Complementos Salariales (pluses)

El ordenamiento jurídico laboral distingue en la estructura salarial entre salario base y complementos salariales (Art. 26.3 y siguientes del ET).

Por salario base, denominado a veces fijo o garantizado, se entiende la retribución que corresponde al trabajador por su prestación laboral, sin referencia alguna a circunstancias concurrentes.

Viene a ser la retribución ligada en forma global y abstracta a la prestación laboral del trabajador.

Por complementos salariales se entiende aquellas percepciones retributivas que se suman al salario base en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias y que según el Art. 26.3 del ET se clasifican en:

- ◇ Complementos vinculados a la persona: son aquellos que remuneran circunstancias personales del trabajador, no tomadas en cuenta al fijar el salario base. Son ejemplos: el plus de antigüedad, el plus por posesión de títulos, por conocimiento de idiomas, etc.
- ◇ Complementos vinculados al trabajo: son los que retribuyen las especiales condiciones del puesto de trabajo. Por ejemplo: complementos de penosidad, peligrosidad, etc.
- ◇ Complementos vinculados a la situación y resultados de la empresa: en este grupo se incluyen la participación en beneficios, los bonus de ventas, facturación, etc.

La determinación de la estructura salarial compete al convenio colectivo y en su defecto, a los contratos de trabajo. A ellos corresponde además, fijar los criterios para el cálculo de las correspondientes partidas y la decisión sobre si los distintos pluses son o no consolidables.

No tendrán carácter consolidable, salvo acuerdo en contrario, los pluses que estén vinculados al centro de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

Gratificaciones extraordinarias:

En precepto distinto del que regula la estructura del salario, pero sin perder por ellos su carácter salarial, el Art. 31 del ET establece la normativa general de las denominadas gratificaciones extraordinarias.

Conforme preceptúa el estatuto, el trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, 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 empresario y los representantes de los trabajadores. No obstante, por convenio colectivo podrá acordarse de que las gratificaciones se prorrateen en los 12 meses del año.

La cuantía será la fijada por convenio colectivo, en cuya normal convencional puede pactarse también el derecho del trabajador a otras pagas extraordinarias, además de las reconocidas por el ET.

Las gratificaciones extraordinarias tras la reforma laboral, quizás tengan naturaleza de salario base y no de complemento salarial.

Salario Mínimo Interprofesional (SMI).

Es el fijado por la Administración Pública por debajo del cual es ilícito trabajar por cuenta de otro.

Según el Art. 27 del ET, el gobierno fijará, previa consulta con los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas, anualmente el SMI, teniendo en cuenta los siguientes elementos económicos: el IPC (índice de precios al consumo), la productividad nacional media alcanzada, el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional, la coyuntura económica general.

El SMI ha de ser, además, revisado semestralmente en el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el IPC.

Por último señalar que conforme establecen el ET y los reales decretos que fijan la cuantía del SMI, la revisión de éste no afecta a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel.

Añadir que el SMI en su cuantía es inembargable por virtud del Art. 27.2 del ET.

Cargas Fiscales y de Seguridad Social.

El Art. 26.4 del ET prohíbe, bajo pena de nulidad, que el empresario asuma las cargas fiscales y de seguridad social que correspondan al trabajador. No obstante, pese a tan terminante prohibición, los tribunales admiten que se pacten subidas retributivas equivalentes, siempre que no se establezcan expresamente para trasladar al empresario tales cargas. Una reiterada doctrina jurisprudencial, mantiene dichas subidas como condiciones más beneficiosas, absorbibles y compensables con mejoras posteriores.

Absorción y Compensación Salarial.

De conformidad con el Art. 26.5 del ET, 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.

Esto significa que si el trabajador percibe una retribución superior a la que se deduce de las normas legales o convencionales, si estas introducen un incremento retributivo, este queda neutralizado por la mayor cuantía que ya percibe el trabajador, siempre que no sea superada la misma.

Ahora bien, para que se produzca la neutralización del incremento debe existir una relación de correspondencia en las partidas salariales o conceptos retributivos, pues las partidas heterogéneas sólo pueden ser compensadas cuando exista pacto expreso al respecto.

♦ **Liquidaciones y pago de salario: tiempo, lugar y forma. El recibo de salarios. Los anticipos.**

Lugar de pago del salario:

El pago del salario, según el Art. 29.1 del ET, debe hacerse en el lugar convenido o conforme a los usos y costumbres.

El convenio de la OIT nº 95 dispone la prohibición de pagar el salario en tabernas o establecimientos similares, tiendas o centros de distracción, todo ello para prevenir ocasiones de despido.

Tiempo de pago:

La efectividad del salario no podrá exceder de un mes, pudiendo el trabajador solicitar anticipos a cuenta del trabajo ya realizado.

El pago debe ser puntual según los artículos 4.2.f) y 29.3 del ET. La mora en el pago del salario devengará un interés del 10% anual de lo adeudado según dispone el Art. 29.3 del ET.

Por otra parte, la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario, constituyen causa justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato con derecho a indemnización como si se tratase de despido improcedente (Art. 50 del ET), además de ser motivo de sanción administrativa por infracción muy grave, según el Art. 8.1 de la LOLS.

Forma de pago: el recibo de salarios.

El Art. 29.1 del ET ordena que el pago se haga documentalmente, es decir, contra recibo expedido por el empresario deudor y firmado por ambas partes.

Sobre el modelo de recibo de salarios existe libertad. El Art. 29.1 permite su establecimiento por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo del empresario con los representantes de los trabajadores. Sólo en defecto de pago, regirá el modelo oficial aprobado por el Ministerio de Trabajo. En cualquier caso, el recibo deberá ser explícito, tanto sobre las partidas salariales y extrasalariales, como sobre las retenciones y deducciones que se practiquen para Hacienda y Seguridad Social.

La omisión o irregularidad en el recibo de pago, hacen incurrir al empresario en responsabilidad administrativa (Art. 6.2 de la LISOS), pero no impide la liberación de la

deuda si se prueba de otro modo la realidad o efectividad del pago.

♦ **Protección del salario: a) Igualdad salarial, b) Inembargabilidad del salario, c) Privilegios del crédito salarial, d) El Fondo de Garantía Salarial.**

Protección del crédito salarial:

El salario es el único o el principal medio de vida de los trabajadores, por ello, está especialmente protegido y garantizado. El ordenamiento jurídico establece una serie de medidas para garantizar que el salario sea efectivamente percibido por el trabajador.

La protección salarial refleja el carácter tutelar del Derecho del Trabajo. Las medidas de protección que contempla el ET son las siguientes:

◊ Recargo por mora:

Según el Art. 29.1 del ET, el empresario está obligado a satisfacer puntualmente el salario y el 29.3 dispone que el interés por mora en el pago del salario será el 10% (anual) de lo adeudado.

La mora en el pago del salario, reúne la doble peculiaridad de ser objetiva, pues lo rige el principio civil de que no hay mora sin culpa, y automática, pues no precisa reclamación del acreedor como exige el Art. 1100 del CC.

No obstante, el recargo por mora sólo procede cuando la realidad y cuantía de los salarios consten de un modo pacífico e incontrovertido, y el empresario no haya ofrecido formalmente el pago.

◊ Prelación del crédito salarial o garantías frente a los acreedores del empresario:

En el caso de que un empresario deudor no disponga de patrimonio suficiente para satisfacer los créditos de sus acreedores, hay que aplicar las reglas de la prelación o preferencia de créditos laborales.

La protección es especialmente intensa a favor del crédito salarial. Esta materia está básicamente regulada en el Art. 32 del ET, que sintetizamos de la forma siguiente:

- Créditos superprivilegiados: los salarios devengados por los últimos 30 días de trabajo y en cuantía no superior al doble del SMI, gozan de preferencia absoluta sobre cualquier otro crédito, incluso frente al titular de un crédito hipotecario.
- Créditos con privilegio refraccionario: los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro, respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.
- Créditos singularmente privilegiados: los créditos salariales no incluidos en los apartados anteriores (en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días de salario pendiente de pago) tienen la condición de singularmente privilegiados, pero su preferencia ya no es absoluta, pues a ella se anteponen los créditos con garantía hipotecaria. En este privilegio se incluyen también las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al número legal calculado sobre una base que no supere el triple del SMI.

Las preferencias anteriores serán de aplicación en caso de que el empresario no se haya declarado en concurso, porque en caso de concurso o quiebra, serán de aplicación las

disposiciones de la ley concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios (Ley Concursal 22/03 de 9 de julio).

Inembargabilidad del salario:

La inembargabilidad del salario significa una protección del salario frente a los acreedores del propio trabajador. La inembargabilidad puede ser absoluta o relativa. El Art. 27.2 regula la absoluta, al disponer que el SMI en su cuantía es inembargable. A partir del SMI, la inembargabilidad es relativa, al permitir descontar porcentajes en tramos sucesivos.

Fondo de Garantía Salarial:

Concepto: se define como el organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo, que tiene como objetivo primordial la protección de los trabajadores ante la situación de insolvencia de los empresarios por créditos laborales pendientes de pago.

El FOGASA cuenta con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, constituyendo su creación, un fenómeno de descentralización administrativa.

Esta institución que se financia con las aportaciones de los empresarios, se regula básicamente en el Art. 33 del ET y por el RD 505/85 de 6 de marzo.

Responsabilidades del FOGASA:

- ◆ Responsabilidad subsidiaria: el fondo tiene como fin primordial la protección de los trabajadores, actuando como garante de los créditos laborales ante la insolvencia de los empresarios. Esta finalidad aseguradora se desdobra en dos tipos de supuestos:
 - Crédito salarial: el FOGASA garantiza salarios pendientes de pago, incluidos los llamados salarios de trámite. Ahora bien, en la función aseguradora del crédito salarial, el FOGASA no responde de forma absoluta, sino que está sometida a las siguientes limitaciones:
 - El crédito salarial que se garantiza ha de estar reconocido en acto de conciliación o resolución judicial.
 - El FOGASA responde hasta un máximo de 120 días de salario.
 - El salario diario base del cálculo no puede superar el duplo del SMI vigente en el momento de declararse la insolvencia del empresario. No computan en el SMI las pagas extras.
 - El fondo responde en casos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios.
 - Crédito indemnizatorio: el FOGASA responde de las indemnizaciones derivadas:
 - Del despido disciplinario improcedente o nulo sin readmisión, artículos 54, 55 y 56 del ET.
 - Del despido colectivo o extinción autorizada en virtud de expediente de regulación de empleo (Art. 51).
 - Extinción por causa objetiva, concretamente despido objetivo por autorización del puesto (Art. 52.c) del ET).
 - Extinción del contrato por voluntad del trabajador, fundada en incumplimiento empresarial. También se denomina resolución contractual (Art. 50 ET).

Al igual que sucedía con el crédito salarial, la indemnización garantizada por el FOGASA está sujeta a los límites siguientes:

- El importe de la indemnización a los solos efectos de abono por el fondo para los casos de despido disciplinario y extinción de los contratos (Art. 50 ET) se calculará sobre la base de 25 días por año de servicio. En despido colectivo o despido objetivo, el fondo abona sólo 20 días por año de servicio.
 - El salario que se utilice como base del cálculo de la indemnización no podrá exceder el duplo del SMI vigente en el momento de declararse la insolvencia. No computa las pagas extras en el SMI.
 - La indemnización se protegerá hasta el límite máximo de una anualidad de salario.
 - El FOGASA responde en casos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios.
 - El crédito indemnizado ha de estar reconocido en sentencia o resolución administrativa. El FOGASA no responde de indemnizaciones reconocidas en conciliación ante el juzgado o ante el SMAC.
- ◆ Responsabilidad directa: junto a la función primordial del fondo de garantizar el crédito laboral en casos de insolvencia y concurso de acreedores de las empresas, éste organismo tiene prevista otra función o misión, la cual está descrita en el Art. 33.8 del ET, según el cual en las empresas de menos de 25 trabajadores, el FOGASA abonará el 40% de la indemnización legal (20 días de salario por año, con un máximo de una anualidad) que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido por despido colectivo (Art. 21) o por la causa prevista en el Art. 52.c) del ET.

En este caso, el fondo no actúa como sustituto del empresario, sino que responde como deudor, primero el principal del pago de una parte de la indemnización fijada a favor del trabajador, cuyo contrato se haya extinguido, por ello se trata de una responsabilidad directa, no subsidiaria, pues no se están cumpliendo deudas de otra persona distinta, en este supuesto, la empresa debe satisfacer la diferencia entre la indemnización completa y el citado 40%.

Tema 17. Otras obligaciones y deberes del empresario.

◆ **Respeto a la dignidad del trabajador. El acoso moral en el trabajo (Mobbing).**

Junto al principal deber del empresario de pagar el salario, el ordenamiento jurídico laboral impone a éste, además, una serie de deberes llamados de protección que se pueden clasificar en 2 grupos:

- ◇ Deberes relativos a la protección de la capacidad profesional del trabajador que incluyen los deberes de ocupación efectiva y de promoción y formación profesional.
 - ◇ Deberes relativos a la protección de la persona que incluyen los deberes del respeto a la dignidad del trabajador de no discriminación y de seguridad y salud en el trabajo.
- ◆ **Deberes de: a) ocupación efectiva, b) promoción y formación profesionales, c) en materia de salud laboral: el deber general de prevención de riesgos en el trabajo.**
- ◆ **Deber de ocupación efectiva.**

El empresario, además de abonar los salarios, está obligado a cuidar de que el trabajo pueda prestarse de modo efectivo, la ocupación efectiva es de este modo un derecho del trabajador reconocido en el Art. 4.2.a) al que corresponde un deber recíproco del empresario de garantizarlo. El deber de ocupación sólo puede ser incumplido lícitamente por motivos ocasionales e irresistibles como por ejemplo en casos de fuerza mayor.

El trabajador al que no se dé ocupación efectiva, podrá optar entre pedir al juzgado que condene al empresario a dársela; o que resuelva el contrato con derecho a indemnización a

razón de 45 días como si se tratase de un despido improcedente a tenor de lo previsto en el Art. 50.2 del ET.

Existe una reiterada doctrina jurisprudencial que califica de despido de hecho (fáctico) o tácito, el hecho de no dar ocupación y no dar salarios.

♦ **Deber de promoción y formación profesionales de los trabajadores.**

Uno de los principios rectores de la política social y económica consagrados es la y que ha de inspirar la legislación y la actuación de los poderes públicos es el de fomento de una política que garantice la formación y readaptación profesionales. Art. 40.2 de la CE.

