

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA

Derecho del Trabajo

Undécima edición



COLECCIÓN CEURA

EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS
RAMÓN ARECES, S. A.

CAPÍTULO XIV

EL CONTRATO DE TRABAJO

SUMARIO: I. El fundamento contractual de la relación de trabajo.—II. Concepto y caracteres del contrato de trabajo.—III. Figuras afines y simulación negocial. Bibliografía.

I. El fundamento contractual de la relación de trabajo

250. Configuración dogmática del contrato de trabajo.—El contrato de trabajo es el origen y el permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre dos personas (empresario y trabajador), en las que el trabajador entrega libremente su trabajo, en un tiempo dado y bajo la potestad organizadora del empresario, quien debe retribuirlo. La categoría jurídica contractual cumple la función que le es propia de constituir y regular la relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario.

La racionalidad jurídica aplicada al inicial sistema de producción capitalista necesitado masivamente de trabajo asalariado, quedó en el siglo XIX estructurada en torno a la idea de contrato que, con el paso del tiempo, configuró una forma típica de relación contractual capaz de cumplir la función de servir de fundamento y ser fuente de las obligaciones en el juego de prestaciones de dar trabajo y recibir una retribución. Esta estructura jurídica se funda en la libertad de las

sus efectos se observa claramente no sólo la importancia del hecho mismo de la integración en la empresa, sino la influencia que en el contrato tiene la prestación del trabajo como compromiso de la propia persona del trabajador.

Lo anterior nada tiene que ver con posiciones históricas ya ideológicamente desarmadas que, reposando en teorías institucionalistas, conferían una relevancia absoluta al hecho de la incorporación del trabajador a la empresa y, de ahí, a sobreprimarse el interés y las razones organizativas de la propia empresa. En efecto, en la configuración autónoma del contrato de trabajo se pasó por la búsqueda de otros elementos, además de los puramente patrimonialistas de la dogmática civil, lo que supuso un viraje doctrinal hacia 1920, fundado en el «anticontractualismo político» y en la configuración de la categoría de relación de trabajo como contrapuesta a la de contrato. Se puso de relieve como eje de aquella vieja construcción jurídica el hecho de la inserción del trabajador en la empresa, que es el comienzo del trabajo. Como consecuencia de entrar en una empresa, la relación se expande y desarrolla en el interior de esa organización económica. Se transforma la empresa de una unidad económica que sirve de soporte al conjunto de relaciones individuales que une al empresario con cada trabajador, en una relación asociativa en el marco de un sistema económico determinado. El haz de relaciones jurídicas se produce porque el trabajador se introduce en una comunidad organizada y de ahí se concluyó que la relación de trabajo tendría, de este modo, su fuente no en el contrato sino en el hecho jurídico de la entrada efectiva en la empresa¹.

De esta histórica y ya superada polémica salió reforzado el contrato de trabajo porque no hay mejor instrumento que el contrato para proteger los intereses patrimoniales y para responsabilizar a las partes de sus propios comi-

¹ Así, de anticontractualismo político y de la sustitución del contrato de trabajo por la inserción y la ocupación en la empresa habla F. SUÁREZ GONZÁLEZ, «El origen contractual de la relación jurídica de trabajo» en CPS, 1960, núm. 48, pp. 69 y ss.

Se trata de críticas hechas a la concepción del trabajo prestado como una relación de deuda cuando su núcleo es de carácter jurídico personal, de tal suerte que al potenciarse el carácter humano-personal de la relación, ésta «fue contemplada más como una comunidad laboral que como una relación de intereses contrapuestos, lo que hizo resaltar fuertemente la existencia característica en tales relaciones de un deber mutuo, recíproco, de fidelidad que obligaba a cada una de las partes del contrato». G. BARBEIROS en Análisis crítico a la traducción de la obra clásica de O. GIERKE, Las raíces del contrato de servicios, Civitas, Madrid, 1982, pp. 75-76. Notable también fue la influencia del libro de A. MENGER, El derecho civil y los pobres, traducción de A. POSADA, ed. L.V. Suárez, Madrid, 1898. La utilización de las tesis de la relación de trabajo por regímenes fascistas, nazis y nacionalsindicalistas no debe hacer olvidar la importancia que tuvo destacar el sujeto económico empresa y el haz de relaciones jurídicas que allí se establecieron sobre el trabajo asalariado.

promisos. Sin embargo, este debate sirvió al Derecho del Trabajo para estudiar el interior del contrato de trabajo, el despliegue de las relaciones jurídicas dentro de la empresa: la subordinación, los poderes del empresario, la situación del trabajador².

La visión dogmática que hoy predomina en el estudio de la relación jurídica individual de trabajo es la del contrato. El ordenamiento jurídico disciplina y organiza la situación de intercambio de trabajo por salario entre dos personas a través del cauce que se ha entendido más idóneo históricamente y que hoy está recogida en el artículo 1º LET, como lo estuvo tanto en los proyectos y trabajos del primer tercio del siglo³ como en las dos Leyes de Contrato de Trabajo, la de 1931 y la de 1944⁴.

251. Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad.—El contrato de trabajo da nacimiento a una relación jurídica, la de trabajo, y es fuente de obligaciones para las dos partes. El conjunto de obligaciones puede ser acordado por los sujetos del contrato, pero siempre que no sea contrario «a las leyes, la moral ni el orden público» (arts. 1.255 Código civil y 3.1 LET, cuando dispone el «objeto lícito» de los pactos). Sobre el contrato, por tanto, incidirán, por un lado, las normas imperativas (indisponibles para la voluntad de las partes) y, por otro, las que supletoriamente sirvan para rellenar lo no acordado por las partes. Cada contrato de trabajo al nacer lo hace dentro de un ordenamiento jurídico, regulador de múltiples aspectos de la relación laboral y de enorme importancia por su

² M. RODRÍGUEZ PINERO, «Contrato de trabajo y relación de trabajo», en Anales de la Universidad Hispalense. Derecho, V, XXVII, 1967, pp. 90-92.

³ Conviene recordar los antecedentes legislativos para la regulación del contrato de trabajo (proyectos de ley de 1906, 1908, 1910, 1914, 1916 y 1919) y los trabajos en el seno del Instituto de Reformas Sociales; véase, por todos, el proyecto elaborado en las sesiones del Consejo de Dirección del Instituto de Reformas Sociales del 19 de septiembre al 16 de octubre de 1921 y en las del Pleno del mismo organismo, celebradas con varias interrupciones, desde diciembre de 1921 hasta febrero de 1924, en Instituto de Reformas Sociales, El contrato de trabajo, su discusión en el Instituto de Reformas Sociales. Actuación de la representación patronal, S. Rivadeneyra, Madrid, 1924. Destaca la importancia de estos antecedentes, A. GALLART FOLCH, Derecho español del Trabajo, ed. Labor, Barcelona, 1936, pp. 49-50.

⁴ El artículo 1º de LCT de 21 de noviembre de 1931, decía que «se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera sea su denominación, aquél por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos, o una persona jurídica de tal carácter, bajo la dependencia de estos, por una remuneración, sea cual fuera la clase o forma de ella», y añade su artículo 2º, «el objeto del contrato al que se refiere la presente ley es el trabajo u obra que se realiza por cuenta y bajo la dirección de otro». Estos ingredientes del contrato de trabajo se mantendrán vigentes, al ser reproducidos por la LCT 26 enero 1944, hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

incidencia y por su extensión. Ese sistema jurídico está constituido por normas del Estado y por normas convenidas (convenios colectivos). De ahí, el evidente acortamiento del margen de los pactos en el contrato de trabajo. El contenido del contrato se encuentra, en gran medida, predeterminado en normas autónomas o heterónomas que se superponen a la voluntad de las partes: «el principio de autonomía de la voluntad aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, del principio de igualdad y que por ello es constitucionalmente justificable sacrificios de la esfera de lo individual en función de intereses colectivos tutelados por la representación del personal» (STC 142/1993).

El estrecho espacio para la autonomía privada en el contrato de trabajo no sólo es peculiar de éste, sino común con muchas otras figuras contractuales (arrendamientos urbanos o rústicos, seguros, transportes colectivos, etc.). Sin embargo, es comprobable en la hora actual una evidente tendencia a individualizar las relaciones de trabajo y el más eficaz instrumento es el contrato de trabajo, pero, en cualquier caso, con salvaguarda de la estructura que el artículo 3.1 LET da a las fuentes de las obligaciones que nacen del contrato. En efecto, los pactos individuales habrán de respetar lo dispuesto en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos sin que puedan establecer, en perjuicio del trabajador, «condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados». La voluntad de las partes tiene, pues, unos límites que derivan de la licitud del objeto, de la irrenunciabilidad (ineficacia de la renuncia) de derechos que el trabajador tenga reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario (art.3.5 LET) y de la necesidad de causa lícita (crf 294).