La promoción y formación profesional van unidas, se regulan conjuntamente en el Art. 23 del ET. Es obvio que el progreso del trabajador va unido a su mejor preparación profesional, puede decirse que a más preparación, mejor clasificación y mejores posibilidades de ascensos.

Al empresario corresponde facilitar al trabajador la adquisición de formación profesional que a su vez propicie su progreso o promoción laborales. A tal efecto, el ET en el Art. 23 en relación con el Art. 4.2.b) establece que el empresario está obligado frente a sus trabajadores a:

- ◊ Conceder los permisos necesarios por exámenes a los trabajadores que cursen con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional y asimismo en tal supuesto, reconocer a los trabajadores el derecho preferente a elegir turno de trabajo cuando éste fuese el sistema establecido en la empresa.
- ◊ Permitir que los trabajadores asistan a cursos de formación profesional mediante la oportuna adaptación de la jornada ordinaria o bien mediante la concesión del oportuno permiso con reserva de puesto de trabajo.

En los convenios colectivos se pactarán los términos del ejercicio de éstos derechos.

♦ **Deber de respeto a la dignidad de la persona.**

Este deber se recoge en el Art. 4.2 del ET, al reconocer a favor del trabajador el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad.

La dignidad de las personas, y por tanto del trabajador, incluye entre otros, los siguientes derechos constitucionales:

- ◊ Derecho a la libertad religiosa.
- ◊ Derecho a la libertad ideológica.
- ◊ Derecho a la libertad de culto.
- ◊ Derecho al honor.
- ◊ Derecho a la intimidad personal y familiar.
- ◊ Derecho a la propia imagen.
- ◊ Derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones.

En el ET no existe una regulación minuciosa de este derecho del trabajador al respeto de su intimidad y dignidad, por ello este vacío normativo se viene interpretando con criterios jurisprudenciales (sentencias).

En el ET se hacen declaraciones genéricas o referencias a la dignidad del trabajador, así además de la declaración del Art. 4.2.e) en el Art. 18 sobre la individualidad de la persona del trabajador se dice: sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador en sus

taquillas y efectos particulares cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores, o en su ausencia, del centro de trabajo de otro trabajador de la empresa, siempre que ellos fuera posible.

En el Art. 20.3 sobre dirección y control de la actividad laboral dice: el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento con el trabajador de sus deberes laborales guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana.

El Art. 50 permite resolver el contrato por el trabajador cuando el empresario modifique sustancialmente las condiciones de trabajo que redunden en menoscabo de su dignidad.

Por último, en el Art. 8.11 de la LISOS aprobada por el RDL 5/2000 de 4 de agosto, se considera como infracción muy grave del empresario, los actos contrarios al respecto de la intimidad y consideración de vida a la dignidad del trabajador.

Acoso o mobbing:

Entre los novedosos fenómenos que afectan a las relaciones de trabajo destacan los acosos morales (o mobbing) que se definen como conductas de hostigamiento laboral prolongadas, llevadas a cabo por el empresario sobre el trabajador que degraden su condición personal y profesional.

Estas conductas empresariales son de difícil sistematización a título de ejemplo, se pueden citar como comportamientos susceptibles de producir acoso moral, los siguientes:

- ◊ Implantación de medidas organizativas sin asignación de tareas o con asignación de otras innecesarias que provocan aislamiento o impiden relaciones personales con clientes.
- ◊ Ataques a la persona del trabajador con críticas, vejaciones, burlas, incluso violencia física, agresiones verbales, insultos, amenazas, rumores, descalificaciones, etc.

No cabe duda de que estas conductas de acoso atentan contra los derechos fundamentales a la integridad y dignidad de las personas que impiden el libre desarrollo de su personalidad y constituyen una vulneración no sólo de los artículos 14, 15, 18 y 20 entre otros de la CE; sino también de los artículos 4.2.e), 18, 20.3, 34.3 y 50 entre otros del ET.

El acoso moral puede producir alteraciones psicosomáticas, ansiedad, estrés, decaimiento, baja autoestima, desconfianza, aislamiento, irritabilidad, insomnio, sufrimientos en general que exigen casi siempre tratamiento psicológico, psiquiátrico y que en ocasiones puede provocar el abandono del trabajo u otras circunstancias más trágicas.

Cuando el trabajador sea víctima de estas conductas de acoso, tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios según lo dispuesto en el Art. 1101 del CC.

◆ Deber de trato no discriminatorio.

El principio de igualdad de trato se consagra con carácter general en el Art. 14 de la CE; en el ámbito laboral se establece en los artículos 4.2.c) y 17 del ET.

El Art. 4.2.c) configura el derecho a no ser discriminado en la relación

empresario-trabajador.

El Art. 17 es más amplio y extiende la no discriminación a preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y declaraciones unilaterales del empresario. Art. 17.1.

La existencia de discriminación se sanciona con nulidad. Ésta se declara por el órgano judicial correspondiente, a través del procedimiento de tutela del derecho de libertad sindical y demás derechos fundamentales previstos en el Art. 175 y siguientes de la Ley Procesal Laboral, a través del recurso de amparo ante el TC, o bien mediante el planteamiento de recursos de inconstitucionalidad.

Tema 18. La clasificación profesional.

♦ Sistema de clasificación profesional: Categorías y grupos profesionales.

Esta materia básicamente se regula en el Art. 22 del ET. La expresión clasificación profesional puede significar 2 cosas: por un lado puede ser entendida como conjunto o cuadro objetivo de categorías y grupos profesionales en la organización empresarial; por otro lado puede ser entendida como un acto de inserción del trabajador en esos grupos o categorías.

Cuadro de categorías. Grupos profesionales o niveles:

Como decíamos, en su primera acepción, clasificación profesional significa el conjunto de categorías profesionales que en la empresa pueden existir.

Tales categorías se identifican en el convenio colectivo aplicable, para cada una de ellas los convenios colectivos señalan las tareas, funciones y responsabilidades laborales que les corresponden. Así, cada categoría profesional queda delimitada objetivamente por el contenido material de la prestación laboral exigible a quien la ostenta.

El conjunto de estas categorías es distinto para cada uno de los sectores productivos.

Los convenios colectivos con frecuencia contemplan grupos profesionales o niveles, comprendiendo cada uno de estos grupos un conjunto de categorías. Son habituales los siguientes grupos: grupo de técnicos, administrativos, subalternos y obreros. En la clasificación profesional actual, con el fin de lograr una mayor flexibilización en categorías (sistema clásico o tradicional), se tiende a una clasificación en grupos profesionales o niveles.

El mismo Art. 22 del ET se refiere a esta clasificación profesional por grupos, dice este artículo que se puede hacer por agrupación unitaria de aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación; y cada uno de esos grupos según dice dicho precepto, podrá incluir diversas categorías profesionales, lo que dota al concepto de grupo profesional o nivel de cierta elasticidad. La existencia de estos grupos profesionales se encuentra prevista también en otros artículos. Por ejemplo: el Art. 39 en materia de movilidad del trabajador dentro de la empresa, fijando el grupo profesional como límite para la movilidad funcional.

Encuadramiento profesional del trabajador.

La segunda acepción de la clasificación profesional como adscripción del trabajador a las categorías o grupos profesionales previstos, es utilizada por el Art. 22.5 del ET que dice que el contenido de la prestación laboral, objeto del contrato de trabajo se establecerá por acuerdo

entre el trabajador y el empresario.

A partir de ese momento, el trabajador ostenta tal categoría o queda adscrito al grupo o nivel correspondiente, lo que delimita desde entonces el contenido de su prestación laboral, es decir, el trabajador queda clasificado por ejemplo como oficial de primera, programador, camarero, oficial administrativo, vigilante, analista, jefe de producción, etc.

El encuadramiento del trabajador en la correspondiente categoría es por tanto un acuerdo entre éste y el empresario. Lo normal es que se produzca por la oferta del empresario aceptada por el trabajador.

La adscripción del trabajador a alguna de las categorías profesionales implica la obligación profesional de respetarla, lo que significa que el empresario puede también exigir el cumplimiento de las funciones incluidas en la categoría, pero no de otras distintas. De esta forma, la clasificación profesional puede entenderse como un límite de naturaleza objetiva o material al poder directivo del empresario.

Ahora bien, dado que la descripción de categorías o grupos es en ocasiones muy amplia, el empresario puede especificar en cada momento las que el trabajador debe cumplir, que pueden ir cambiando a lo largo del tiempo, dentro de los límites del contenido funcional de la categoría de acuerdo con las necesidades de la organización, cambios tecnológicos u otras razones. Se trata en estos casos de modificaciones de la prestación, pero de naturaleza no sustancial, por lo que se someten al procedimiento regulado en el Art. 41 del ET.

Por otra parte, la invalidez de la función asignada de acuerdo con la categoría no es absoluta. Hay que admitir que en determinadas circunstancias excepcionales, tales como por ejemplo: casos de fuerza mayor o de urgencia, el empresario puede asignar al trabajador funciones no correspondientes a su categoría aunque limitadas al tiempo imprescindible.

Por último, según el principio de flexibilidad se admite por acuerdo la posibilidad de ocupar puestos de trabajo correspondientes a categorías profesionales distintas por exigencias del proceso productivo.

Esta situación se refleja en el Art. 22 del ET, el cual añade al respecto 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, es decir, la categoría o el grupo profesional, vendrán determinados por las funciones predominantes llevadas a cabo en la realización de su trabajo.

De los conflictos sobre clasificación profesional conoce la jurisdicción social. El Art. 137 de la Ley Procesal Laboral establece las características del procedimiento, concretamente se exige acompañar con la demanda, informe emitido por el comité de empresa o delegados de personal, así como informe de la inspección de trabajo que solicitará el juzgado de lo social una vez admitida la demanda a trámite.

VI MODIFICACIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Tema 19. La actividad organizativa y disciplinaria del empresario.

- ◆ El poder de dirección del empresario: concepto, contenido y límites. El ius variandi.

Poder de dirección:

Facultad del empresario para organizar la empresa y ordenar las prestaciones laborales. Este poder de dirección se caracteriza por:

- ◊ Está recogido legalmente en el Art. 38 de la CE y en los artículos 1.1, 5.c) y 20.1 del ET.
- ◊ El contenido de este poder es muy amplio y variado, comprendiendo tanto funciones ordenadoras (órdenes e instrucciones del Art. 5.c)), como funciones de control y vigilancia y funciones de decisión sobre la organización de la empresa (Art. 20).
- ◊ De entre las funciones directivas, hay que destacar la potestad del empresario de alterar unilateralmente los límites de la prestación laboral.

Tal poder, llamado *ius variandi*, aparece reconocido en la figura de la movilidad funcional regulada en el Art. 39 del ET. Por definición, el *ius variandi* impone modificaciones no sustanciales.

- ◊ La titularidad del poder de dirección corresponde al empresario, sea éste individual o colectivo. El ejercicio de dicho poder puede delegarse.
- ◊ El poder de dirección del empresario no es absoluto o ilimitado, sino que está sujeto a límites. Estos límites son de dos tipos:
 - Externos: son los impuestos por los derechos que la CE, leyes, convenios y contratos reconoce a los trabajadores.
 - Internos: en cuanto que el poder de dirección ha de ser ejercido de buena fe y en forma regular. La orden abusiva o fraudulenta, o la que impone conductas antijurídicas, justifica su incumplimiento.
- ◊ El poder de dirección en virtud de los artículos 20.3 y 18 del ET, autoriza la fiscalización empresarial, pero tal medida de control debe respetar la dignidad e intimidad del trabajador.

Asimismo, en virtud del Art. 20.4 del ET, autoriza el empresario para investigar la realidad de las enfermedades o accidentes alegados por el trabajador.

El empresario, con el fin de evitar el absentismo, puede ordenar al oportuno reconocimiento a cargo del personal médico.

◆ **El poder disciplinario del empresario: concepto y limitaciones. Faltas y sanciones laborales. Procedimientos de imposición. La impugnación de las sanciones. Prescripción de las faltas.**

Es el poder para reprimir las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa. La ley reconoce esta facultad al empresario para sancionar al trabajador en virtud de incumplimientos o interacciones laborales clasificadas en leve, graves y muy graves. A ellos corresponde sanciones con la misma clasificación que el empresario puede aplicar en caso de incumplimiento.

Características del poder disciplinario.

- ◊ La decisión disciplinaria del empresario no es definitiva. El Art. 58.2 del ET señala que la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección serán siempre revisables ante la jurisdicción competente.
- ◊ Las sanciones tienen límites. Concretamente el Art. 58.3 dice 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 del trabajador o multa de haber.
- ◊ Si el incumplimiento es muy grave, la solución impuesta puede ser la de despido calificado propiamente como despido disciplinario (Art. 54 ET).

- ◊ En el ejercicio de la facultad disciplinaria, es aplicable al principio no bis in idem que impide la duplicidad de sanción por unos mismos hechos.
- ◊ Una vez impuesta una sanción no cabe revocarla e imponer otra más grave.
- ◊ Es aplicable al principio de compensación de culpas, de forma que si el incumplimiento del trabajador se corresponde con otro y coetáneo del empresario, no cabe ejercitar la facultad disciplinaria.
- ◊ Deben considerarse nulas las decisiones unilaterales del empresario que impongan sanciones y vulneran el principio de igualdad.

Procedimiento sancionador

El empresario, como hemos dicho, es el titular de la facultad disciplinaria, pero el ejercicio de la misma debe cumplir una forma.

El Art. 58.2 del ET exige comunicación escrita al trabajador expresando las causas (hechos concretos y detallados) en casos de imposición de sanciones graves y muy graves. Este requisito formal se exige para garantizar seguridad jurídica al afectado; al proporcionarle un mejor conocimiento sobre los hechos que se le imputan y facilitar así sus derechos de defensa.

En el caso de imposición de sanciones por faltas graves y muy graves a los representantes de los trabajadores en la empresa, según lo previsto en el Art. 68.a), el empresario debe abrir expediente contradictorio con audiencia del interesado y del resto de los representantes.

La necesidad de la apertura de este expediente contradictorio también se extiende a los delegados sindicales según lo dispuesto en el Art. 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

La jurisprudencia considera nula toda sanción impuesta sin respetar esta forma. Además, la materia de sanciones disciplinarias es objeto del derecho de información de los representantes de los trabajadores con el fin de ejercer control sobre la facultad disciplinaria empresarial.

Según el Art. 64.1.7 del ET, el comité de empresa y los delegados de personal deben ser informados de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves. Esta norma también es extensible a los delegados sindicales, los cuales tienen derecho a ser oídos en los casos de imposición de sanciones a los trabajadores afiliados al sindicato de que se trate.

Las sanciones disciplinarias serán siempre revisables ante la Jurisdicción Social.

Los artículos 114 y 115 de la Ley de Procedimiento Laboral establecen normas específicas del proceso especial de impugnación de sanciones.

El Art. 60.2 del ET establece las reglas de prescripción de las faltas del trabajador, según las cuales las leves prescriben a los 10 días, las graves a los 20 días y las muy graves a los 60 días.

Todo ello, a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y en todo caso, a los 6 meses de haberse cometido.

◆ **Las modificaciones substanciales de las condiciones de trabajo: a) de carácter individual, b) de carácter colectivo. Procedimientos. Modificaciones de la relación laboral.**

De la relación laboral establecida entre un determinado empresario y un determinado

trabajador derivan unos concretos derechos y obligaciones para ambas partes.

Cada parte tiene derecho a exigir y obligación de cumplir el contenido exacto de la relación laboral. No obstante lo anterior, la relación laboral debido fundamentalmente a que su ejecución es continuada y se prolonga en el tiempo, la relación laboral puede sufrir modificaciones que afectan bien al contenido de la misma, o bien al contenido de los sujetos.

Modificación del contenido de la relación laboral:

Desde el punto de vista objetivo, la variación del contenido de la relación laboral está regulada fundamentalmente en los artículos 39, 40 y 41 del ET.

En el Art. 39: movilidad funcional

En el Art. 40: movilidad geográfica

En el Art. 41: modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Modificación o cambio de los sujetos:

Respecto de la persona del trabajador, no cabe la modificación contractual puesto que el carácter personalísimo de la prestación laboral excluye la posibilidad de que subsista el contrato tras el cambio del trabajador.

El cambio no significaría otra cosa que la extinción de un contrato, seguido de la celebración de otro distinto.

Respecto del cambio del empresario, el ET en sus artículos 42, 43 y 44, bajo el título de: garantías por cambio de empresario, regula diversas situaciones o supuestos, concretamente subcontratación, cesión de mano de obra y sucesión de empresa.

Movilidad funcional (Art. 39 ET).

Concepto: por modificación funcional se entiende el cambio de funciones habitualmente prestadas por el trabajador. Equivale a traslado de puesto de trabajo, y constituye un instrumento típico de flexibilización de las relaciones laborales.

La movilidad laboral se regula en el Art. 39 del ET, cuyo precepto en realidad distingue dos supuestos o modalidades que como común denominador han de cumplir los siguientes requisitos:

- ◊ Respecto de la dignidad del trabajador y sus derechos profesionales. El Art. 39.3 del ET establece que la movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional; añadiendo que no cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los casos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional.
- ◊ Respecto de los derechos económicos: en cualquier tipo de movilidad funcional, el trabajador tiene derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice salvo en los casos de encomienda de funciones interiores en las que mantendrá la retribución de origen.

Clases de movilidad funcional:

◇ Movilidad funcional horizontal: llamada también movilidad funcional – libre dentro del grupo profesional o entre categorías equivalentes.

Art. 39.1, como regla general parece que el empresario tiene facultades para ordenar, sin alegación de causa y sin límite temporal, en ejercicio de su ius variandi ordinario cambios de funciones en el seno de la empresa, siempre que respete:

- La titulación académica o profesional exigida por el desempeño del puesto de trabajo.
- La pertenencia al grupo profesional y cuando no exista grupo profesional, es aplicable la regla del Art. 39.1 in fine (al final último párrafo) que dice: a falta de definición del grupo profesional, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes entendiendo por tales las que exigen una aptitud profesional común.

◇ Movilidad vertical: o llamada también movilidad funcional – causal fuera del grupo profesional o entre categorías no – equivalentes (Art. 39.2 y Art. 39.4). El empresario puede ordenar en el ejercicio ius variandi extraordinario funciones no correspondientes al grupo profesional o categoría equivalente, siempre que:

- Existan razones técnicas u organizativas para ello.
- La modificación dure sólo el tiempo imprescindible

En este tipo de movilidad funcional, a su vez, hay que distinguir 2 supuestos:

- Ascendente: en caso de movilidad ascendente es que de paso de una categoría inferior a otra superior. El trabajador que lleve ejerciendo funciones superiores más de 6 meses en un año, o de 8 meses durante 2 años, podrá reclamar dos cosas de forma independiente o acumulativa:
- El ascenso que corresponda según convenio o la provisión de la vacante conforme a las reglas aplicables en materia de ascensos para no infringir el principio de no discriminación (Art. 24 del ET). Contra la negativa de la empresa y previo informe de los representantes de los trabajadores, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción social siguiendo las normas del Art. 137 de la LPL.
- Y/o las diferencias salariales correspondientes al trabajo superior realizado.
- Descendente: el empresario puede ordenar la realización de funciones inferiores excepcionalmente por necesidades perentorias (urgentes) o imprevisibles de la actividad productiva.

Esas tareas inferiores no podrán entrañar disminución alguna de la retribución originaria a la representación legal de los trabajadores.

◇ Movilidad que excede el ius variandi del empresario.

El Art. 39.5 del ET cita este tipo de movilidad por excluir su regulación de las reglas previstas en este precepto. En realidad este tipo de movilidad constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y requiere:

- O bien por acuerdo entre las partes, ya sea individual o colectivo.
- O bien el sometimiento a los procedimientos y reglas previstos en el Art. 41 relativo a la modificación sustancial del contrato de trabajo.

◆ **La movilidad geográfica: a) Traslados: individual y colectivo, b) los desplazamientos temporales.**

Por movilidad geográfica se entiende el cambio de lugar del trabajo, acordada por el

empresario, que implica para el trabajador variación de residencia. Se trata de cambios geográficos que obligan al trabajador a cambiar su domicilio habitual.

Cuando el cambio de lugar de trabajo no conlleve cambio de residencia, tales cambios se regirán por las normas de la modalidad funcional, Art. 39 o bien por las normas de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, Art. 21.

La movilidad geográfica, salvo que los trabajadores hayan sido contratados específicamente para prestar servicios en centros de trabajo móviles o itinerantes, requieren la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que la justifiquen; o por contrataciones referidas a la actividad empresarial para ejecutar obras o servicios en otra localidad.

Señalar también que cualquiera que sea la movilidad geográfica, los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en sus puestos de trabajo de origen.

◆ Traslados: individual y colectivo.

Supone el cambio definitivo del domicilio habitual del trabajador o al menos por un periodo superior al que establece la ley para el desplazamiento, es decir, 12 meses dentro de un plazo de 3 años.

Los traslados a su vez pueden ser individuales o colectivos:

Traslados individuales:

Se produce mediante decisión del empresario, notificada al trabajador afectado y a sus representantes legales, con preaviso de al menos 30 días.

La decisión de traslado debe ser escrita, explicando las causas. El trabajador que recibe la orden de traslado puede optar entre:

- ◊ Aceptar el traslado, pidiendo una compensación de gastos propios y familiares a su cargo, de esta forma el trabajador se muestra con la decisión empresarial.
- ◊ Extinguir el contrato con derecho a la indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un límite máximo de 12 mensualidades.
- ◊ Impugnar la orden de trabajo, sin perjuicio de la orden de traslado, la petición de traslado en el plazo de incorporación el trabajador que no habiendo optado por la extinción de su contrato, se muestra disconforme con la decisión empresarial por considerarla injusta, podrá impugnarla ante la jurisdicción competente en el plazo de caducidad de 20 días a contar desde la notificación, tal como prevén los artículos 59.1 del ET y 138,1 de la LPL.

Si la sentencia declara el traslado injustificado, el trabajador debe ser repuesto en su lugar de trabajo inicial.

Traslado colectivo:

Es el que afecta a la totalidad de la plantilla, siempre que conste de más de 5 trabajadores, o cuando sin afectar a la totalidad de la plantilla, en un periodo de 90 días comprenda a un numero de trabajadores de al menos:

- ◊ 10 trabajadores en empresas que ocupen menos de 100.
- ◊ 10% trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- ◊ 30 trabajadores en empresas que ocupen 300 o más.

En cuanto al procedimiento de traslado colectivo, es más complejo que el individual, en atención a los intereses en juego.

El empresario antes de proceder al traslado colectivo, debe abrir previamente un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores de una duración no inferior a 15 días.

El periodo de consultas, versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre los medios necesarios para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

Tanto la apertura del periodo de consulta, como las posiciones de las partes, tras su conclusión, deberán ser notificadas a la autoridad laboral (administración no judicial) para su conocimiento.

Celebradas las consultas sin acuerdo, el empresario notificará la decisión de traslado siguiendo las reglas del traslado individual.

La autoridad laboral, teniendo en cuenta las consecuencias de la medida, puede ampliar el plazo de incorporación a 6 meses.

La decisión colectiva de traslado puede ser impugnada a través del procedimiento de conflicto colectivo sin perjuicio de la acción individual prevista para el traslado individual. La interposición del conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciales hasta que aquel se resuelva. Cada trabajador afectado por el traslado, pese a la interposición del conflicto colectivo, está legitimado por eludir el traslado ejercitando la opción a favor de la extinción indemnizada del contrato.

Tanto en el traslado individual como en el colectivo, si uno de los cónyuges se ve obligado a cambiar de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad si hubiera puesto de trabajo

◆ Los desplazamientos temporales.

Los cambios geográficos cuya duración no excede de 3 meses en un periodo de 3 años, no se consideran legalmente traslados, sino meros desplazamientos temporales. En desplazamientos no hay distinción entre individual y colectivo. El régimen jurídico es único y se establece en el Art. 40.4 del ET.

El procedimiento para el desplazamiento es similar al del traslado individual, incluso más simplificado. El empresario debe informar al trabajador con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad; frente a la orden de desplazamiento, el trabajador puede optar por:

- ◊ Dar cumplimiento a la orden del empresario devengando el importe de los gastos de viaje y dietas que corresponda. Podemos decir que en este caso el trabajador acepta íntegramente la orden de desplazamiento.
- ◊ Cumplir la orden de desplazamiento por ser ejecutiva, pero considerándola injusta. La impugna en el plazo de caducidad de 20 días ante la jurisdicción social. Si la sentencia declarase el desplazamiento injusto, el trabajador será repuesto al lugar de trabajo de origen.

Hay que subrayar que en los casos de desplazamiento, no se le concede al trabajador la opción de extinción indemnizada del contrato.

Por último, en el caso de que el desplazamiento tenga una duración superior a 3 meses, el trabajador tendrá derecho a:

- ◊ Ser preavisado con 5 días de antelación como mínimo.
- ◊ El trabajador tendrá derecho a un permiso remunerado de 4 días laborables en su domicilio de origen, por cada 3 meses de desplazamiento.

◆ **Modificación natural de las condiciones de trabajo.**

Concepto: la modificación natural de las condiciones de trabajo se distingue por la definición de las modificaciones no esenciales que forman parte del ius variandi del empresario.

El poder de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo es un derecho del empresario, que excede los límites del ius variandi empresarial o de la movilidad funcional.

Por medio de él, se concede al empresario el derecho a variar las condiciones contractuales de que disfrutaban sus trabajadores. Ahora bien, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo puede cederse al empresario no arbitrariamente, sino cuando existe probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción.

El poder de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo debe entenderse como una derivación en el ámbito laboral del principio de libertad de empresa, consagrado en el Art. 38 de la CE.

En virtud de este principio, se concede al empresario un poder suficiente para que organice, según sus lícitos intereses, la unidad productiva.

A título de ejemplo, el ET dice que, entre otras, tendrán la consideración de modificación sustancial de condiciones de trabajo, las que afecten a la jornada de trabajo, al horario, el régimen de trabajo a turnos, los sistemas de remuneración, el sistema de trabajo y rendimiento, y, finalmente, los que afecten a las funciones de los trabajadores cuya modificación excede los límites previstos en el Art. 39 del ET.

◆ **Clases y régimen jurídico de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.**

La ley distingue dos tipos de modificaciones: las individuales y las colectivas.

Las individuales:

Se considera individual la modificación de aquellas condiciones de que disfrutaban los individuos a título individual, es decir, por el contrato de trabajo, o a través de una decisión unilateral del empresario.

El empresario cuando pretende acordar una modificación individual, debe preavisar su decisión modificadora al trabajador afectado y a los representantes legales de los trabajadores, como mínimo 30 días antes de la efectividad del cambio. La decisión debe ser por escrito y explicando las causas.

El trabajador puede optar por:

- ◊ Aceptar la modificación sin más.
- ◊ Impugnarla ante la jurisdicción social por considerarla injustificada sin perjuicio de su ejecutividad. Si la modificación fuese declarada injustificada, el trabajador tiene derecho a ser repuesto en su inicial posición jurídica. En caso de negativa empresarial a reintegrar al trabajador, cabe la unión rescisoria del Art. 50.1.c) del ET en relación con el Art. 138.6 de la LPL. El plazo de impugnar la modificación es un plazo de caducidad de 20 días desde la fecha de la notificación, tal como prevé el Art. 59.4 del ET.
- ◊ Decidir dentro del plazo de preaviso la evolución del contrato de trabajo con derecho a indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 9 meses, siempre que la modificación se refiera específicamente a tiempo de trabajo (jornada, horario a turnos) y causa un perjuicio simple al trabajador. Ejemplo: perjuicio económico.
- ◊ Instar ante la jurisdicción social, la resolución del contrato con derecho a 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades como si se tratase de un despido improcedente, siempre que la modificación causara un perjuicio cualificado (perjuicio a la formación profesional o menoscabo de la dignidad del trabajador). Todo ello conforme a lo previsto en el Art. 50.1.a) en relación con el Art. 41.3 del ET.