II. Concepto y caracteres del contrato de trabajo

252. Concepto de contrato de trabajo.—El artículo 1.1. LET no define el contrato de trabajo, pero da las pautas necesarias para hacerlo. Contrato de trabajo será aquel acuerdo por el que una persona (trabajador) presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica (empleador o empresario). No cabe duda de que el contrato de trabajo compromete al trabajador, mediante remuneración, a poner durante un tiempo cierto sus servicios a la disposición y bajo la dirección de otra, el empresario. Se configura un contrato que se perfecciona por el consentimiento y donde la libertad de obligarse es radicalmente sustancial. Es también un contrato de cambio, de carácter bilateral perfecto y con fundamento oneroso al constituir necesariamente obligaciones a cargo de las dos partes (sinalagma), tanto desde la per-

pectiva de que las obligaciones de trabajar y pagar salario surgen válidamente para el trabajador y el empresario desde el nacimiento mismo del contrato (sinalagma genético) como desde la observación de la necesaria interdependencia que se mantiene a lo largo de la vida del contrato entre aquellas prestaciones básicas (sinalagma funcional). Se trata, por consiguiente, de un contrato típico, con una extensa y profunda regulación heterónoma, de carácter consensual, sinalagnático y oneroso.

La relación jurídico individual de intercambio (*facio ut des*) de trabajo por remuneración está disciplinada y organizada unitariamente por el contrato de trabajo. La relación de trabajo es el resultado y el contenido del contrato de trabajo. El artículo 3 LET utiliza, con virtual sinonimia, las expresiones relación laboral y contrato de trabajo. El precepto citado dispone cómo se regulan «los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral» y, al enumerar las fuentes, establece como una de ellas (las otras tres son normas jurídicas) la voluntad de las partes, «manifestada en el contrato de trabajo». Por tanto, la concepción dogmática del Estatuto de los Trabajadores es netamente contractualista al admitir que la relación laboral sólo nace del contrato. Como el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, puede distinguirse entre el acto de celebración y actos sucesivos de ejecución. Se puede llamar contrato al acto de celebración y relación de trabajo a los demás, pero sin desconocer que ambos son «el contrato de trabajo», único título jurídico para que el empresario pueda hacer suyos inicialmente los frutos del trabajo.

Desde la misma definición, debe quedar expresa constancia de que el contrato de trabajo no incluye a todas las posibles relaciones de producción fundadas en el trabajo. El intercambio de trabajo por remuneración es, sin duda, más amplio que el acotado por el contrato de trabajo. Unas veces será la propia ley (art. 1.3 LET) la que produzca las exclusiones fundadas en decisiones de política del Derecho y en el respeto a formas de prestar el trabajo configuradas incluso con fundamento constitucional (funcionarios públicos, art. 103.3 CE). Otras veces, la exclusión vendrá de la falta de alguna de las notas esenciales del tipo de contrato de trabajo previamente definido.

253. Caracteres del contrato.—De la definición es fácil desprender los cuatro rasgos que identifican al trabajo objeto de este contrato y, por extensión, al contrato mismo: el carácter personal y voluntario del trabajo prestado, la dependencia, la ajenidad y la remuneración (STS 13-3-1997, A. 2461). La retribución como contraprestación del empresario tendrá su estudio autónomo al analizar la estructura de la obligación retributiva. El carácter libre y personalísimo del contrato se diluye en el estudio de la propia dependencia y

en el del sujeto del consentimiento (quién puede prestarlo, la noción legal de trabajador). Queda por analizar ahora las dos notas características de la ajenidad y la subordinación. La ajenidad (trabajar por cuenta ajena) es un dato concluyente en el sentido de que se da o no se da; la dependencia o subordinación, por su parte, es un rasgo evolutivo, adaptable. Ambas, sin embargo, sirven al específico y doble fin de identificar y delimitar el ámbito del contrato de trabajo y, ciertamente, son los rasgos que lo singularizan y definen como vínculo contractual típico.

Resulta evidente que el artículo 1.1 LET, cuando establece que «la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario», recoge, como características del trabajo objeto de la relación jurídica laboral, las dos notas peculiares de la prestación, trabajar por cuenta ajena y hacerlo dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona.

El concepto de ajenidad es el más pacífico de los que caracterizan al contrato de trabajo. Es radical y, por tanto, poco dado a matices y apoyado en los dos pilares estructurales del capitalismo: propiedad de los medios de producción y venta en el mercado del producto obtenido (STSJ Cantabria 7-2-1995, A. 685). Las vicisitudes y mutaciones experimentadas por la prestación de trabajo en el proceso productivo no se recogen en el concepto de ajenidad. Con tal concepto no puede observarse la mayor o menor presencia de los poderes empresariales en la dirección del trabajo, o la fragmentación del mercado de trabajo y la aparición de otras formas más difusas de trabajar para una organización.

El trabajador presta sus servicios para otro a quien pertenecen los frutos del trabajo (lo contrario produce la exclusión del contrato de trabajo: «el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente», disposición final primera LET). La atribución de los resultados es inicial, desde el momento mismo en que nace el trabajo. La ajenidad la ha entendido la jurisprudencia en el sentido de transmisión a un tercero de los frutos o del resultado del trabajo (ajenidad en los frutos, STS 29-10-1990, A. 7721); o más claramente aún, la ajenidad se manifiesta de forma inequívoca porque es el empresario quien incorpora los frutos del trabajo al mercado (ajenidad en el mercado) percibiendo directamente los beneficios (STS 29-1-1991, A. 190 y 16-3-1992, A. 1807). Si el empresario es el titular de los frutos del trabajo es evidente que será quien corra con los riesgos, favorables o desfavorables, del resultado de ponerlos en el mercado; el trabajador es ajeno al resultado de la explotación del negocio (ajenidad en los riesgos).

El trabajador no es sujeto receptor del valor de su trabajo; los frutos (bienes o servicios) son del empresario, quien los coloca en el mercado, con sus riesgos y ventajas. El trabajador es ajeno al resultado de su trabajo. Entrega trabajo a cambio de salario y esa realidad primaria lo sitúa tanto al margen de un resultado positivo o negativo como de las vicisitudes de la colocación del trabajo en el mercado. Desde una perspectiva negativa, igualmente queda clara la ausencia de la ajenidad cuando quien realiza la prestación conserva la titularidad del resultado de sus trabajos (STS 12-2-1991, A. 839); en suma, no trabajará por cuenta ajena quien lo hace por su cuenta y corre los riesgos de poner en el mercado el resultado de su propio trabajo. La ajenidad no se comprende aisladamente, sino en relación causal con la forma de prestar el trabajo. Trabajar por cuenta ajena es trabajar bajo dependencia (un ejemplo de ajenidad disminuida o, exactamente, de ausencia de dependencia, es el supuesto del becario que, a cambio de la beca, ha de entregar el fruto de su investigación, STSJ Cataluña, 28-1-1994, A. 180; un supuesto excepcional de becario-trabajador en STSJ Castilla-León, 6-11-1996, A. 3809). El asalariado es un trabajador subordinado a los poderes de organización del empresario.

El que trabaja bajo dependencia no organiza su trabajo, lo presta bajo las órdenes de otro, el empresario. La dependencia en la actualidad continúa sirviendo para describir una realidad poliédrica que no puede ser reconducida a una sola consideración. Es innegable que la caracterización del contrato de trabajo reside en la posición de subordinación del trabajador y correlativa preeminencia del empresario. De tal manera, que el empresario tiene el poder de especificar el contenido y las cualidades del trabajo y orientar hacia un resultado la actividad; sobre el resultado obtenido el trabajador no posee ningún control. La dependencia es una noción históricamente evolucionada que si bien nace unida al obrero industrial, se flexibiliza, buscando su caracterización de acuerdo con el tipo de trabajo real que subyace en el proceso económico. Caso contrario, si se quedara el concepto anquilosado en su primera versión, puede hacerse buena la clásica observación de que el principio de subordinación ejerce una cierta tiranía sobre el Derecho del Trabajo, retrasando su progreso científico, mermándolo, reduciendo su ámbito, proletariándolo y colocándolo detrás de la realidad⁷.