Las colectivas:

Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones de que disfrutaban los trabajadores a título colectivo, por pacto o acuerdo colectivo o decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

En cualquier caso, no tienen consideración de colectivos las modificaciones funcionales y de horario que afecten a un periodo de 90 días o un número de trabajadores inferior a:

- ◊ 10 trabajadores en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.
- ◊ El 10% de trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- ◊ 30 trabajadores en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

Régimen jurídico (colectivas):

Por su mayor trascendencia social, el procedimiento para la modificación colectiva es más exigente que para la individual. Se exige con carácter previo que el empresario abra un periodo de consultas no inferior a 15 días con los representantes de los trabajadores. Estas consultas deben referirse a las causas de la modificación y la búsqueda de soluciones. Tras la finalización del periodo de consultas sin acuerdo, el empresario por escrito y explicando las causas, notificará a los trabajadores y a sus representantes, su decisión sobre la modificación que surtirá efectos una vez transcurrido el plazo de preaviso.

Contra las decisiones empresariales colectivas se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual. No obstante, la interposición del conflicto colectivo (Art. 151 a 160 de la LPL) penalizará la tramitación de las acciones individuales como ocurre en los casos de traslados colectivos.

Tema 20. Garantías por cambio de empresario.

El contrato de trabajo se caracteriza por su gran utilidad que se manifiesta especialmente en la posibilidad de innovaciones subjetivas, subrayándose el nuevo empresario como parte del contrato en el lugar y derechos del anterior.

Precisamente para asegurar la conservación del negocio del contrato, en este caso el contrato

de trabajo, el ET en los artículos 42, 43 y 44 establece una serie de garantías por cambio de empresario que estudiamos a continuación.

♦ **Sucesión de empresa. Concepto. El cambio de titularidad de la empresa o centro de trabajo. La subrogación empresarial. Modalidades de transmisión: a) Inter.-vivos, b) Mortis-causa, y por incapacidad o jubilación del empresario. Art. 44 ET.**

Concepto:

El cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extingue por sí mismo los contratos de trabajo celebrados con el empresario cedente, quedando de nuevo subrayado en los derechos y deberes (obligaciones) laborales y de seguridad social, incluso compromisos de permisos del anterior.

Se considerará que existe sucesión no sólo en el caso de transmisión de la empresa en su integridad, sino también en cesiones paralelas cuando la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad entendida como un conjunto de medios organizados a fe de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio.

El negocio jurídico por el que se cede la empresa puede revestir cualquier modalidad. Así, por ejemplo, puede ser traslativo del dominio o mero goce, oneroso o gratuito, intervivos o mortis causa, abrazando por tanto las transmisiones sucesorias, las donaciones, compra-ventas, arrendamientos, usufructos, traspasos de negocios, absorciones y fusiones de empresas, Y en cualquier modalidad de transmisión.

Régimen jurídico de la sucesión de empresa:

Se contiene básicamente en el Art. 44 del ET, cuyas reglas en esencia son las siguientes:

- ◊ El cambio de empresario no extingue la relación laboral. El contrato de trabajo se considera tras la sucesión empresarial.
- ◊ La subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones del anterior. Se produce por imperativo legal, siendo irrelevante en ella la voluntad del empresario cedente, del cesionario y del trabajador cedido.
- ◊ En las transmisiones intervivos, el cedente y el cesionario responderán solidariamente durante 3 años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión, y que no hubieran sido satisfechas. También responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión cuando la cesión fuese declarada delito.
- ◊ Salvo pacto en contrario, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirían rigiéndose por el convenio colectivo de origen hasta su expiración o hasta la entrada en vigor de otro convenio nuevo aplicable.
- ◊ Cuando el cambio de la unidad productiva conserva su autonomía no se extinguirá el mandato de los representantes legales de los trabajadores.
- ◊ El cedente y el cesionario, con la suficiente antelación, deberán informar a los representantes legales (de no existir éstos, a los trabajadores afectados) sobre los siguientes puntos:
 - Fecha prevista de la transmisión.
 - Motivos de la transmisión.
 - Consecuencias para los trabajadores afectados.
 - Medidas previstas.

El incumplimiento de este deber de información, es sancionable como infracción

administrativa grave (Art. 7.11 de la LISOS).

- ◊ El cedente o cesionario que con motivo de la transmisión pretendiese adoptar medidas laborales en relación con sus trabajadores, vendrá obligado con suficiente antelación a iniciar un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Cuando las medidas consistiesen en traslados colectivos, o modificaciones sustanciales colectivas, se aplicará lo dispuesto en el Art. 40.2 y 41.4 del ET.

◆ **Cesión ilegal de mano de obra o prestamismo laboral. Art. 43 ET.**

La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa fuera del marco jurídico de la empresa de trabajo temporal, constituye un acto ilícito del que derivan las siguientes responsabilidades o consecuencias graves:

- El empresario cedente y cesionario responden solidariamente de las obligaciones para con los trabajadores y la seguridad social.
- La cesión de trabajadores en los términos políticos por la legislación vigente, constituye, al amparo del Art. 8.2 de la LISOS, una infracción administrativa muy grave sancionable tras el oportuno expediente, y al amparo del Art. 312 del CP una infracción de tipo penal, este artículo sanciona con pena de prisión de 6 meses a 3 años a los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.
- Los trabajadores cedidos ilícitamente pueden optar por adquirir la condición de fijos; bien en la empresa cedente o bien en la empresa cesionaria; si decidieran el cambio, su régimen jurídico sería el correspondiente a la nueva empresa, aunque la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal. La opción deberá ejercitarse mientras subsiste la cesión, no si ya hubiera concluido.

◆ **Subcontratación de obras y servicios.**

Esta, se regula en el Art. 42 del ET. Ciertas empresas, para su proceso productivo, requieren los servicios de otras empresas auxiliares para la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad; estas empresas auxiliares celebran con la empresa principal contratos civiles de ejecución de obra, bien sea con suministro de materiales o sin el y aportando, para la realización de la obra convenida, sus propios trabajadores. La participación de ambas empresas (principal y contratista o contratista y subcontratista) en un proceso productivo común se regula en el Art. 42 del ET.

La existencia de estas empresas contratistas o auxiliares es lícita, como lícito es el contrato que los vincula con la principal. Ahora bien, para evitar desviaciones fraudulentas, el Art. 42 del ET arbitra las siguientes medidas:

- ◊ Antes de contratar la subcontrata, el empresario principal que está obligado a comprobar si el contratista está al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social; para tal comprobación, el empresario principal debe solicitar de la tesorería general de la seguridad social una certificación negativa por descubiertos.

Si dicha certificación negativa no se expide en el plazo de 30 días, el empresario principal queda exonerado de responsabilidad; por el contrario, el empresario que celebre una contrata con un contratista en descubierto sin solicitar certificación, o la certificación solicitada señala descubiertos, quedará incurso en responsabilidad.

La doctrina está dividida en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad: solidaria, subsidiaria o simplemente administrativa.

◊ Para después de concertada la contrata, es decir, durante la vigencia o ejecución de la obra el ET arbitra las siguientes medidas:

Se establece un procedimiento específico de garantías de los derechos de los trabajadores del contratista; tanto en materia salarial y seguridad social (Art. 42.2 del ET), como de seguridad y salud en el trabajo (Art. 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales), es decir, el empresario principal responde solidariamente con el contratista de las obligaciones de éste, nacidos durante la vigencia del contrato, tal responsabilidad solidaria exigible hasta un año después de finalizada la obra alcanza a:

- Deudas salariales. No a los salarios de tramitación (STSupremo de 14 de julio de 1998 dictada en unificación de doctrina), ni a la obligación de readmitir ni indemnizaciones.
- A las cuotas y prestaciones de la seguridad social.
- Responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo; pero hay excepciones:
 - No responderá el principal por los actos del contratista en los supuestos siguientes:
 - ◆ El cabeza de familia que contrata la construcción o reparación de su vivienda en base a los Art. 42.2 del ET y 127.1 de la LGSS. El cabeza de familia en estos casos quedaría exento de responsabilidad, tanto en materia laboral como en materia de Seguridad Social (y por supuesto en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo).
 - ◆ Tampoco responderá el principal cuando celebra la contrata al margen de su actividad empresarial.

El ET en su Art. 42.2 párrafo 2º textualmente dice que: no habrá responsabilidad cuando al propietario de la obra o industria, no contrate su realización por razón de una actividad empresarial. En este supuesto del apartado b), a diferencia del supuesto del apartado a), hay que hacer los siguientes matices:

Desde el punto de vista laboral y en base al Art. 42.2 ET no cabe responsabilidad alguna.

Por el contrario, en materia de relaciones de la seguridad social, según el Art. 127.1 de la Ley de Seguridad Social, parece que cuando una empresa principal celebre un contrato no referido a su propia actividad responderá subsidiariamente, por supuesto, si la contratación fuese referida a su propia actividad la responsabilidad sería solidaria.

◊ Antes de iniciarse los servicios, el empresario principal y el contratista están obligados a cumplir unos deberes informativos:

- El principal hacia los representantes, acerca de la contrata indicando:
 - Nombre del contratista.
 - Objeto y duración de la contrata.
 - Lugar de la ejecución.
 - Número de trabajadores que serán ocupados.
 - Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.
- El contratista hacia sus propios trabajadores y Tesorería General de la Seguridad Social sobre la identidad de la empresa principal (nombre, domicilio y número de identificación fiscal); y hacia los representantes de sus trabajadores sobre las características de la contrata (identidad de la empresa principal, objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución, trabajadores que serán ocupados y medidas de prevención).

Novedades de la Ley de Subcontratación:

El pasado 19 de abril entró en vigor la Ley 32/2006 de 18 de octubre reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Fue publicada en el BOE el 19 de octubre de 2006.

De entre sus novedades destacamos las siguientes:

- ◊ La ley tiene como objetivo reducir la elevada siniestralidad laboral en la construcción.
- ◊ Establece que como regla general a partir del contratista principal no podrá haber más de 3 niveles de subcontratación. La única excepción para ampliar la cadena de subcontratación es que el contratista principal demuestre que así lo requiere la especialización de la tarea o circunstancias de fuerza mayor.
- ◊ Las empresas que participan en la obra tanto contratistas como subcontratistas, tienen de plazo hasta el 19 de abril de 2010 para que el 30% de su plantilla sea indefinida. Antes de esta fecha hay unos tramos o cupos.
- ◊ Para evitar la pervivencia de sociedades de dudosa calificación en este sector, se obliga a que todas aquellas que pretendan trabajar como contratistas y subcontratistas se inscriban en el nuevo Registro de Empresas Acreditadas dependiente de las CCAA.
- ◊ En línea con lo previsto ya en el Art. 42 del ET, la principal deberá tener un libro de subcontratación en cada obra, en el que figuren todas las compañías subcontratadas conteniendo sus datos fundamentales, planes de seguridad, etc. El libro debe conservarse durante los 5 años posteriores a la finalización de la obra.
- ◊ La empresa principal es la responsable de que las otras compañías que dependen de su actividad estén inscritas en el registro y al día con la Seguridad Social.
- ◊ Las sanciones por incumplimiento de la norma son muy severas, además de multas elevadas, la norma prevé la posibilidad de cancelar de oficio la inscripción de la empresa infractora en el Registro.

Tema 21.- La suspensión del contrato de trabajo

♦ Concepto. Tipos de suspensión: Individuales y Colectivas.

El Art. 45.2 del ET señala que la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. En realidad la suspensión significa cesación temporal de las prestaciones básicas de ambas partes, frente a la extinción, que es definitiva.

Aunque durante la suspensión las prestaciones básicas (trabajo y salario) cesan, sin embargo, perviven algunos deberes, especialmente los relacionados con la buena fe, como por ejemplo el deber que tiene el trabajador de guardar secreto sobre cuestiones relativas al proceso productivo de la empresa.

El mecanismo de la suspensión laboral obedece al deseo del legislador de reforzar la estabilidad en el empleo, evitando la extinción tras la aparición de una circunstancia obstativa (que impide el trabajo) aunque temporal del desarrollo del trabajo.

Causas de suspensión:

El Art. 45.1 del ET relaciona hasta 14 causas de suspensión. La lista no tiene carácter exclusivo o cerrado, pues pueden añadirse otras por convenio colectivo o contrato de trabajo con el régimen jurídico que se pacte.

La posibilidad de ampliación de las causas se deduce del Art. 45.1 párrafos a) y b), pues nada impide que las partes (trabajador y empresario) bien en el momento de iniciarse el contrato, bien posteriormente, puedan pactar otras; y del Art. 46.6 al admitir que la situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados con el régimen y los efectos que allí se prevean.

Clases de suspensión:

Los criterios de clasificación son variados. Sólo vamos a distinguir 2 grandes tipos de suspensiones individuales y colectivas en atención a su dimensión.

Tienen naturaleza individual: el mutuo acuerdo de las partes, las consignadas válidamente en el contrato, la incapacidad temporal, la maternidad, adopción o acogimiento y riesgo durante el embarazo, servicio militar o servicio social sustitutorio (suprimido), privación de libertad, suspensión disciplinaria, las excedencias y la decisión de la víctima de violencia de género según la LO 1/2004 de 28 de diciembre contra la violencia de género.

Tienen naturaleza colectiva: las suspensiones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por fuerza mayor, la huelga y el cierre patronal.

◆ Suspensiones individuales: incapacidad temporal, privación de libertad, cargo público y excedencia forzosa, funciones sindicales.

En cuanto al mutuo acuerdo de las partes y las consignadas en el contrato (Art. 45.1.a) y b)), se rigen por los pactos y condiciones que se establezcan salvo que los mismos constituyan abuso de derecho por parte del empresario.

Incapacidad Temporal (Art. 48.2 ET)

La incapacidad temporal suspende la relación laboral con reserva del puesto de trabajo. Por incapacidad temporal se entiende aquella situación en que se encuentra el trabajador que por causa de enfermedad o accidente, está imposibilitado con carácter temporal para el trabajador y precisa asistencia sanitaria de la seguridad social.

En incapacidad temporal se puede permanecer hasta 12 meses prorrogables por otros 6, no obstante en aquellos casos en los que continuando la necesidad de tratamiento médico y la situación clínica del interesado lo aconsejase, se ampliará el plazo hasta 30 meses desde el inicio de la incapacidad temporal (pero esto es una excepción).

Por otra parte, la extinción de la incapacidad temporal con declaración de invalidez permanente, total, o absoluta, o de gran invalidez cuando a juicio del órgano de calificación la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo durante un periodo de 2 años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente.

Cuando el trabajador sea dado de alta debe incorporarse inmediatamente al puesto de trabajo.

Maternidad, adopción y acogimiento y riesgo durante el embarazo.

Maternidad (Art. 48.4 ET):

En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en 2 semanas por cada hijo a partir del segundo.

El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que 6 semanas sean inmediatamente posteriores al parto, es decir, 6 semanas serán disfrutadas después del parto, el resto bien antes de la fecha presunta de parto, bien después del periodo obligatorio, pero siempre sin solución de continuidad.

El padre también puede ejercer el derecho a la suspensión en los siguientes supuestos:

- ◇ Cuando fallezca la madre.
- ◇ Cuando la madre, salvo el descanso obligatorio de 6 semanas posteriores al parto, opte a favor de la suspensión del contrato del padre trabajador, siempre que la salud de ésta se lo permita.

Adopción y acogimiento:

Al descanso por maternidad se asimila el descanso por adopción o acogimiento.

Estos descansos son de 16 semanas cuando el hijo es menor de 6 años, o mayor de ésta edad pero discapacitado o con dificultades de inserción social o familiar, bien por sus especiales circunstancias y experiencias personales, bien por su condición de extranjero, siempre que tales circunstancias estén debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

Riesgo durante el embarazo:

Los Arts. 45.1.d) y 48.5 del ET añaden una nueva causa de suspensión: el riesgo durante el embarazo en los términos previstos en el Art. 26.2 y 26.3 de la Ley 31/95 de 8 de noviembre sobre prevención de riesgos laborales.

Cuando la trabajadora embarazada realice un trabajo contraindicado a su situación y no pueda ser trasladada a otro puesto de trabajo compatible, su contrato de trabajo quedará en suspenso hasta que se inicie la maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

Por decisión de la víctima de violencia de género:

La LO 1/2004 de 28 de diciembre contra la violencia de género, añade una nueva causa de suspensión de la relación laboral. El Art. 25.1.n), según este precepto con relación al Art. 48.6, cuando una trabajadora sea víctima de violencia de género y por tal causa se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo, la relación laboral quedará en suspenso.

La suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de 6 meses, salvo que de las actuaciones judiciales resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso el juez podrá prorrogar la suspensión por periodos de 3 meses, como máximo de 18 meses.

La suspensión por esta causa constituye una situación legal de desempleo (Art. 208.1 y 208.2 de la LGSS) y el tiempo de suspensión se considera tiempo cotizado a efectos de prestaciones de seguridad social (Art. 124.5 LGSS).

Servicio militar o servicio social sustitutorio:

Se contempla como causa de suspensión por el Art. 45.1.a) en relación con el Art. 48.3, de todas maneras esta causa de suspensión ya no existe como tal, al suprimirse el servicio militar y el servicio sustitutorio por el RD 247/01 de 9 de marzo y RD 342/01 de 4 de abril.

Privación de libertad:

La privación de libertad mientras no exista sentencia condenatoria (firme según reiterada jurisprudencia) suspende la relación laboral.

Por supuesto, si la condena fuese condenatoria el empresario puede despedir al trabajador por faltas de asistencia, a tenor de lo dispuesto en el Art. 54.2.a) del ET.

Suspensión disciplinaria:

El Art. 58.1 del ET reconoce a favor del empresario la facultad sancionadora por incumplimientos laborales de los trabajadores de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o convencionales.

La suspensión de empleo y sueldo admitida normalmente como modalidad de sanción en los convenios colectivos, se contempla con carácter general en el Art. 45.1.h) del ET como una de las causas de suspensión de la relación laboral. Cumplida la sanción de suspensión de empleo y sueldo, la reincorporación del trabajador a la empresa debe ser inmediata.

♦ Consideración especial de las excedencias. Clases: a) Excedencia forzosa; b) Excedencia voluntaria; Excedencia por cuidado de familiares.

Entendida como una interrupción temporal de las prestaciones laborales con derecho a la posterior reanudación puede ser según el Art. 46 ET voluntaria o forzosa, ambas constituyen causa de suspensión, pese a que el Art. 45.1 del ET tan sólo menciona la forzosa.

A estos dos tipos de excedencia debe añadirse un tercero que podemos calificar como un híbrido de aquellas: la excedencia por hijos o familiares.

Excedencia forzosa:

Aquella que puede ser impuesta por el empresario ante la imposibilidad del trabajador a asistir al trabajo normalmente, por ocupar un cargo público o sindical. Por tanto, hay dos tipos de excedencia forzosa:

- ◊ Por cargo público: el ET en el Art. 46.1 tras distinguir que la excedencia puede ser voluntaria o forzosa, define esta de la siguiente manera: la forzosa que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de antigüedad, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilita la asistencia al trabajo. El ingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público.
- ◊ Por funciones sindicales: el ejercicio de funciones sindicales, de ámbito provincial o superior, mientras dure el ejercicio de su cargo representativo, constituye un supuesto de forma expresa en el Art. 9.1.b) de la LOLS, y de forma implícita, el ET en su Art. 48.3, al establecer el deber del trabajador de reincorporación en el plazo máximo de 30 días naturales a partir de la cesación en la función, lo que implica el derecho del trabajador a la reserva de su plaza (elemento definitorio de la excedencia forzosa).

Excedencia voluntaria:

La solitita el trabajador con fundamento de sus intereses personales, de ahí su calificación de voluntaria. No obstante, el empresario está obligado a concederla cuando se cumplan los requisitos exigidos. Según el Art. 46.2, el trabajador con al menos una antigüedad de una año, tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a 2 años y no mayor a 5 años. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurridos 4 años desde el final de la anterior excedencia.

La diferencia más evidente respecto a la excedencia forzosa es la que al excedente voluntario no se le reconoce el derecho a la reserva del puesto de trabajo, o dicho de otra manera, el derecho de reingreso automático al término del periodo concedido.

El Art. 46.5 le reconoce sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suma que hubiera o se produjeran en la empresa. El trabajador, para disfrutar la excedencia voluntaria, necesita que previamente sea autorizada por el empresario (aunque está obligado a concederla) y el reingreso debe solicitarse según reiterada jurisprudencia antes de vencer el periodo de excedencia. Parece prudente hacerlo con un mes de antelación, ni el ET ni la doctrina señalan cual e el plazo de solicitud de reingreso.

Excedencia por cuidado de hijos/familiares

Los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a 3 años para atender al cuidado de cada hijo menor de 3 años, tanto cuando lo sea por naturaleza, adopción o acogimiento. También tendrán derecho a un periodo de excedencia no superior a 1 año los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo.

La excedencia por cuidado de hijos o familiares puede ser disfrutada por trabajadores, hombres o mujeres, de forma indistinta, e incluso simultánea, salvo cuando concurren razones justificadas de funcionamiento de la empresa, en cuyo caso el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo.

Cuando un nuevo causante (por ejemplo: nacimiento de un nuevo hijo) diera derecho a un nuevo periodo de excedencia de inicio de la misma, podrán fin a la que en su caso se viniera disfrutando.

Dentro del primer año de excedencia, el trabajador tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo como si fuera excedencia forzosa y se considera tiempo cotizado a efectos de todas las prestaciones, excepto la de desempleo. En caso de familia numerosa, la reserva del puesto de trabajo puede durar hasta 18 meses (Art. 46.3 último párrafo).

Durante los años 2º y 3º la reserva queda circunscrita a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, previsión similar a la establecida por la excedencia voluntaria.

El tiempo que el trabajador permanezca en excedencia por hijos o familiares será computable a efectos de antigüedad como en la forzosa. Además el trabajador tiene derecho a la asistencia a cursos de formación.

♦ Suspensiones colectivas: por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. Art. 47

El contrato de trabajo podrá ser suspendido a iniciativa del empresario por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción por superar situaciones temporales de la actividad de la empresa.

La solicitud de la autorización será dirigida a la administración laboral, con arreglo al procedimiento establecido en el Art. 51, salvo en lo referente a las indemnizaciones que no procederán al periodo de consultas que se reducirá a la mitad.

La suspensión será acordada (aprobada) cuando la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente, que tal medida temporal es necesaria por superar la situación de crisis de carácter coyuntural (temporal).

Por último, destacar que la suspensión por esas causas necesita autorización administrativa aunque afecta a un solo trabajador, frente a la extinción que cuenta con un régimen jurídico distinto para las individuales que para las colectivas.

En caso de concurso (quiebra) del empresario, la autorización para la suspensión colectiva no corresponde a la autoridad laboral, sino al juez del concurso, según dispone el Art. 64 de la Ley Concursal.

Fuerza Mayor

Son causas de fuerza mayor entre otras: incendio, terremoto, explosión, plaga o cualquier otra circunstancia catastrófica. El contrato de trabajo podrá suspenderse por alguna de las causas de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el Art. 51.12 del ET.

◆ **Huelga y cierre patronal.**

Cuando la huelga se ajuste a la legalidad vigente, es también causa suspensiva, incluso según la jurisprudencia, puede ser causa suspensiva la huelga ilegal con respecto a quienes tomen parte activa en ella.

En ambos casos, el trabajador tiene derecho a reingresar en la empresa cuando termine el paro convocado. El empresario está exonerado de pagar salarios durante la huelga, y si la huelga fuese declarada ilegal, y sólo si el trabajador tomase parte activa en ella, el empresario queda facultado para ejercitar su poder disciplinario.

En cuanto al cierre patronal, señalar que el cierre patronal legal constituye también una causa suspensiva y por lo tanto, el empresario queda exonerado de pagar salarios.

En cambio, si el cierre fuese ilegal, el empresario no quedaría exonerado de pagar salarios a los trabajadores, los cuales incluso podrían reclamarle daños y perjuicios.

Además, la conducta empresarial en caso de cierre patronal ilícito, sería sancionada administrativamente como falta muy grave con arreglo a la LISOS Art. 8.3.

VIII – LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La extinción hace referencia a la cesación definitiva de la relación laboral, cualquiera que fuese su causa. No obstante conviene precisar que extinguida la relación laboral, no se producen ya nuevos efectos pero perdura y son exigibles los producidos hasta el momento de la extinción. La extinción es un dejar de producir efectos, no una anulación de los producidos

con anterioridad.

Las causas de extinción de la relación laboral son de diversa índole y están relacionadas en el Art. 49 del ET pudiendo ser clasificadas en 3 grupos:

- ◆ Extinción del contrato por cumplimiento (tema 22)
- ◆ Extinción del contrato por incumplimiento (tema 23)
- ◆ Extinción por imposibilidad o carga excesiva (tema 24)

Tema 22. La extinción del contrato por cumplimiento.

◆ Causas válidamente pactadas. Las condiciones.

Según el Art. 1156 del CC, una de las maneras de extinguir el contrato es precisamente mediante el pago o cumplimiento. Este cumplimiento referido al contrato de trabajo tiene aplicación o se expresa a través de las siguientes causas:

◆ Mutuo acuerdo de las partes.

La voluntad concorde de las partes que dio origen al contrato de trabajo puede causar igualmente su extinción, así lo reconoce el ET en su Art. 49.1.a) al establecer que el contrato de trabajo se extinguirá por mutuo acuerdo de las partes.

Para la validez de esta causa extintiva son necesarios 2 requisitos:

- ◇ Que no exista vicio del consentimiento.
- ◇ Que la extinción no se realice en fraude de ley. Por ejemplo para ocultar una persistencia clandestina de la relación laboral.

La extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes o transacción que no implique renuncia de derechos irrenunciables es una consecuencia de la libertad contractual y constituye causa de terminación de los contratos de trabajo.

Normalmente estos actos se reflejan por escrito en documento que recibe el nombre tradicional de recibo finiquito, siendo su valor liberatorio, mantenido de antiguo por la jurisprudencia y entendido como cancelación absoluta de las cuentas entre empresario y trabajador. No obstante, últimamente, existe en torno al valor liberatorio del finiquito una doctrina jurisprudencial muy flexible.

◆ Causas válidamente consignadas en el contrato.

El Art. 49.1.b) del ET considera como causas de extinción del contrato de trabajo las consignadas válidamente en el contrato. En realidad esta regla queda circunscrita a la extinción del contrato por cumplimiento de condición resolutoria válidamente pactada, quedando excluidas de su ámbito aquellas causas que expresamente aparecen especificadas en otros números del Art. 49.

Para que la causa puesta por las partes obre como causa de extinción se requiere:

- ◇ Que las causas se formulen de manera expresa.
- ◇ Que las causas consignadas serán válidas, es decir, no contrarias a las leyes.
- ◇ Que la condición se produzca.
- ◇ Que no constituya efecto de derecho manifiesto por parte del empresario.

◊ Cumplimiento de plazo y conclusión de obra o servicio.

Estas causas extintivas están recogidas en el Art. 49.1.c) del ET. La extinción por cumplimiento del plazo se refiere a los contratos temporales por tiempo cierto, mientras que la extinción por conclusión de la obra o servicio se refiere a los contratos temporales de duración incierta.

Respecto de estos contratos el ET establece las siguientes reglas:

- Los contratos de duración determinada que tengan establecido un plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y de formación, concertados por una duración inferior a lo máximo legalmente establecido, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo máximo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios.
- Si llegado el término no hubiera denuncia por alguna de las partes, se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido.
- Si el contrato de trabajo es de duración superior al año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra, la terminación del mismo con una antelación mínima de 15 días.
- A la finalización del contrato (salvo en los casos de contrato de interinidad, contrato de inserción y contratos formativos), el trabajador tendrá derecho a indemnización cuya cuantía se determinará en la normativa sectorial. En su defecto la indemnización será equivalente a 8 días de salario por año de servicio, prorrogándose proporcionalmente los periodos de tiempo inferiores.

◊ Dimisión del trabajador, baja voluntaria.

El trabajador puede extinguir voluntariamente la relación laboral sin necesidad de que exista causa justificada. Esta causa extintiva se contempla en el Art. 49.1.d) del ET y su aplicación o efectividad no tiene otra carga más que la de preavisar, conforme señala los convenios colectivos o la costumbre del lugar.

El preaviso debe llegar a conocimiento del empresario o al menos el trabajador intentará razonablemente su notificación a la empresa.

La dimisión preavisada no dará derecho a indemnización salvo que exista pacto de permanencia en la empresa (Art. 21.4 ET).

La dimisión no preavisada se configura técnicamente como un abandono. Si el trabajador extingue por su libre voluntad, el contrato de trabajo sin mediar preaviso, abandonando bruscamente el trabajo, el empresario tiene derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios causados.

La jurisprudencia admite la posibilidad de que el empresario descuenta de la liquidación a efectuar al trabajador el salario correspondiente a los días de preaviso incumplidos.