Una forma de ordenar el concepto jurídico de la subordinación, como sometimiento al poder de dirección del empresario, en los diversos y cambiantes tipos de trabajo, ha sido el método jurisprudencial de «los indicios».

⁷ G. BAYON CHACÓN, «El concepto de dependencia en el derecho del trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?», en Revista de Derecho Privado, junio 1961, p. 451.

Se trata de señales que evidencian una situación de subordinación. Cuando se dan se infiere que se presta trabajo en esa condición jurídica. Son de diversa naturaleza y aparecen por separado o agrupadamente; recibir órdenes sobre el lugar de trabajo; estar sometido a horario; trabajar con modalidades previamente marcadas de itinerarios o servicios a atender; fijar repetidamente la cantidad de trabajo, su calidad y el plazo de su ejecución; percibir remuneración por tiempo de trabajo; exclusividad a un empleador; continuidad y repetición de las actividades, etc.

El método de los indicios es empírico y escasamente fiable, aunque su repetición, al final, permitió extraer y construir jurisprudencialmente un concepto jurídico indeterminado hoy incluido en el artículo 1.1 LET, la incorporación al círculo organicista rector y disciplinario del empleador (STS 9-2-1990, A. 886). No se trata de una dependencia pasiva sino de entronque y participación en el conjunto organizado que es la empresa.

La importante ventaja que encierra la actual consideración legal de la dependencia es la de romper el análisis y detección de la subordinación sólo en el marco de un contrato de trabajo aislado, individualizado, abstracto. Así, los indicios han de servir para reforzar o probar la relación del trabajador con una organización (STS 29-12-1999, A. 1427). La dependencia aparece como consecuencia de la realización de una actividad dentro del ámbito de organización y dirección del empresario (por todas, SSTS 16-2-1990, A. 1099 y 6-5-1992, A. 3677). Los indicios pueden aparecer debilitados, pero observarse la nota de dependencia en razón a la incorporación al círculo organizativo del empresario (STS 20-7-1999, A. 6839), donde éste despliega las facultades legales para ordenar el trabajo. Indicios relevantes suelen ser la jornada habitual, la frecuencia de la actividad, el despliegue en exclusiva del trabajo para un empresario que fija las instrucciones o la forma salarial de ser remunerado (indicios de esta naturaleza priman sobre el alta en el Régimen de Autónomos, la colegiación o la posibilidad de declinar la realización del servicio, STS 10-4-1995, A. 3040).

En suma, el trabajo prestado bajo la regulación de un contrato de trabajo supone, cuando menos, insertarse en un círculo organizativo de tal fuerza que genera tanto un poder de especificar continuamente el objeto como el correlativo deber de prestar ese trabajo. Esta dependencia precisa, por la razón equilibradora del Derecho del Trabajo, de delimitaciones que proceden de diversas fuentes referidas a la jornada, al salario o a la categoría profesional. Pero sean cuales fueran las limitaciones de la dependencia, la esencia de ésta es la de dejar inmerso al trabajador en un sistema organizativo que ordena y delimita el propio trabajo (STS 14-5-1990, A. 4314). No se es libre, por con-

siguiente, ni para prestar cualquier trabajo ni para prestarlo durante el tiempo que se quiera. La cantidad, calidad y tiempo de la prestación son dependientes del vínculo adoptado; los fija el propio contrato y, por extensión, los poderes del empleador.

254. Contrato de trabajo común y contratos especiales.—Con las notas estudiadas de ajenidad y dependencia y las características de ser libre, personal y remunerado, se configura el trabajo que, de forma esencial, mínima y unitaria, regula sus obligaciones a través de un género de contrato, el de trabajo. Serán esas notas las comunes al género que luego se individualizará en las incontables posibilidades de prestar aquel tipo de trabajo. Cuando los mencionados rasgos característicos aparecen, esto es, cuando se reúnen los requisitos que hacen posible la constitución legal del contrato de trabajo (art. 1.1 LET), se aplican de inmediato las fuentes de la relación laboral y, aún a falta de pactos expresos, serán las leyes y los convenios colectivos quienes rellenen de contenido al propio contrato (art. 3 LET). La regulación común del contrato de trabajo está contenida, en síntesis, en el Estatuto de los Trabajadores. El trabajo subordinado queda así regulado de una forma unitaria, pero no uniforme.

La primera circunstancia que se manifiesta en cuanto se observa la realidad del trabajo por cuenta ajena es no sólo su diversidad (múltiples formas de prestar trabajo), sino las diferentes conformaciones (categoría, salario, jornada etc.) que surgen específicamente ya del sector donde se preste (química, siderurgia, hostelería, banca, etc.) ya de las modalidades contractuales que la ley permite (en especial, por razón de la duración, indefinido o a tiempo determinado). En cualquier caso, la diversidad tiene un elemento, común y mínimo, aglutinante, la aplicación del Estatuto de los Trabajadores. Esta regulación unitaria recibe el nombre de relación laboral común.

Sin embargo, hay unas relaciones laborales especiales que no son otra cosa que consecuencia de la progresiva e históricamente complicada ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Sin duda, quién sea trabajador por cuenta ajena en cada momento es la esencia misma del campo de aplicación de la normativa reguladora del contrato de trabajo. Ahora bien, esa ampliación sólo ha podido hacerse adaptando, a veces hasta extremos inverosímiles, la regulación común del trabajo por cuenta ajena (o sea, hoy el Estatuto de los Trabajadores) a las necesidades derivadas de las peculiaridades de la propia actividad y referidas ya a la formación del contrato, ya a las condiciones de trabajo, ya a la regulación de la extinción.

La adaptación realizada se ha hecho, en la regulación vigente, a partir de una técnica que sustancialmente consiste en dos operaciones: una, la declara-

ción por Ley de la categoría de relación especial, según criterios cuya lógica no se alcanza a comprender fácilmente y, otra, la remisión normativa al Gobierno para que complete la casi siempre escueta y meramente nominativa regulación de la Ley. La lista cerrada (sólo puede abrirse por Ley) de las relaciones laborales especiales viene en el artículo 2.1 LET; se considerarán relaciones laborales de carácter especial: a) la del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3 c) LET; b) la del servicio del hogar familiar; c) la de los penados en instituciones penitenciarias; d) la de los deportistas profesionales, e) la de los artistas en espectáculos públicos; f) la de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquélla; g) La de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo; h) la de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que estas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas y i) cualquier otro trabajo que sea declarado como relación laboral especial por una Ley.

Desde el momento en que una Ley atribuye a una relación laboral el carácter de especial tiene el efecto o consecuencia inmediata de que el Gobierno por Decreto y, dentro de un plazo, regule la normativa concreta de esta relación especial. A veces, no siempre, ha tenido otra consecuencia aún más definitiva, la de incluir, por primera vez, la relación especial en el Derecho del Trabajo. Pero ni la operación legal (Ley y remisión normativa al Gobierno) en sí misma ni la estructura final resultante de cada relación puede ser ahora objeto de estudio porque afecta, en su especialidad, a elementos comunes (jornada, retribución, extinción, etc.) que es preciso conocer primero (cfr 454 a 469).

III. Figuras afines y simulación negocial

255. Contrato de trabajo y otras relaciones de producción.—La prestación de una actividad personal, gratuita o remunerada, puede tener encaje en otras figuras contractuales distintas a las de trabajo y aún cuando, en esencia, sean tipos de contratos afines que cumplen cada uno de ellos con su específica finalidad económico-social, no por eso dejan de parecerse y plantear problema en sus zonas fronterizas. Los contratos de transporte, de ejecución de obra o de arrendamiento de servicios son perfectamente identificables, pero en la medida en que se difuminen sus notas esenciales y se acerquen a la prestación del trabajo remunerado por cuenta ajena y dependiente, los problemas de identificación surgirán. La intención de diferenciar al contrato de trabajo de sus tipos más próximos no sólo lleva el objetivo de aclarar los ele-

mentos fronterizos entre ellos, sino la de mejorar la comprensión del concepto y estructura del propio contrato de trabajo, en especial moviéndose el análisis allí donde la jurisprudencia ha ido precisando los límites tipológicos y el contenido normativo de cada figura contractual. En cualquier caso, la afinidad del contrato de trabajo con otras figuras contractuales vendrá exclusivamente del hecho de que son (o pueden ser) auténticas relaciones personales de trabajo (prestación de actividad) que se encuentran encuadradas en figuras civiles o mercantiles (un ejemplo de exclusión, el denominado contrato de depósito y control de mercancías en la STS 7-3-1994, A. 2210).

La regla de diferenciación más segura es la de considerar que un contrato de trabajo (como cualquier otro) se define por su propio contenido, al margen del concepto o nombre atribuido por las partes, y los elementos diferenciales deben siempre buscarse en las circunstancias que especifiquen el desarrollo y contenido de las prestaciones. Sin duda, compete a los jueces y Tribunales calificar o no a una relación jurídica como contrato de trabajo, lo que harán como conclusión a la que llegan analizando los hechos y valorando, interpretando y aplicando normas jurídicas (STS 16-6-1990, A. 5073). Esta labor ha de ser, sin duda, activa dinámica y necesaria para adaptarse a la realidad social de nuevos trabajos que, incluso, pudieron estar primero extramuros del contrato de trabajo y luego ser incluidos (por ejemplo, encuestadores de empresas de investigación de mercado, STS 27-5-1992, A. 3678 y 26-1-1994, A. 380; peritos tasadores de seguros, STSJ Madrid, 29-10-1991, A. 5962).

256. Arrendamiento de servicios, ejecución de obra, mandato, agencia, transporte y sociedad.—Son estas las figuras donde los problemas de fronteras aparecen más nítidamente y merecen ser analizados desde la doble perspectiva de exponer los rasgos principales que las hacen reconocibles para cumplir su propia función económica y social, y analizar dónde aparecen los puntos de contacto con el contrato de trabajo, de tal suerte que en ocasiones es dudoso el encuadramiento del supuesto en una u otra figura.

A) *Arrendamiento de servicios*: el artículo 1.544 del Código civil denomina así a aquel contrato en el que una de las partes se obliga «a prestar a la otra un servicio por precio cierto». En este contrato que es normalmente de duración, la actividad se presta sin subordinación o dependencia y fijando libremente el precio de los servicios (por ejemplo, percibiendo la remuneración en función de cada hora de servicio prestado, STSJ Madrid, 25-6-1993, A. 3182). Es la clásica figura contractual que acoge el trabajo de las profesiones llamadas liberales (médicos, abogados, arquitectos, etc., STS 4-12-1984, A. 6332), si bien estas profesiones («trabajadores intelectuales»),

cada vez más intensamente, pueden ser ejercitadas a través del contrato de trabajo (dependencia, cesión inicial de los frutos y régimen retributivo salarial, un excepcional supuesto de profesional del derecho que presta servicios a una misma persona jurídica sometido a arrendamiento de servicio y a contrato de trabajo en STS 21-9-1990, A. 7926). El arrendamiento de servicios es un tipo contractual en el que tiende a incluirse una parte nada intrascendente del trabajo para otro, saliendo del ámbito de aplicación de las normas laborales. La implantación de este tipo contractual (y, por tanto, los problemas fronterizos) se impone por necesidades del sistema productivo y la ampliación del trabajo por cuenta propia. Será la nota de la propiedad inicial de los frutos (o sea, la ausencia de ajenidad, STSJ Madrid 28-12-1994, A. 5067) la que caracterice al trabajo prestado en arrendamiento de servicios tanto o más aún que la graduación en la fijación o determinación del propio trabajo (dependencia). El arrendamiento de servicios, en suma, comporta en sí mismo la propiedad inicial de los frutos y una libertad de actuación profesional que lo aleja del poder directivo del empresario, característico del contrato de trabajo (STS 22-4-1996, A. 3334). En el arrendamiento de servicios cabe incluso la posibilidad de no prestarlos personalmente (STS 27-1-2001, A. 784).

B) Arrendamiento de obra: el artículo 1.588 del Código civil previene que «puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecuta ponga solamente su trabajo o industria o que también suministre el material», completa y desarrolla al artículo 1.544 del propio Código civil cuando define que en el arrendamiento de obras una de las partes se obliga a ejecutar una obra a otra por precio cierto. Se pacta en este tipo contractual no una actividad sino un resultado (una obra) que se ejecuta sin sometimiento a la dirección de quien la encarga aunque éste tenga el evidente derecho a especificar lo que quiera. Es la deuda de un resultado (un hacer, *locutio operis faciendi*) lo que caracteriza a este tipo contractual que lo aleja de la nota de ajenidad y hace muy difusa la de dependencia (STS 25-1-1990, A. 212, no hay ejecución de obra sino contrato de trabajo cuando sólo hay aportación de trabajo, en las instalaciones de la empresa y por un «precio hora»).

C) Contrato de mandato: el punto de conexión con el de trabajo es, sin duda, que se trata de una relación de actividad. El artículo 1.709 del Código civil dispone que por el mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra, y que incida en la esfera jurídica de ésta; se presume unilateral (art. 1.711 Código civil) esto es, sin remuneración, en cuyo caso la gratuidad lo aleja, sin más, del contrato de trabajo. La actividad que desarrolla el mandatario puede tener repercusión en su propio patrimonio (art. 1.717 Código civil niega la nota de ajenidad). Se cali-

fica de mandato y no de contrato de trabajo la actividad de quien incluso de forma retribuida gestiona intereses de otro, con plena autonomía, rindiendo mensualmente cuentas y valiéndose, a su costa, de la ayuda de terceras personas (STS 16-10-1990, A. 7690).

D) Contrato de agencia: la actividad independiente de intermediario, la prestación libre de servicios como mediador que promueve o concluye para otros actos u operaciones de comercio, está hoy regulada por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia que incorpora al derecho español el contenido normativo de la Directiva 86/653 de la CEE, de 18 diciembre 1986, referente a la necesaria coordinación de los Estados miembros sobre los agentes comerciales independientes. Es una figura contractual, estructurada sobre normas imperativas, cuya cercanía legal con las notas características del contrato de trabajo es innegable; en cualquier caso, los parecidos sólo pueden buscarse, por definición, cuando el agente es una persona natural (art. 1). Se trata de un trabajo por cuenta ajena (arts. 1 y 9) tanto desde la perspectiva de la cesión inicial del trabajo como desde la no participación en los riesgos (cabe, sin embargo, el pacto expreso y escrito para la asunción del riesgo y ventura del buen fin de todos o parte de los actos u operaciones promovidos o conducidos por el agente, arts. 1 y 19). La nota diferenciadora es exclusivamente la ausencia de dependencia; la independencia del agente es el requisito esencial, de tal suerte que sea capaz de organizar su actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios (art. 2). Al descansar la diversidad sólo en la nota de dependencia hará, sin duda, difícil y casuística la diferenciación con el contrato de trabajo común y, desde luego, con el especial de los representantes de comercio (sobre la no dependencia en el contrato de agencia, STS 2-7-1996, A. 5631).

E) Contrato de transporte: en sí mismo, este contrato tiene propia y rotunda entidad y cumple una función económica y social tan específica que se aleja de cualquier confusión con el contrato de trabajo. Transportar de un lugar a otro personas o bienes es una actividad regulada escasamente en el Código civil (arts. 1601 a 1603) y con más intensidad en el Código de comercio (arts. 349 a 379, transporte terrestre y fluvial que se reputará mercantil cuando se trasladen mercaderías y efectos de comercio o el porteador se dedique habitualmente a verificar transportes para el público, incluido viajeros, art. 352). En la actualidad, por su innegable importancia es objeto de una complicada y extensa red normativa que se refiere minuciosamente tanto al transporte terrestre (carreteras o ferrocarriles) como al marítimo o aéreo.

Las zonas fronterizas con el contrato de trabajo se presentan no cuando una persona física ejercite la mera actividad de conducir o dirigir un medio de

transporte sino, además, cuando éste es propiedad del porteador. La línea divisoria, en especial a partir de la STS 26-2-1986 A. 834, actividad de mensajeros con vehículo propio, radica en que el transporte realizado con vehículo propio va más allá de la prestación de una actividad y supone la obtención de un rendimiento económico de la inversión, lo que debe resultar más sobresaliente, en la relación concreta, que los aspectos personales de prestación de trabajo y contraprestación de retribución (STS 22-6-1988, A. 5448; o sea, será contrato de trabajo cuando el transportista realice actividad propia de la empresa y no de él mismo, STS 3-12-1991, A. 9034). Esta línea jurisprudencial trabajosamente constituida ha de verse alterada en una sustancial medida por el importante cambio legislativo introducido por la Ley 11/1994, cuya disposición final séptima introdujo una nueva letra g) en el artículo 1.3 LET que excluye del ámbito laboral «la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de las autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten aún cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador». Será contrato de transporte y no de trabajo la actuación en el mercado como titular de una tarjeta de transporte con vehículo de su propiedad (u otra figura, leasing, por ejemplo) mediante precio y aunque sea para un mismo cargador (cfr. 266; por el contrario, será contrato de trabajo el que vincula a un conductor de vehículo, propietario o no del mismo, que transporte para una empresa en la actividad denominada transportes privados complementarios del art. 102 Ley 16/1987, STS 22-12-1997, A. 9528).