Tema 23. La extinción del contrato por incumplimiento.

El incumplimiento como causa de resolución y por tanto, de extinción contractual, ya se prevé en el Art. 1124 del CC. Según este artículo, si uno de los obligados no cumple con lo que le incumbe, el otro podrá exigir la resolución del contrato. No

obstante, la jurisprudencia civil ya ha matizado que no todo incumplimiento de obligaciones puede dar lugar a esta resolución sino que ha de tratarse de un verdadero y manifiesto incumplimiento.

Con esta interpretación jurisprudencial se excluyen como causas extintivas los incumplimientos de escasa entidad. En confluencia con lo establecido en el CC, también en el plano laboral, se exige que el incumplimiento que justifique la resolución de cualquiera de las partes sea grave, distinguiendo la resolución acordada por el empresario, basada en incumplimiento del trabajador (despido disciplinario, Art. 54) y la resolución solicitada por el trabajador basada en incumplimiento del empresario (rescisión contractual por voluntad del trabajador).

Despido disciplinario

Concepto: consiste en una decisión del empresario de extinguir o resolver el contrato, basándose en un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador. Es una sanción impuesta por el empresario al trabajador por la comisión de una falta muy grave que justifica su expulsión del trabajo.

Causas: dados los efectos de esta sanción, el ET exige expresamente que para poder aplicarla, es necesario un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador.

Incumplimiento contractual

Las causas justas de despido necesariamente han de ser incumplimientos contractuales, tal como prevé el Art. 54.2 del ET. Ello significa que las faltas de los trabajadores cometidas al margen del contrato de trabajo no constituirán motivo de despido.

Según el Art. 54.2 del ET se considerarán incumplimientos contractuales los siguientes:

- Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
- La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
- Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, o a los familiares que convivan con ellos.
- La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.
- La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactada.
- La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.
- El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa (según modificación por la ley 3/2007).

Incumplimiento grave

El incumplimiento contractual ha de ser grave, esta gravedad se deduce del Art. 54 del ET que le exige con carácter general en el apartado 1 de dicho artículo y particularmente de forma reiterativa en cada una de las causas justas que enumera el apartado 2 de dicho artículo. Así se deduce de las palabras: repetidas, continuada,

habitual, etc. Y si bien es cierto que algunas causas no aparecen adjetivadas de forma explícita es porque su gravedad resulta implícita de su formulación, ejemplo: las ofensas verbales o físicas.

Incumplimiento culpable

Este requisito hace referencia a que el acto o conducta sancionable con despido ha de ser imputable al dolo o a la negligencia inexcusable del trabajador. La culpabilidad hace referencia a la voluntariedad e injustificación de las faltas cometidas, tal y como el ET exige para algunos supuestos concretos, utilizando las palabras: injustificadas, voluntaria, y de forma general en el Art. 54.1.

Procedimiento o forma del despido disciplinario.

El acto de despido disciplinario ha de exteriorizarse necesariamente mediante una declaración de voluntad escrita. El documento por el que se acuerda la extinción se llama Boletín o Carta de Despido en el que han de hacerse constar los hechos específicos y concretos que motivan el despido y la fecha de sus efectos, Art. 55.1 del ET.

Si el trabajador fuese representante legal o delegado sindical, procede la apertura de expediente contradictorio con audiencia del interesado y de los demás miembros de la representación; y si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato el empresario, caso de constarle, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la correspondiente sección sindical Art. 10.3.3º Ley Orgánica de Libertad Sindical y Art. 55.1 del ET.

Por convenio colectivo pueden exigirse otros requisitos formales (Art. 55.2). La insolencia de las anteriores formalidades ocasiona la improcedencia del despido (Art. 55.4), pudiendo el empresario anticiparse a tal declaración judicial mediante un nuevo despido en los términos exigidos en el Art. 55.2 del ET que dice: dicho nuevo despido que sólo surtirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de 20 días a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndolo durante los mismos en alta en la seguridad social.

En todo caso el empresario está obligado a informar al comité de empresa de todos los despidos efectuados conforme prevé el Art. 64.1.6 del ET. Si bien el incumplimiento de este deber informativo no genera la improcedencia del despido.

Calificación del despido disciplinario y sus efectos:

El despido efectuado puede ser calificado como procedente, improcedente o nulo.

Despido procedente:

El juez de lo social, si el despido es formalmente válido debe declarar la procedencia del despido cuando quede acreditado el incumplimiento contractual grave y culpable alegado por el empresario en el boletín. Dicho de otra manera, declarará el despido procedente cuando se cumplan los requisitos formales, las faltas alegadas sean graves y se prueben por el empresario. La declaración de procedencia según el Art. 55.7 ET, convalidará la extinción del contrato sin derecho a indemnización ni salarios de

tramitación, quedando el trabajador en situación legal de desempleo desde la fecha del despido.

Despido improcedente:

El Art. 55.4 del ET contempla dos modalidades de despido improcedente:

- Por razones de fondo, el juez laboral ha de estimar la improcedencia del despido cuando no se acredite el incumplimiento del trabajador alegado por el empresario o cuando, existiendo tal incumplimiento, no quede probada la gravedad y culpabilidad justificativas del despido, en cuyo caso el juez podrá autorizar (no imponer) una sanción menor.
- Por razones de forma: hay vicios de forma que convierten el despido en improcedente, a saber:
 - El incumplimiento por el empresario de los requisitos formales que el Art. 55.1 del ET exige al acto de despido disciplinario, determina la improcedencia del despido (notificación escrita, consignación de los hechos que lo motivan, fecha de efectos u otras formalidades pactadas por convenio).
 - Es también improcedente el despido con vicios en el expediente disciplinario contradictorio que afecta a los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores en la empresa.
 - Igualmente adolece de improcedencia el despido del trabajador afiliado a un sindicato cuando se efectúa sin audiencia previa de los delegados sindicales, siempre que conste al empresario la condición de afiliado sindical del despedido.

Una vez declarada por el juez la improcedencia por vicios de forma, si el empresario mantiene su propósito de extinguir el contrato deberá efectuar un nuevo acto de despido dentro de los 7 días siguientes a la notificación de la sentencia. Este plazo se mantiene por razones de seguridad jurídica. Transcurridos esos 7 días no podrá sancionarse la falta del trabajador. Naturalmente, el nuevo despido no puede retrotraer sus efectos a los del anterior declarado improcedente, la improcedencia del despido viciado formalmente es insubsanable, Art. 110.4 de la LPL.

Consecuencia de la declaración judicial de improcedencia del despido, es la condena al empresario, a que a su opción readmita al trabajador o le indemnice (45 días de salario por año de servicio, con máximo de 42 mensualidades. Art. 56) abonando en todo caso los llamados salarios de tramitación, que consisten en una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia.

Forma de evitar los salarios de tramitación:

No obstante, cuando el empresario reconociera la improcedencia del despido (desde la fecha de efectos hasta la de conciliación) y ofreciese la indemnización legal depositándola en el juzgado, a disposición del trabajador con conocimiento de este, su responsabilidad por los salarios de tramitación quedará limitada a los devengos entre la fecha de despido hasta la del depósito, salvo que este se realice en las 48 horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna por tal concepto. Art. 56.2.

Así mismo, la responsabilidad por salarios de tramitación quedará limitada hasta que

el trabajador hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación (Art. 56. 1.b).

El empresario deberá cotizar a la seguridad social durante el periodo correspondiente a los salarios de trámite que se considera como tiempo de u ocupación cotizada. Conforme al Art. 57 del ET, cuando la sentencia que declare la improcedencia de despido, se dicte transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar al Estado los salarios de tramitación y cuotas de la seguridad social, correspondientes al tiempo que excede de dichos 60 días.

Despido nulo:

Se considera despido nulo:

- Al fundado en un móvil discriminatorio.
- Al que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.
- El de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato por maternidad, riesgos durante el embarazo, adopción o acogimiento o paternidad.
- El de las trabajadoras embarazadas desde la fecha del inicio del embarazo, hasta el comienzo del periodo de suspensión referido en el apartado anterior; el de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando permisos parentales (lactancia Art. 37.4, reducción de jornada Art. 37.5 y excedencias por cuidado de familiares, Art. 46.3); y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo, o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos legalmente.
- El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. Este párrafo fue añadido por la ley 3/2007.

Para liberar al trabajador de la difícil prueba de la discriminación, la doctrina del Tribunal Constitucional desvía la carga de la prueba, de tal modo que será el empresario quien deba demostrar que el despido obedeció a motivos razonables, aunque el trabajador ha de probar al menos la existencia de indicios racionales de discriminación, como puede ser la existencia de un ambiente hostil en la empresa.

Efectos del despido nulo:

Consecuencia de la declaración judicial de nulidad, es la inmediata readmisión del trabajador, quien tendrá derecho a los salarios dejados de percibir en los términos previstos en el Art. 55.6 del ET.

Peculiaridades del despido de los representantes de los trabajadores:

El ordenamiento jurídico protege de modo especial a los trabajadores con cargos representativos del personal (miembros del comité de empresa, delegados de personal

y delegados sindicales en la empresa). Se reconoce a estos determinados derechos en materia de despido disciplinario:

- Prohibición de despidos por ejercicio de funciones representativas. Los representantes de los trabajadores no pueden ser despedidos ni sancionados de otro modo mientras dure su mandato representativo, ni concluido este durante el año siguiente por el ejercicio de su representación, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 54. Esta regla del Art. 68.c) parece innecesaria, pues los despidos por estas causas serían discriminatorias y por tanto nulos.
- Régimen especial del despido disciplinario. El ET establece a favor de los representantes una doble garantía:
 - Expediente contradictorio: el despido de estos trabajadores se somete a una formalización extraordinaria, no basta la simple carta de despido para extinguir las relaciones de dichos trabajadores, sino que es necesario que el empresario ordene la instrucción. En este expediente han de ser oídos el trabajador afectado y los restantes miembros de la representación a la que perteneciera (miembros del comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales). Los trámites y plazos de este expediente contradictorio no aparecen regulados en el ET, salvo el requisito de las audiencias citadas. El TS ha declarado que no es necesario que exista instructor ni secretario en el expediente, igualmente ha declarado que el trámite de audiencia no implica la emisión de informes por parte de los miembros del comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales. En consecuencia la tramitación del expediente sólo exige, aparte la audiencia del interesado y de la representación del personal, la formulación de imputaciones y descargos, la práctica de las pruebas que se propongan y la resolución del expediente que habrá de ser notificada al interesado.
- Opción del trabajador: despido un representante de los trabajadores y declarando improcedente el despido, no se aplica la regla general de que la opción entre readmisión e indemnización corresponde al empresario; por el contrario, en este caso, la opción correspondería siempre al trabajador. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción expresa o presunta sea a favor de la readmisión, ésta será obligada y no es sustituible por una indemnización. Art. 56.4 del ET.

Rescisión del contrato de trabajo a instancia del trabajador basada en un incumplimiento empresarial.

El trabajador puede pedir al juez la resolución del contrato de trabajo por incumplimientos contractuales del empresario, siempre que sean graves y culpables. Obviamente el trabajador cuando tales incumplimientos se produzcan, pueden no ejercitar la acción rescisoria y optar, en cambio, por pedir al juez la restauración de la situación jurídica perturbada, incluso una indemnización por los daños causados conforme al Art. 1124 del CC.

La extinción contractual que comentamos no la decide el trabajador, a este corresponde si esa es su voluntad, solicitar la extinción mediante la oportuna demanda y al juzgado de los social, decidirla, declarando o no la extinción. Por supuesto, hasta que recaiga sentencia extintiva, el trabajador debe acudir al trabajo, salvo los casos excepcionales de riesgo físico, agravio a la dignidad o imposibilidad material de convivencia.

Esta modalidad extintiva se regula en los artículos 49.1.j) y 50 del ET.

Causas que justifican la extinción:

El Art. 50.1 tipifica a título de ejemplo las causas justas que fundamentan la extinción:

- Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional, o en menoscabo de su dignidad. Esta modalidad resolutoria debe distinguirse de la regulada en los artículos 40.1 y 41.3. En el caso que comentamos la norma exige 2 requisitos: por un lado una efectiva modificación de las condiciones laborales que tengan carácter sustancial; y por otro lado que la modificación perjudique la formación del trabajador o atente contra su dignidad de forma grave.
- La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. Es justa causa la falta de mora persistente en el pago del salario. Los retrasos menores o episódicos no justifican la extinción.
- La negativa del empresario al reponer al trabajador en su puesto y condiciones de trabajo, cuando habiendo dictado aquel orden de movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo, tal orden fuera declarada injustificada por sentencia judicial.
- Finalmente en el Art. 50.1 establece una cláusula abierta al señalar que es justa causa para que el trabajador pueda solicitar la extinción cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario.

Consecuencias o efectos de la extinción:

En este tipo de extinción, el trabajador tiene derecho a ser indemnizado con 45 días de salario por año de servicio, con un límite máximo de 42 mensualidades, según preceptúa el Art. 50.2 con su remisión al despido improcedente (Art. 56).

Además el trabajador queda en situación legal de desempleo con los derechos que de la misma se deriva.

Tema 24. Extinción por imposibilidad u onerosidad sobrevenida (carga excesiva).

Cuando el cumplimiento o ejecución del contrato de trabajo resultase imposible o excesivamente oneroso, está legitimada la extinción de la relación laboral.

Las causas determinantes de la extinción por imposibilidad o carga excesiva son las siguientes:

◇ **Despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.**

El ET en sus artículos 52.c) y 51 permite la extinción del contrato de trabajo cuando existan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Se entenderá que concurren causas económicas cuando las medidas extintivas contribuyan a superar una situación económica relativa de la empresa; y causas técnicas, organizativas o de producción, cuando las extinciones contractuales contribuyan a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma,

a través de una más adecuada organización de los recursos.

Siendo idénticas las causas, el ET distingue sin embargo, entre despidos individuales o plurales y despidos colectivos, en atención al número de trabajadores afectados.

Los despidos individuales o plurales se regulan en los artículos 52.c) y 53, los colectivos en el Art. 51 con un procedimiento más complejo y requiriéndose autorización administrativa para llevarlos a cabo.