F) *Contrato de sociedad*: sólo dos específicos tipos de contrato de sociedad admiten ser fronterizos con el de trabajo. Ha de ser una sociedad civil (art. 1.665 del Código civil: «dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias») de carácter particular (art. 1.678 del Código civil, que en contraposición a la universal, es aquella que «tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte» (típica, la de un colectivo de abogados, STS 23-1-1990, A. 197 y STSJ Madrid 31-1-1995, A. 426) donde la aportación de uno o varios de los socios, sea de industria o actividad (arts. 1.665 y 1.683 del Código civil).

La aportación de actividad será el origen de lo fronterizo entre los contratos de trabajo y sociedad y predomina uno u otro según sean relevantes las notas de ajenidad y dependencia o el interés societario (STSJ Aragón 15-2-1995, A. 479). La mayor parte de los problemas giran en torno a la figura del denomina-

do socio industrial que también puede aparecer (segundo de los tipos contractuales societarios que pudieran ser conexos con el de trabajo) en las sociedades mercantiles colectivas o comanditarias simples (arts. 138, 141 y 148 del Código de comercio; sin duda, no cabe en las sociedades anónimas, art. 47 Ley de Sociedades Anónimas). La diferencia entre ese socio industrial y el trabajador debe de resultar evidente en la medida en que el primero no trabaja por cuenta ajena sino para la sociedad de la que forma parte (*affectio societatis*); igualmente no recibe un salario sino que se retribuye con el reparto de beneficios. Sin embargo, hay un supuesto de convivencia, en una misma persona, del contrato de sociedad y el de trabajo. El artículo 1º de la Ley 4/1997, de 24 de marzo (BOE del 25) define a las denominadas «Sociedades Laborales» como aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que al menos el cincuenta y uno por ciento del capital social pertenece a los trabajadores que presen-ten en ellas sus servicios retribuidos de forma directa, personal, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido (corresponde al MTAS o, en su caso, a las Comunidades Autónomas, el otorgamiento de la calificación de sociedad laboral y su inscripción en un registro administrativo de sociedades laborales, art. 2 de la Ley 4/1997 y RD 2114/1998, de 2 de octubre, BOE del 14).

La existencia de una relación laboral no queda desvirtuada por el hecho de que el trabajador sea a su vez socio de la empresa (STS 15-11-1990, A. 8576; es conceptuado trabajador, el socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado, STS 9-5-1987, A. 3734; no es, en cambio, trabajador quien presta actividades para empresa de la que es socio mayoritario, STSJ Cataluña, 30-9-1991, A. 5599).

257. Simulación relativa y fraude de ley.—Es clásica la distinción entre negocio simulado absolutamente como aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad porque no existe y negocio simulado relativamente que se muestra al exterior de forma distinta al que de verdad es (STS 29 octubre 1956, A. 3421). La simulación absoluta tiene lugar cuando con acuerdo simulatorio de las partes, se aparenta un contrato inexistente, cuando se finje un contrato de trabajo, que será nulo (simulación de contrato «con la finalidad de obtener el pretendido trabajador las prestaciones por desempleo», SSTSJ Extremadura, 14-10-1991, A. 5412 y Cataluña 5-2-1992, A. 774). La simulación relativa que interesa ahora examinar es en la que se utiliza una norma de cobertura (normalmente la regulación de alguno de los contratos que se han reputado afines al de trabajo) para encubrir el contrato de trabajo y evitar así la aplicación de la normativa jurídica laboral. La nulidad será del negocio aparente (art. 6.4 Código civil) y se mantiene, en cambio, la validez del negocio disimulado (STS 18-4-1990, A. 3475) operando así la presunción de laboralidad del artículo 8.1 LET.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., Conceptos fundamentales: empresa y trabajador en Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo I, EDESA, Madrid, 1990.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., «La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo», REDT, 1986, núm. 28.
- ALBIOL MONTESINOS, I., «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», CCDT, 1971, núm. 1.
- ALONSO OLEA, M., «En torno al concepto de contrato de trabajo», ADC, 1967, núm. 1, pp. 117 a 151.
- De la servidumbre al contrato de trabajo, Tecnos, Madrid, 1987, 2ª edic.
- Introducción al Derecho del Trabajo, 5ª ed. Civitas, Madrid 1994.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Costas de abogado y contrato de trabajo», AL, 1992, núm. 6.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G., «Concepción doctrinal de la organización comunitaria de la empresa», RPS, 1974, núm. 102.
- BAYON CHACÓN, G., «El ámbito de aplicación de las normas del Derecho del Trabajo», RPS, 1966, núm. 71.
- La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español, Tecnos, Madrid, 1955.
- CABRERA BAZÁN, J., Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico, AKAL, Madrid, 1981.
- «Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo», en AA.VV., Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón, Tecnos, Madrid, 1980.
- CAMARA BOTIA, A., «Contrato de trabajo y agencia mercantil: modificación de las fronteras del contrato de trabajo» en REDT núm 77, 1996
- CAMPS RUIZ, L. M. y SALA FRANCO, T.: «La flexibilidad en la contratación laboral», Revista de Treball, 1987, núm 4.
- CASAS, M^o E. BAYLOS, A. y ESCUDERO, R., «Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español», RL, 1987, núm.23.
- GALIANA MORENO, J., El contrato de trabajo en el derecho inglés, Barcelona (Bosch), 1987.
- «El contrato de trabajo», en AA.VV., La obra científica de Manuel Alonso Olea, Murcia. (Universidad), 1983, pp. 49 a 66.
- GARCÍA PIQUERAS, M., «La simulación en el contrato de trabajo» AL, 1990, núm.21.
- GIERKE, O., Las raíces del contrato de servicios, Civitas, Madrid, 1982.

- LÓPEZ GANDÍA, J., Contrato de trabajo y figuras afines ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1999.
- LUIÁN ALCARAZ, J., La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo (Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo), MTSS, Madrid, 1994.
- MARTÍN VALVERDE, A., «El discreto retorno del arrendamiento de servicios» en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo (Homenaje al Profesor M. Alonso Olea), MTSS, Madrid, 1990.
- Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001) en RMTAS, 2002, núm. 38.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo» en REDT, 1999, núm. 96.
- PEDRAJAS MORENO y VALDES DAL-RE, F., «Contrato de trabajo y contrato de transporte: Un giro en la jurisprudencia», DL, 1986, núm. 19.
- PÉREZ BOTIA, E. y VILLA GIL, L. E. de la, «La dependencia ¿es esencial para la existencia del contrato de trabajo?», RGLJ, 1964, núm. 5.
- REY GUANTER, S. DEL, «Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo», RL, 1989, núm. 10.
- RIVERO LAMAS, J., El Derecho común del trabajo en España, Zaragoza. (Universidad), 1970.
- «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo» en REDT núm. 80, 1996
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Contrato de trabajo y relación de trabajo. Balance provincial de una polémica», Anales Universidad Hispalense, 1967, vol. XXVII.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral», en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. (homenaje al Profesor M. Alonso Olea), MTSS, Madrid, 1990.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., Nacional sindicalismo y relación de trabajo, AKAL, Madrid, 1982.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F., «El origen contractual de la relación jurídica de trabajo», CPS, núm. 48.
- VILL GIL, L. E. de la, «La crisis de la dependencia en la delimitación de las relaciones jurícolaborales», RDP, 1963, núm. 56.
- «Relaciones laborales de hecho», RDT, 1961, núm. 47.

CAPÍTULO XV

SUJETOS DEL CONTRATO (1). EL TRABAJADOR

SUMARIO: I. Noción jurídica de trabajador.—II. Exclusiones legales.—III. Tipología de trabajadores.—IV. El grupo de trabajadores y las relaciones de trabajo mediatas.

I. Noción jurídica de trabajador

258. Los sujetos del contrato de trabajo.—Si no existieran poderosas razones jurídicas, económicas y sociológicas que hacen aconsejable detenerse pormenorizadamente en los sujetos del contrato de trabajo, bastaría, al abordar su estructura, estudiar el requisito esencial del consentimiento (capacidad para consentir y prestación del consentimiento). Como resulta obvio, no se estudian, porque carecen jurídica, económica y sociológicamente de importancia, las figuras subjetivas de comprador y vendedor o de arrendador y arrendatario, sino que se analizan las posiciones que libremente han adoptado en un determinado contrato y sus consecuencias jurídico-patrimoniales. Sin embargo, en el Derecho del Trabajo son categorías jurídicas de amplia incidencia, incluso más allá del propio contrato de trabajo, la de trabajador asalariado y la de empresario o empleador. Analizar el concepto de trabajador

es, sin más, poner de manifiesto el ámbito subjetivo o campo de aplicación del Derecho del Trabajo.

El concepto de trabajador se refiere, desde luego, a la categoría de sujeto del contrato, pero bien entendido que las consecuencias de ser trabajador por cuenta ajena lo incluyen, también en calidad de sujeto, dentro de las relaciones sindicales o como beneficiario de la Seguridad Social. Desde un punto de vista económico (con posibles y evidentes repercusiones jurídicas) podría ser estudiado como demandante de empleo (desempleado) o como población activa; incluso desde un plano político o sociológico podría ser incluido, en la medida en que ese concepto sea manejable, dentro de la clase obrera. Con estas observaciones se destaca, sobradamente, la importancia, radicalmente central, que para el ordenamiento jurídico laboral tiene la figura del trabajador. La figura del empresario surge, justamente, por referencia a la del trabajador. Es empresario quien tiene a su servicio trabajadores, quienes reciben la prestación de servicios de las personas definidas como trabajadores (art. 1.2 LET).

Las relaciones jurídico laborales no se acaban en las contraprestaciones de trabajo por salario; no pueden ser sólo observadas como la simple consecuencia de un negocio bilateral, sino que al comprometerse personalmente el trabajador en la prestación de servicios hace que esas relaciones estén presididas por el respeto a la dignidad del trabajador y al principio de no discriminación. Las notas que caracterizan al trabajo objeto del contrato (ajenidad y dependencia) suponen que el trabajador ejerce su trabajo en un marco de la buena fe contractual y con obediencia a las legítimas instrucciones que recibe del empresario. Existe, sin duda, un deber del empresario de proteger la vida e integridad del trabajador (seguridad e higiene en el trabajo) y la necesidad de que el trabajador actúe conforme al sentido de la productividad y el respeto a los intereses económicos del empresario. Este es un panorama que obliga a delimitar las figuras de trabajador y empresario, que irradia su importancia en las posiciones jurídicas básicas que tales sujetos adoptan en el desarrollo del propio contrato de trabajo. Al estudiar las categorías de trabajador y de empresario desde la vertiente de sujetos del contrato de trabajo, se pone de manifiesto la función esencial que éste cumple como título jurídico que hace posible tanto la forma de prestar el trabajo como la apropiación inicial de su resultado.

259. El concepto de trabajador.—Con la observación de las definiciones o conceptos que, en este siglo, leyes ya no vigentes han dado de trabajador puede concluirse que la fuerza expansiva de la categoría ha sido enorme y de construir una legislación sobre la realidad del trabajador «manual» en fábricas, minas o en el campo se pasa a incluir a trabajadores «intelectuales»

y a ocuparse de formas de trabajar, producto de las nuevas tecnologías, donde las enérgicas notas iniciales de proletarización y subordinación se debilitan.

Sin desconocer que aparece en el Código Civil (art. 1.586) la expresión trabajador asalariado y que la Ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900 (art. 10) determina quién es trabajador, el primer concepto legal de trabajador es el del Código del Trabajo de 23 de agosto de 1926, configurado en torno al obrero, sujeto del contrato, «que se obliga a ejecutar una obra o prestar un servicio a un patrono por precio cierto» (arts. 1 y 142). La importancia del concepto viene más de ser la primera vez, que de la técnica jurídica empleada. No aparece la nota de dependencia y, en cambio, se configura como actividad propia del trabajador la ejecución de obra. Incluso, en otro lugar del Código, aparece el grueso error, que se mantuvo en sucesivas normas y a la larga fue intranscendente, de considerar trabajador a la persona jurídica («la persona natural o jurídica que presta habitualmente un trabajo manual por cuenta ajena», art. 427 del Código; el primer eslabón de esta cadena de errores fue una prescripción parecida en la Ley de Tribunales Industriales de 19 de mayo de 1908).

En la Segunda República, la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, perfecciona el concepto y, así, «trabajador es la persona física o jurídica que presta un servicio o ejecuta una obra por cuenta y bajo dependencia ajena y a cambio de un salario» (arts. 1 y 2). Ya están puestos los ingredientes para completar el concepto que más ha durado en el derecho español, el de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 enero de 1944. Es trabajador, según esta Ley, la persona física o jurídica que voluntariamente ejecute una obra o preste servicios intelectuales o manuales para otra persona denominada empresario, al que se halla subordinado y del que recibe una remuneración salarial (arts. 1, 2 y 4 LCT). El concepto es quizás más técnico, pero desde luego no necesariamente más amplio que el de la Ley de 1931.

El último hito histórico, antes del vigente Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, definió al trabajador como aquella persona física que presta sus servicios en régimen de ajenidad y dependencia, recibiendo como contraprestación una remuneración. Desaparece, así, el error histórico de considerar trabajador a la persona jurídica, estableciendo claramente el sustancial elemento del carácter personalísimo de la prestación de trabajo amparada en el contrato de trabajo.

El concepto amplio de trabajador se complementó con unas determinadas y específicas medidas que fueron tomando las leyes citadas al incluir en su campo de aplicación a auténticas zonas grises del concepto de trabajador. De

una u otra forma, se fue alargando el concepto y, por tanto, expandiéndose el ámbito del Derecho del Trabajo. Así, no sólo se pasó de los obreros manuales a incluir a los trabajadores intelectuales, sino que, desde la LCT de 1931 (art. 6), se incluyó a los aprendices, a los obreros a domicilio y a los encargados de empresa (no a los denominados propiamente altos cargos; en terminología más actual serían los mandos intermedios). La LCT de 1944 (art. 6) no amplió el ámbito subjetivo y sólo en la LRL de 1976 (art. 3) van a encauzarse, a través de las denominadas «relaciones de trabajo de carácter especial», viejas discusiones sobre inclusión o no de determinadas clases de actividades profesionales (altos cargos, servicio doméstico, deportistas y artistas profesionales).

Con formulación inequívoca, el artículo 1.1 LET configura al trabajador como sujeto del contrato de trabajo y lo será quien «voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». No es difícil extraer las notas que caracterizan al trabajador asalariado: prestación personal y libre, por cuenta ajena, dependiente y remunerado. Las notas son, sin duda, de necesario examen, pero también hay que destacar que la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al igual que sus precedentes, excluye a un conjunto de relaciones de trabajo (art. 1.3 LET) e incluye a otras peculiares denominadas relaciones laborales de carácter especial (art. 2 LET).

En la prestación del trabajo asalariado, como consecuencia del contrato, se destaca con evidencia innegable el carácter de relación de poder entre empresario y trabajador. El trabajador ha de prestar su trabajo con sometimiento real y expreso al empresario que indica la conducta laboral a desplegar. Esta dependencia, situación medular que se deriva del contrato, explica la tipicidad de esta figura contractual y aclara igualmente sus presupuestos. No cabe hablar de dependencia si la vinculación al trabajo no fuera libre; se suscribe el contrato de trabajo como expresión libre del consentimiento y, en consecuencia, el trabajo ha de prestarse de forma voluntaria. Igualmente la dependencia requiere que la sujeción a las legítimas órdenes del empresario sea la de una persona física (no cabe la prestación de trabajo asalariado por una persona jurídica), pero, además, esa persona ha de estar perfectamente identificada (se contrata con un trabajador concreto, no con alguien indeterminado). Este es el carácter personalísimo del trabajo (razón por la que se dice que el contrato de trabajo es «intuitu personae»), donde no cabe (constante el mismo contrato) la intercambiabilidad de un sujeto por otro (inexistencia de contrato de trabajo cuando la actividad la prestan familiares y no la propia demandante, STSJ País Vasco 30-11-1993, A. 5125). En el contrato de

duración que es el de trabajo, se compromete no un resultado sino una actividad, lo que se plasma en la puesta a disposición del empresario de la propia y personal capacidad de trabajo.