Concepto de despido colectivo:

Para distinguir los despidos colectivos de los que no lo son, el ET en su Art. 51 fija umbrales numéricos en atención a 2 supuestos:

- Cese total de la actividad: tendrán la consideración de despidos colectivos las extinciones de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla cuando por las causas señaladas (económicas, técnicas, organizativas y de producción) se produzca el cese total de la actividad empresarial (cierre de empresa) y el número de trabajadores afectados sea superior a 5, por tanto, en empresas de 5 o menos trabajadores, la cesación total de actividades se configurará como despido individual y no colectivo.
- Cese parcial de la actividad: tendrán la consideración de despidos colectivos cuando en un periodo de 90 días, las extinciones previstas por el empresario, afecten al menos a:
 - 10 trabajadores en las empresas que ocupen menos de 100.
 - 10% del número de trabajadores de la empresa, si ésta ocupa entre 100 y 300 trabajadores.
 - 30 trabajadores en las que ocupen 300 o más trabajadores.

Los despidos económicos que no tengan la consideración de colectivos serán individuales o plurales, reconducibles a los Arts. 52.c) y 53 del ET.

Procedimiento administrativo: Expediente de Regulación de Empleo en despidos colectivos. ERE.

Los despidos colectivos deberán en todo caso ser autorizados por la Administración Laboral, de acuerdo con las siguientes fases:

1ª fase) Iniciación del procedimiento: el expediente puede ser iniciado por el empresario (o por los trabajadores a través de sus representantes si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación). El procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la Autoridad Laboral y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Ambos escritos deberán ir acompañados de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar.

Debe remitirse a la Autoridad Laboral junto a la solicitud, una copia del escrito de comunicación de apertura del periodo de consultas dirigido a los representantes de los trabajadores.

En empresas de 50 o más trabajadores, se exige además que la solicitud se acompañe un plan que contemple las medidas necesarias para atenuar las consecuencias del

expediente y posibilitar la continuidad de la empresa (plan de viabilidad).

2ª fase) Actuación de la Administración: la Autoridad Laboral, una vez recibida la solicitud comprobará si se cumplen los requisitos exigidos, requiriendo en su caso la subsanación en el plazo de 10 días. De no hacerlo en ese plazo se le tendrá por desistido de su petición, archivándose las actuaciones.

La Autoridad Laboral comunicará a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo la iniciación del expediente y recabará preceptivamente informe de la inspección de trabajo sobre las causas de expediente y cuantos otros informes resulten necesarios para resolver fundadamente.

3ª fase) Fase de consultas: el Art. 51.4 establece las siguientes reglas:

- El periodo de consultas versará sobre las causas motivadoras del expediente, y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad de la empresa.
- Las partes están obligadas a negociar de buena fe con vistas a conseguir un acuerdo.
- La ley establece que el acuerdo requerirá la mayoría de los representantes.
- El periodo de consultas será como mínimo de 30 días naturales o de 15 en empresas de menos de 50 trabajadores.
- El empresario está legalmente obligado a comunicar a la Autoridad Laboral el resultado del periodo de consultas.

Existencia de acuerdo: cuando el periodo de consultas concluya con acuerdo, la Autoridad Laboral en el plazo de 15 días dictará resolución autorizando los despidos. Excepcionalmente, si observase dolo o fraude, en la conclusión del acuerdo lo pondrá en conocimiento de la jurisdicción social a efectos de su posible declaración de nulidad.

Inexistencia de acuerdo: cuando el periodo de consultas concluya sin acuerdo, la Autoridad Laboral dictará resolución estimatoria o desestimatoria en el plazo de 15 días naturales.

La resolución de la Autoridad Laboral será motivada y congruente con la solicitud empresarial. Debiendo autorizar la extinción cuando de la documentación obrante en el expediente se desprende razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines legalmente previstos.

En materia de recursos será de aplicación lo dispuesto en la Ley 30/92 de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común.

4ª fase) Situaciones concursales: en el supuesto de que se haya presentado ante el juez de lo mercantil, solicitud de declaración de concurso del empresario, la autorización para el despido colectivo corresponde al juez del concurso conforme al procedimiento del Art. 64 de la Ley Concursal.

Consecuencias o efectos de la extinción por despido colectivo.

El ET establece el derecho a los trabajadores afectados a una indemnización cuya

cuantía será de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año con un máximo de 12 mensualidades.

La cuantía indemnizatoria es susceptible de mejora por acuerdo entre empresa y trabajador. Los trabajadores cuya relación laboral se extinga, quedarán en situación de desempleo.

◊ **Despido objetivo o extinción del contrato por causas objetivas.**

El despido objetivo se diferencia del disciplinario, por el hecho de que los motivos en que se funda son independientes de la voluntad del trabajador, se regula en los artículos 52 y 53 del ET.

Causas del despido objetivo:

- Ineptitud del trabajador: Justifica el despido la falta de aptitud conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento del periodo de prueba, no podrá alegarse con posterioridad por el empresario.

Ni la invalidez permanente en sus grados de gran invalidez, absoluta y total ni la incapacidad temporal, constituyen causas que justifican esta modalidad de despido. Aquellas operan como supuestos extintivos por si mismas, y la incapacidad temporal se regula como causa de suspensión en el Art. 45.1.c) del ET.

Sin embargo, actúa como posible causa objetiva de despido la invalidez permanente parcial, cuando se pruebe y demuestre que la misma constituye ineptitud que imposibilita la continuidad en el puesto de trabajo.

Con independencia de esta causa, existen otras de ineptitud consistentes en la falta de permiso o titulación. Ejemplo: retirada definitiva del carné de conducir, inhabilitación profesional.

- Inadaptación del trabajador a las nuevas técnicas: Procede esta causa objetiva de despido siempre que los cambios técnicos sean razonables y siempre que la falta de adaptación a los mismos persista después de transcurridos 2 meses como mínimo, desde el momento de la modificación tecnológica.
- Ausencias al trabajo, aún justificadas: Puede despedirse a un trabajador por ausencias al trabajo, aún justificadas, cuando tales ausencias cumplan entre otras los siguientes requisitos:
 - Que sean intermitentes.
 - Que alcancen al 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o al 25% en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12.
 - Que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos periodos de tiempo.
- Amortización de puestos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: Procede el despido objetivo, singular o plural por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que no se rebasen los umbrales numéricos del despido colectivo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas; o en

causas técnicas, organizativas o de producción para 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.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa, en el supuesto al que se refiere este apartado.

- Insuficiencia presupuestaria: Caso de contratos por tiempo indefinido, concertados directamente por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro, para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica fija, cuando exista insuficiencia de la correspondiente consignación presupuestaria para el mantenimiento del contrato de trabajo; podrá extinguirse la relación laboral por causas objetivas.

Forma del despido objetivo:

Requisitos:

- Boletín o comunicación escrita al trabajador expresando con detalle las causas.
- Poner 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 períodos inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades.

Cuando la extinción se funde en causas económicas (Art. 52 c)) y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización, el empresario haciéndolo constar en la comunicación escrita, estará dispensado de la referida puesta a disposición, sin perjuicio de su posterior obligación de pago.

- Concesión de un plazo de preaviso de 30 días computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la fecha de la extinción, en este caso el empresario debe abonar los salarios correspondientes al periodo de preaviso incumplido.
- Además en el supuesto contemplado en el Art. 52 c) del escrito de preaviso, se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

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.

Clasificación y efectos del despido objetivo:

La decisión empresarial extintiva puede ser impugnada como si se tratase de un despido disciplinario dentro del plazo de caducidad de 20 días, si no se impugna el despido se consolida, pero si se formaliza la correspondiente demanda, el juez de los social declarará el despido como nulo, procedente o improcedente.

La calificación de la declaración extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las salvedades que apuntamos a continuación:

- Despido procedente: la declaración de procedencia del despido confirma la extinción del contrato, tal declaración se produce cuando el despido está formalmente bien hecho, existe causa que lo justifique y además el

empresario acredita la prueba. En este caso, el despedido tiene derecho a retener la indemnización puesta en su día a su disposición, más los salarios correspondientes al periodo de preaviso cuando este no se hubiera cumplido, pues la no concesión del preaviso no anula la extinción.

· Será el despido nulo conforme a los Arts. 53.4 del ET y 122.2 de la LPL (ambos modificados por la LO 3/2007), cuando:

- No se hubieren cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita con mención de causa.
- No se hubiese puesto a disposición del trabajador la indemnización correspondiente, salvo en los supuestos en los que tal requisito no fuese legalmente exigible (por ejemplo: falta de liquidez).
- Resulte discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales y libertades públicas.
- Se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas para los despidos colectivos.

Serán también nulos los despidos en los supuestos siguientes:

- El de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, etc., adopción o acogimiento y paternidad.
- El de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión por las causas anteriores y el de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando alguno de los permisos parentales (permiso por lactancia, reducción de jornada y excedencia por razones familiares); y las trabajadoras víctimas de violencia de género, que hayan solicitado reducción de jornada, movilidad geográfica, etc.
- El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo tras periodos de suspensión por maternidad o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde el nacimiento del hijo.

La declaración de nulidad del despido por causas objetivas surte los mismos efectos que la nulidad del despido disciplinario (readmisión y abono de salarios de trámite y si el trabajador recibió la indemnización con la comunicación escrita, tendrá la obligación de devolverla).

· Despido improcedente: la declaración de improcedencia la opción al empresario:

- A readmitir al trabajador, en este caso el trabajador tendrá derecho al devengo de los salarios de trámite pero tendrá que devolver al empresario la indemnización recibida.
- O bien a indemnizarlo como si se tratase de un despido disciplinario a razón de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 42 mensualidades.

Hay contratos para el fomento de la contratación indefinida celebrados con determinados colectivos de trabajadores, en que la indemnización de la extinción por causas objetivas es de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades.

Extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación o incapacidad del trabajador:

La prestación laboral es de carácter personalísimo, por ello, la muerte, la jubilación y la invalidez del trabajador provocan inexorablemente la extinción del vínculo laboral conforme preceptúa el Art. 49.1.e) y f), no obstante, respecto de la invalidez, debe tenerse en cuenta la regla del Art. 48.2 que dice lo siguiente: en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente.

Por último, cuando se produzcan estas causas es conveniente examinar el convenio colectivo aplicado por si establece alguna mejora voluntaria a favor del trabajador o sus derechohabientes.

Extinción del contrato de trabajo por muerte, incapacidad o jubilación del empresario:

La muerte, la incapacidad (total, absoluta o gran invalidez) y la jubilación del empresario, extingue el contrato de trabajo, salvo que otra persona física o jurídica le suceda subrogándose en su posición conforme el Art. 44 del ET.

Para la extinción en estos supuestos no se exige expediente alguno, basta una simple comunicación escrita del empresario al trabajador señalando la causa y la fecha de efectos.

En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tiene derecho al abandono de una indemnización que asciende a sólo un mes de salario. Los trabajadores afectados quedan en situación legal de desempleo.

Extinción del contrato por fuerza mayor:

La fuerza mayor que imposibilite la continuación del trabajo puede originar la extinción del contrato (Arts. 49.1.h) y 51.12 del ET). La existencia de fuerza mayor deberá ser constatada por la Autoridad Laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, previa tramitación de expediente administrativo.

El expediente se iniciará mediante solicitud de la empresa, con los medios de prueba que estime necesario y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores.

La Autoridad Laboral, previas las actuaciones e informes que considere indispensables dictará en el plazo de 5 días resolución, la cual surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.

La Autoridad Laboral podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores sea satisfecha por el FOGASA, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario, en este caso, el FOGASA adelantaría la indemnización sin más.

La indemnización por fuerza mayor es de 20 días de salario por año de servicio y con

un máximo de 12 mensualidades. Los trabajadores afectados quedan en situación legal de desempleo.

Extinción por desaparición (disolución, liquidación) de la personalidad jurídica del empresario:

Art. 49.1.g) párrafo 3º del ET. La desaparición de la personalidad jurídica del empresario, que tenga forma societaria origina la extinción del contrato de trabajo a no ser que tal desaparición venga como consecuencia de una fusión de sociedades, y en este caso se aplicará la normativa subrogatoria del Art. 44 del ET.

En este supuesto para extinguir los contratos deben seguirse los trámites del expediente de regulación de empleo (regulados en el Art. 51) y la indemnización legal es la de 20 días por año, con un máximo de 12 mensualidades, salvo acuerdo de las partes que mejore la cuantía indemnizatoria.

Los trabajadores cuya relación laboral se extinga por esta causa quedan en situación legal de desempleo.

Extinción por violencia de género:

La LO 1/2004 de 28 de diciembre introduce un nuevo supuesto de extinción de la relación laboral recogido en el Art. 49.1.m) del ET que dice: por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género. La trabajadora que tome esta decisión queda en situación legal de desempleo que se acreditará con la comunicación escrita del empresario sobre la extinción junto con la orden de protección a favor de la víctima o en su defecto, con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género.

IX PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

Tema 25. Pérdida de derechos por el transcurso del tiempo.

◊ **Distinción entre prescripción y caducidad:**

Todos los derechos que derivan del contrato de trabajo prescriben o caducan con el transcurso del tiempo. Entre la prescripción y la caducidad existen dos diferencias sustanciales:

- Los plazos prescriptivos pueden ser interrumpidos. La interrupción del plazo prescriptivo supone la apertura de un nuevo plazo íntegro. Según el Art. 1973 del CC la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

Los plazos de caducidad, en cambio, no se interrumpen, sólo pueden ser suspendidos cuando una ley los señale; reanudándose el cómputo de la caducidad en cuanto cese el supuesto legal de la suspensión.

- La prescripción no puede ser estimada de oficio, sino tan sólo a instancia de parte. La caducidad contrariamente, es apreciable de oficio.

Plazos de prescripción:

- Prescripción ordinaria: según el Art. 59.1 del ET, las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial, prescribirán al año de su terminación. El propio apartado número 1 del Art. 59 del ET especifica, quizás innecesariamente, dos supuestos de terminación del contrato.

El cómputo de esta prescripción se aparta del régimen establecido en el Art. 1969 del CC, el cual establece que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día en que pudiera ejercitarse, o sea, desde el momento en que puede ser realizado el derecho.

En definitiva, el ET establece como regla general que las acciones derivadas del contrato de trabajo no prescriben mientras el contrato no termine y sólo a partir de la fecha de la extinción, debe contarse el año para reclamar. Esta regla ordinaria es aplicable a las acciones declarativas sobre reconocimiento de antigüedad y categoría profesional (aunque si prescriben las consecuencias económicas que se deriven de aquellas condiciones contractuales).