La vinculación personal del trabajador es, de este modo, una directa consecuencia de la dependencia, entendida como la incorporación al círculo rector organizativo del empresario (art. 1.1 LET), lo que supone una especificación del trabajo a realizar y, al tiempo, significa un concepto de necesaria y dinámica revisión para adaptarse a las distintas formas de trabajo que nacen de las innovaciones tecnológicas. El concepto de dependencia se elaboró como un instrumento jurídico necesario para dar unidad al Derecho del Trabajo como disciplina autónoma de un conjunto de diversas relaciones de producción. Un tipo concreto de trabajo (industrial, en fábricas, con trabajo medido en tiempo y movimientos), por más que en su interior existan diferentes clases de trabajadores, tiene en común, está unificado, por la categoría jurídica de dependencia. Evoluciona el concepto en la medida misma en que se diversifican los trabajos y aquel tipo de trabajador deja de ser la regla y las excepciones se hacen tan numerosas que elevan la diferencia a normalidad. La dependencia vale como concepto unitario que sirve para reconocer a toda relación de producción que pueda ser definida como contrato de trabajo y, así, dotarla de una determinada protección normativa. El concepto precisa ser flexible y nada lo debe ser más que el concepto jurídico indeterminado que ha adoptado el artículo 1 LET.

El trabajador presta, además, un trabajo por cuenta ajena («el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral», DF 1ª LET), no aporta los medios de producción y en virtud del contrato se produce la apropiación inicial de los frutos del trabajo y su colocación en el mercado por el empresario. El trabajador, por último, ha de ser remunerado; se trabaja para ganar un salario, una contraprestación económica.

II. Exclusiones legales

260. Supuestos excluidos.—No puede entenderse la figura del trabajador sólo a partir de los presupuestos sustantivos que la contienen (libre y personal, dependiente, por cuenta ajena y retribuido); es preciso examinar las expresas exclusiones de la ley (art. 1.3 LET, que además contiene el repetitivo y asistemático mandato de excluir «en general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1», art. 1.3.g, LET). El objetivo de estas exclusiones es doble; por un lado, se da seguridad

al tráfico explicitando claramente que unas relaciones de trabajo en las que faltan notas constitutivas no son contrato de trabajo y, por otro, se toma la decisión de política legislativa de alejar del ordenamiento jurídico laboral a relaciones de producción en las que no es difícil ver las notas que caracterizan al trabajo asalariado.

Así, y respecto al primer bloque, se excluyen de la calidad de trabajador asalariado a las siguientes actividades personales: las prestaciones obligatorias; las que se limitan al cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de la empresa; a las realizadas a título de amistad, benevolencia o buena vecindad; a los trabajos familiares; a las actividades de mediación siempre que queden personalmente obligados con el buen fin de la operación y, por último, al transportista con vehículos comerciales de servicio público (art. 1.3, b, c, d, e, f y g, LET). En el segundo bloque (exclusiones de relaciones que son de trabajo por cuenta ajena, pero la Ley las excluye), la relación de servicio de los funcionarios públicos. A continuación se exponen los rasgos básicos de las relaciones de trabajo enumeradas, excluidas de ser objeto del contrato de trabajo.

261. Prestaciones personales obligatorias.—El artículo 31.3 CE determina que sólo podrán establecerse prestaciones personales de carácter público con arreglo a la ley y, tales prestaciones, al faltarle el elemento esencial de la voluntariedad, están excluidas del contrato de trabajo (art. 1.3, b, LET). Son, en todo caso, deberes de los ciudadanos que, necesariamente, han de ser cumplidos y que abarcan una amplia gama de supuestos, desde el servicio militar o el social sustitutorio (art. 30.2 CE; RD 266/1995, de 24 de febrero, art. 50.5; el más rígidamente, soldado que presta su servicio militar en RENFE, STSJ Madrid, 10 enero 1990, A. 311) a tipos de servicios civiles para el cumplimiento de fines de interés general (art. 30.3 CE). Ejemplos de estas prestaciones personales aparecen con gran amplitud en la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil (art. 4.1 y 2, «todos los ciudadanos, a partir de la mayoría de edad, estarán sujetos a la obligación de colaborar, personal y materialmente, en la protección civil») y con mayor especificación en la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (arts. 9 y 12 que imponen «servicios extraordinarios» o la movilización del personal de las empresas relacionadas con servicios esenciales para la comunidad y con el abastecimiento de productos de primera necesidad) o en la Ley de Haciendas Locales, L. 39/1988 de 28 de diciembre (art. 118). Pertenece a este género, los trabajos de colaboración social que el INEM puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo, lo que no implicará «la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que se presten dichos trabajos» (art. 213. 3 LGSS y STS 24-4-2000, A. 5147).

En todas estas prestaciones desaparecen los caracteres de libre y voluntario (no hay consentimiento) y de remunerado, por lo que su exclusión del ámbito del contrato de trabajo es manifiesto. No es lo dicho obstáculo para que los ciudadanos que presten estos servicios estén protegidos contra los riesgos de accidente (RRDD 2765/1976; 1234/1990 y 848/1993; un ejemplo concreto referido a la cobertura de accidentes acaecidos por consecuencia de las prestaciones personales en jornada electoral como presidente o vocal de una Mesa, en RD 421/1991).

Al exponer las prestaciones personales obligatorias hay que hacer necesariamente mención al trabajo de los presos en los establecimientos penitenciarios. Tienen sus prestaciones una doble consideración: por un lado, los presos han de prestar trabajo obligatorio (cumplir y colaborar en las medidas higiénica-sanitarias y realizar prestaciones para mantener el buen orden, la limpieza y la higiene de los establecimientos penitenciarios, art. 78 del Reglamento General Penitenciario, RD 190/1996, de 9 de febrero) y, por otro, pueden ejercer trabajos voluntarios que son objeto de una relación laboral de carácter especial (arts. 25.2 CE; 2.1 c LET; 29 y ss. Ley orgánica 1/1989, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y 132 y ss. de su Reglamento, aprobado por el RD 190/1996, de 9 de febrero y RD 782/2001, *cf* 459). Ha de tenerse en cuenta igualmente el artículo 49 CP que regula la pena denominada «trabajos en beneficio de la comunidad» que no podrán imponerse sin consentimiento del penado y que, en su caso, le obligan a prestar su actividad no retributiva «en determinadas actividades de utilidad pública».

262. Administradores o consejeros de sociedades mercantiles.—No entra en el ámbito del contrato de trabajo «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo» (art. 1.3, c, LET y STS 22-12-1994, A. 10221). La administración y representación de las sociedades mercantiles se confía a los administradores (arts. 125 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas) y cuando se confía conjuntamente a más de dos personas, éstas serán consejeros del órgano societario denominado Consejo de Administración (art. 136 Ley de Sociedades Anónimas); los administradores (consejeros o administrador único, STS 21-3-1990, A. 2199) han de ejercitar su cargo «con la diligencia de un ordenado empresario» (art. 127 Ley de Sociedades Anónimas). No hay ni ajenidad sobre la titularidad de la empresa ni sobre sus riesgos ni se actúa con indicación y fijación previa de la actividad a desarrollar, sino que son órganos societarios y responden ante la sociedad, ante los accionistas, y deben cumplir los acuerdos de la Junta general. Sin duda, es posible (incluso frecuente) que un consejero, ade-

más, realice en la empresa una actividad de trabajo, por cuenta ajena, normalmente cubierta bajo la forma jurídica de la relación especial de los altos cargos; tal compatibilidad dependerá siempre de la menor intensidad de la ocupación mercantil y de la mayor presencia de la ajenidad (art. 2.1, a, LET; distinción entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos, *cfr* 456).