- Prescripción salarial: cuando la acción se ejercita para exigir percepciones económicas, el plazo de un año se computa desde el día en que la acción pudo ejercitarse (Art. 59.2 ET), por tanto la regla genérica de la prescripción ordinaria tiene, respecto del crédito salarial, una excepción, computándose el plazo de forma igual al CC, es decir, desde el día en que la acción pudiera ejercitarse.
- Prescripción del derecho a la compensación en metálico de las vacaciones no disfrutadas: el derecho a vacaciones no cabe sustituirlo por una compensación económica tal como prevé el Art. 38.1 del ET, salvo cuando se produzca la extinción del contrato, en cuyo caso ante la imposibilidad del disfrute puede compensarse en metálico la porción de las vacaciones no caducadas.

Para reclamar esta compensación, el trabajador dispone del plazo de un año a contar desde la fecha de la extinción.

- Prescripción de las infracciones y de las faltas laborales: según el Art. 60 ET, las infracciones cometidas por el empresario prescribirán a los 3 años, salvo en materia de Seguridad Social que prescriben a los 4 años y las de Seguridad y Salud en el Trabajo que prescriben las leves al año, las graves a los 3 y las muy graves a los 5 años.

Respecto a los trabajadores las faltas leves prescribirán a los 10 días, las graves a los 20 días y las muy graves a los 60 días, a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y en todo caso a los 6 meses de haberse cometido. En los supuestos de falta continuada, la jurisprudencia suele señalar que el cómputo de los plazos de prescripción ha de iniciarse desde el último de los ilícitos o desde que la empresa descubre la significación global del incumplimiento.

Plazos de caducidad:

El Art. 59.3 ET dispone que el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los 20 días siguientes a aquel en que se hubiera producido, los días serán hábiles y el plazo de caducidad de caducidad a todos los efectos.

Este plazo de caducidad de 20 días hábiles (de conformidad con el Art. 54.4 ET y Art. 114 en relación con el 103 estos últimos de la LPL), se aplica también para

reclamar contra:

- La extinción por causas objetivas.
- Las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de la condiciones de trabajo.
- Las sanciones impuestas a los trabajadores.

El plazo solo puede suspenderse por la prestación de solicitud de conciliación ante el SMAC (Arts. 63 y 65 LPL), reanudándose el plazo al día siguiente del intento de conciliación o transcurridos 15 días sin que se haya celebrado.

Asimismo, el plazo de caducidad se suspende de conformidad con el Art. 63 LPL, con la presentación de la reclamación previa, cuando la misma sea preceptiva y en los términos establecidos (Art. 64 y 69 LPL), reanudándose el plazo al día siguiente de la notificación de la negación o transcurrido un mes sin haber sido notificada la resolución.

Caducidad al derecho del disfrute de vacaciones: existe una consolidada doctrina jurisprudencial con el criterio de que las vacaciones caducan irremisiblemente dentro del año natural en que debieron disfrutarse. El derecho a vacaciones se agota cada año natural debiendo ser tomadas dentro del año a que correspondan. Una vez transcurrido el año natural que finaliza el 31 de diciembre, el derecho a vacaciones caduca y no puede acumularse ni computarse en metálico por la falta de disfrute. Frente a esta rígida interpretación jurisprudencial, hay autores que buscan soluciones más flexibles para supuestos concretos.

Tema 26. La Administración Laboral.

La relación laboral es de carácter privado, ahora bien, el Estado interviene en ella de forma intensa en el ejercicio de sus tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

En el primer aspecto interviene el Estado regulando las relaciones trabajo, excepto en el margen que a la autonomía de voluntad se reserva. Esta actividad interventora estatal se desarrolla en el Parlamento, donde se elaboran y aprueban las leyes.

En el segundo aspecto, en el orden ejecutivo, el Estado interviene estableciendo las medidas necesarias para que sean aplicadas las leyes, dictando reglamentos y creando organismos administrativos encargados de vigilar y hacer cumplir las normas laborales. Esta actividad se desempeña por los órganos de la Administración Laboral.

En el plano jurisdiccional, el Estado desempeña una función estrictamente jurídica, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Esta actividad interventora estatal en las relaciones laborales se desarrolla por los órganos de la jurisdicción laboral (T. 28).

El Estado social de derecho frente al Estado liberal se caracteriza por su acentuado intervencionismo, especialmente en las relaciones de trabajo.

En la actualidad, pese a las corrientes neoliberales en sentido contrario, dada la implantación generalizada del Estado social de derecho en los distintos países, entre ellos España, esta intervención o tutela del Estado en las relaciones laborales es muy intensa.

La Administración Laboral se clasifica en:

- Administración Laboral Ejecutiva: los órganos de esta administración tienen como misión la de hacer cumplir las normas laborales. Gozan de amplias facultades entre ellas:

Dirigir la política laboral.

- Imponer sanciones.
- Autorizar la suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales.

Estos órganos son los siguientes:

- Ministerio de Trabajo: a este departamento corresponde la dirección de la política laboral. Depende de la Administración Central y tiene competencia en todo el territorio del Estado español.
- Direcciones provinciales de trabajo: eran órganos de la Administración Central con competencia en el término provincial correspondiente. Estas direcciones provinciales orgánicamente no existen en la actualidad. Sus servicios quedaron integrados en las delegaciones del gobierno de las Comunidades Autónomas.
- Departamentos o conserjerías de trabajo autonómicos: son órganos dependientes de la Administración Autonómica, que pueden asumir funciones ejecutivas en materia laboral al amparo del Art. 149.1.7ª de la CE. En Galicia actualmente este departamento se llama Consellería de Traballo.
- Administración Laboral Inspectora: la función esencial de los inspectores de trabajo es la de vigilar e inspeccionar si se cumple la legislación laboral y de seguridad social y en caso de no ser así, proponer a la Autoridad Laboral correspondiente que el infractor sea sancionado (T. 27).
- Administración Laboral Institucional: son entidades administrativas creadas para cumplir un cometido específico:

Destacamos las siguientes:

- Servicio Público de Empleo Estatal: sus funciones son las de organizar los servicios de empleo, así como gestionar y controlar las prestaciones por desempleo.
- Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, SMAC. Este servicio está transferido a la Comunidad Autónoma y tiene como funciones de conciliar, mediar y arbitrar en conflictos laborales. Según el Art. 63 de la LPL, será requisito previo antes del proceso el intento de conciliación ante el SMAC, salvo las excepciones recogidas en el Art. 64 LPL. Aparte de las funciones básicas de mediación, arbitraje y conciliación, el SMAC tiene otras funciones llamadas de depósito:
 - ◆ Depósito de estatutos de sindicatos y asociaciones patronales.
 - ◆ Depósito de convenios colectivos.
 - ◆ Depósito de actas de elecciones a representantes de los trabajadores.
- Fondo de Garantía Salarial (ver todos los puntos explicados en el T. 16).
- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene: al que corresponden

funciones de investigación de las causas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales y de la propuesta de medidas correctoras correspondientes en su caso. En Galicia, al haber sido transferidas las competencias de Seguridad y Salud Laborales a la Comunidad Autónoma, existe el gabinete de Seguridad e Higiene.

- Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: tiene competencias de consulta relativas a los convenios colectivos.
- Consejo Económico y Social (CES): órgano consultivo del gobierno en materia socio-económica y laboral. En Galicia existe un organismo equivalente.
- Consello Galego de Relacións Laborais con competencias específicas en el ámbito laboral dentro de la Comunidad Autónoma gallega.

Tema 27. La Inspección de Trabajo.

◊ Estructura orgánica:

La experiencia ha demostrado que el Derecho Laboral sin la Inspección de Trabajo no sería más que un conjunto de meros principios programáticos llenos de buenas intenciones, de ahí la necesidad de dicha institución para garantizar el cumplimiento de la normativa laboral.

Los inspectores de trabajo son funcionarios públicos, la entrada en el cuerpo es por oposición, según su ley reguladora (42/97 de 14 de noviembre) desarrollarán su cometido con objetividad e imparcialidad.

Con los inspectores de trabajo colaboran los subinspectores de empleo y seguridad social. Cuerpo creado por la ley 42/97 de 14 de noviembre.

El ingreso en el cuerpo de subinspectores se realiza por oposición entre personas con título de diplomado universitario o equivalente.

◊ Funciones:

Básicamente son las siguientes funciones:

- Funciones de vigilancia para que se cumpla la legislación laboral y de seguridad social. Estas funciones las ejerce generalmente mediante visitas a los centros de trabajo o empresas y en su caso posterior levantamiento de acta con propuesta de sanción. Las visitas pueden ser realizadas por iniciativa propia, por orden del superior jerárquico, por denuncia de trabajadores o la empresa, a instancia de las entidades gestoras de la seguridad social y finalmente por acuerdo de juzgados y tribunales. El resultado de la visita se anotará en el llamado libro de visitas.
- Funciones de asesoramiento o asistencia técnica a trabajadores y empresarios.
- Funciones de mediación en los conflictos laborales.
- Funciones de información preceptiva o dictamen en los expedientes de regulación de empleo (Art. 51) y en los procesos por incapacidad permanente o muerte debidos a accidentes de trabajo.

Clases de actas de la Inspección:

- Actas de advertencia: cuando las infracciones sean menores y no se hallan producido perjuicios.
- Actas de infracción: cuando se observe alguna infracción de las normas laborales debidamente tipificadas.
- Actas de obstrucción: cuando el infractor, normalmente el empresario, no presente los documentos requeridos, no le dejase entrar en el centro de trabajo u opusiere alguna otra dificultad a la labor de investigación.
- Actas de liquidación. Por descubiertos, debido a la falta de afiliación y alta en la seguridad social y por débitos derivados de la falta de cotización.

Principio de presunción legal de certeza.

Las actas de la inspección de trabajo reflejarán en síntesis los siguientes extremos:

- Los hechos constatados por el inspector actuante, destacando los relevantes a efectos de la tipificación de la sanción y graduación de la infracción propuesta.
- La infracción presuntamente cometida con precisión del precepto infringido.
- Propuesta de sanción, graduación y cuantificación.

Las actas así extendidas gozarán de la presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en las mismas.

Esta presunción iuris tantum prevalece en tanto no se presente prueba en contrario para desvirtuarla.

No obstante, las actas de la inspección no gozan de presunción de certeza cuando los hechos recogidos en las mismas no son de apreciación directa por el inspector, ni se hace mención en ellas a las fuentes de comprobación (documentos, testigos, etc). Además la presunción de certeza tampoco alcanza a suposiciones, conjeturas o hipótesis del inspector, ni a conclusiones obtenidas por vía deductiva.

Infracciones y sanciones en el orden social:

Esta materia está regulada por el RDL 5/2000 de 4 de agosto por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

Por razón de la materia, las infracciones constituyen acciones u omisiones contrarios a las normas laborales, a las de seguridad social, a las de emigración, a las de trabajo de extranjeros, a las de empleo o a las de seguridad y salud laborales.

Las infracciones sociales se califican como leves, graves y muy graves y se gradúan en grado mínimo, medio y máximo en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas o requerimientos de la inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores afectados, perjuicio causal, cantidad defraudada, así como circunstancias que puedan agravar o atenuar la infracción cometida.

Las infracciones leves se sancionarán con multas que van de 60 € a 625 €, las graves de 626 € a 6.250 € y las muy graves de 6.251 € a 187.512 €.

La misma LISOS establece una tabla específica de infracciones y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo (Arts. 11, 12, 13 y 40.2):

- Infracciones leves con multa de hasta 2.045 €.
- Infracciones graves con multa de hasta 40.985 €.
- Infracciones muy graves con multa de hasta 819.780 €.

La cuantía de las sanciones puede ser actualizada periódicamente por el gobierno teniendo en cuenta el IPC. La última actualización fue llevada a cabo por el RD 306/2007 de 2 de marzo.

Tema 28. La jurisdicción laboral.

◊ Estructura orgánica: a) Juzgados de lo Social, b) Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, c) Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, d) Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

La jurisdicción es la función estatal dirigida a la resolución de conflictos y pleitos con arreglo al Derecho. Se ejerce a través de los órganos independientes y predeterminados, jueces y tribunales que tienen competencia para juzgar y ejecutar lo juzgado de acuerdo con las reglas y procedimientos legalmente establecidos. Art. 117 de la CE.

La jurisdicción laboral conoce de los conflictos y pleitos surgidos del trabajo asalariado y de relaciones jurídicas paralelas como las de seguridad social.

En España, la actual organización judicial laboral es la siguiente:

- ◊ Sala 4ª o Sala de lo Social del TS con sede en Madrid y jurisdicción en toda España, básicamente conoce de los recursos de casación ordinaria, Art. 203 LPL y casación para la unificación de doctrina, Art. 216 LPL.
- ◊ Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con sede en Madrid y jurisdicción en toda España. Conocerá de:
 - ◊ De los procesos en materia sindical cuando su ámbito exceda de una Comunidad Autónoma.
 - ◊ De los procesos especiales de impugnación de convenios cuyo ámbito territorial de aplicación sea superior al territorio de una Comunidad Autónoma.
 - ◊ De los procesos sobre conflictos cuya resolución produce efectos en un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma.
- ◊ Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de las CCAA. Tiene competencia en su Comunidad Autónoma y conocerán de:
 - ◊ En primer lugar de los pleitos en materia sindical y colectiva de ámbito superior al del juzgado y no superior a la de la respectiva Comunidad Autónoma.
 - ◊ En segundo grado de los recursos de suplicación contra las resoluciones de los juzgados de lo social de la CCAA y contra los autos de los jueces de lo mercantil que resuelvan expedientes de modificación, suspensión o extinción colectivos de los contratos de trabajo de un empresario en situación de concurso, Art. 64.8 de la Ley Concursal.
- ◊ De las cuestiones de competencia que surjan entre los juzgados de lo social de la CCAA.
- ◊ Juzgados de lo Social. Constituyen la base de la pirámide organizativa del orden jurisdiccional social; normalmente tienen su sede en las capitales de provincia pero hay excepciones como: Santiago, Vigo o Ferrol.

Conocerán en primera o única instancia de los asuntos de su competencia, Art. 93 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial).

Según el Art. 9.5 de esta Ley, los juzgados de lo social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como sobre reclamaciones en materia de seguridad social.

El Art. 1 de la LPL se pronuncia en este mismo sentido.

111