263. Trabajos amistosos, benévolo y de buena vecindad.—Están excluidos de la relación laboral «los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad» (art. 1.3, d, LET; sobre su constitucionalidad, STC 63/1994). El acento de la exclusión está puesto en la causa de la obligación, en la gratuidad; la razón por la que se presta el trabajo esporádico es la amistad, la confianza o el agradecimiento (STSJ Andalucía 31-12-1993, A. 5172). El título por el que se presta el trabajo no lleva aparejada contraprestación, no es oneroso. Son prestaciones ocasionales, no remuneradas y que tienen su soporte en la amistad, la benevolencia o la buena vecindad (lo que incluye el altruismo, aunque «perciba una exígua cantidad por desplazamientos quien, por caridad, cuida enfermos», STSJ Madrid, 16-5-1990, A. 1828; o las prestaciones de religiosas en un Hospital que se hace en cumplimiento de los fines benéficos de la Orden religiosa a que pertenecen, STSJ Madrid, 11-4-1991, A. 2615); el móvil de la prestación desinteresada puede también girar en torno a empresas ideológicas, partidos, sindicatos, agrupaciones artísticas, organizaciones no gubernamentales, etc. (STSJ Extremadura 30-3-1994, A. 1033) aunque, obviamente, para ellas pueden realizarse también trabajos asalariados, con las notas habituales de libertad, ajenidad, dependencia y remuneración (STSJ Navarra, 26-3-1991, A. 2132). Dentro de esta categoría de trabajos excluidos queda comprendido la actividad de voluntariado entendida como participación solidaria de ciudadanos en el seno de organizaciones, públicas o privadas, sin ánimo de lucro (Ley 6/1996, 15 de enero, del Voluntariado).

264. Los trabajos familiares.—El artículo 1.3, e, LET excluye del ámbito jurídico laboral «a los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción» (la condición de cónyuge o familiar impregna aún en el supuesto de serlo del socio mayoritario de una empresa familiar, STSJ Andalucía 18-9-1995, A. 3368; en cualquier caso, el cómputo del parentesco en arts. 915 y ss, del Código civil). El fundamento último de esta exclusión está en la consideración por el legislador

de la ausencia de ajenidad (STS 29-11-1990, A.7721), en la medida de que quien trabaja lo hace para algo suyo, la comunidad familiar (de ahí que se excluya la prestación de la esposa de uno de los socios, que colabora voluntariamente en las tareas de limpieza de la empresa, STSJ Andalucía 7-10-1991, A. 5518). En cualquier caso, son dos las exigencias del ET para la exclusión; una, el carácter, la condición, de familiar (STS 24-2-2000, A. 2236) y, otra, el carácter de no asalariado; este último requisito se presume, salvo prueba en contrario (presunción iuris tantum) que se referirá al carácter dependiente y retribuido del trabajo prestado (STS 14-6-1994, A. 5435).

265. Intermediación mercantil con asunción de riesgo.—La delimitación de esta figura, que engloba un amplio abanico de actividades (comisionistas, agentes, representantes, mandatarios) es clara, lo que permite concluir que sólo a partir de las actividades no incluidas en la relación laboral especial de mediadores mercantiles (art. 2, f, LET y RD 1438/1985, *cfr* 465) puede comenzar la consideración de actividades excluidas del contrato de trabajo para caer, normalmente, en el contrato de agencia regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo (más específicamente, la Ley 9/1992, de 30 de abril que regula la actividad mercantil de mediación en seguros privados, STS 13-11-2001, A. 836 del 2002); en el contrato de agencia no existe la nota de dependencia (STS 21-10-1996, A. 8177 y STSJ Cataluña 16-1-1995, A. 263; *cfr* 256).

266. Transportistas con vehículos comerciales de servicio público.—Esta actividad, de límites poco claros, entró en el campo de aplicación del contrato de trabajo a partir de la STS 26-2-1986 sobre el servicio de mensajería, línea jurisprudencial que había ya concluido con cierta claridad en las SSTS 25-5,4 y 5-11-1993, A. 4121, 8543 y 8547: hay contrato de trabajo cuando lo que se revela predominante sea el trabajo y el vehículo, aún propiedad del trabajador, sea sólo una herramienta más para realizar una actividad propia de la empresa que contrata el transporte. Sobre esta doctrina legal, para cambiarla, sin duda o, al menos, para obligar a estrechar los márgenes de inclusión de transportistas discrecionales en el ámbito del contrato de trabajo, ha incidido fuertemente el apartado g) del artículo 1.3 LET: «se entenderán excluidas del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizadas, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aún cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador» (este apartado se introduce en el art. 1.3 LET en virtud de la D. final séptima de la Ley 11/1994; declarado constitucional por la STC 227/1998). Esta calificación normativa se

aplica tanto a las relaciones preexistentes como a las posteriores a la entrada en vigor de la norma (STS 6-2-1997, A. 997).

La exclusión es constitutiva, esto es, la actividad no se incluye en el contrato de trabajo cuando se dan las siguientes concretas circunstancias: a) que se trate de personas físicas con el título habilitante para ejercer el transporte público discrecional de mercancías o personas (autorizaciones administrativas reguladas en los arts. 95, siguientes y concordantes de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre, y 41 y concordantes de su Reglamento, aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre y STSJ de Cataluña 2-7-1996, A. 2898); b) que el vehículo sea propiedad o en «poder directo de disposición» del titular de la autorización (el art. 54.2 Ley 16/1987, permite la propiedad, el arriendo, el leasing, «o cualquier otro derecho jurídicamente válido que permita su utilización»); c) que exista precio y d) que el precio se pacte para varios cargadores o de forma continuada para un mismo cargador o comercializador (empresario autónomo del transporte lo llama la STC 28/2000).

No cabe duda de que esta figura está en la zona fronteriza del contrato de trabajo (actividad prestada para otra persona bajo su dependencia y por un salario). La pretensión de exclusión se fundamenta en dos datos: la titularidad de una autorización y la de su vehículo. Tenderá a su inclusión, porque pueden funcionar figuras de simulación negocial, la dependencia y el salario (no el precio; así en casos en que lo percibido nada tenga que ver con los precios de mercado o se le remunere con sueldo y complementos, etc.). El apartado g ha acotado una parcela de exclusión, pero no puede realizar una operación quirúrgica de separación porque hay una realidad por encima de ella: será contrato de trabajo toda actividad que se desarrolle conforme al 1.1 LET (eso es justamente lo que de forma tautológica dice el primer párrafo del apartado g, art. 1.3 LET). Desde el plano constitucional, no es posible entender esta exclusión como la decisión legal de dejar fuera de la regulación normativa del trabajador común a un grupo de ellos. Por tanto, es interpretación razonable la apuntada: ante unos requisitos en los que concurra autorización administrativa de transportista y titularidad del vehículo de trabajo, aún transportando para uno solo, se presume el trabajo por cuenta propia. Habrá que probar (como siempre, por otra parte) que se dan las notas de ajenidad, dependencia y retribución salarial para concluir que el contrato es de trabajo y no de transporte (en suma, es preciso dotar a la interpretación del apartado g) del art. 1.3 LET de algún carácter flexibilizador, al menos desde la doctrina del abuso de derecho o del fraude de ley, STSJ Aragón, 8-3-1995, A. 897). Si la relación contractual tiene los requisitos del art. 1.3.g, LET, dejó de ser laboral a la entrada en vigor de dicha norma, tanto si la relación se hubiera concertado como laboral, como si así se

hubiera declarado por sentencia (SSTS 23-12-1996 y 6-2-1997, A. 9843 y 997 y STSJ Cataluña 7-3-1995, A. 1107 y 11-7-1996, A. 2926)

267. Funcionarios públicos.— Se excluye del contrato de trabajo a «la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones Locales y las Entidades públicas autónomas, cuando al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias» (art. 1.3, a. LET).

En el interior de las Administraciones Públicas [y se entiende por Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y las entidades de derecho público con personalidad jurídica, vinculadas a cualquiera de las anteriores Administraciones, en la medida en que ejerzan potestades administrativas, (arts. 2 LRIAP y 1 LOIAGE)] hay una opción genérica de la Constitución (arts. 103.3 y 149.1 CE) en favor de un régimen estatutario, o sea, de funcionarios públicos; las excepciones a esta opción deben de ser dispuestas por el legislador (STC 99/1987). Estos funcionarios públicos son todos aquellos incluidos en el ámbito de la específica regulación estatutaria y, por tanto, no tienen que ser sólo los de carrera, sino que abarca los interinos y cualesquiera otras prestaciones personales que la Ley incluya en el ámbito administrativo (la prestación personal ha de tener la cobertura legal de ser un puesto de trabajo de funcionario o de trabajador; no puede, sin embargo, ocultarse en fraude de ley una mera prestación personal, de limpieza por ejemplo, en una apariencia de adjudicación de un servicio público, STSJ Galicia 10-6-1993, A. 2925). Respecto a las personificaciones jurídico públicas (Entidades Gestoras) con las que se presta la gestión de la Seguridad Social ha de señalarse que casi todo su personal está homologado a los demás funcionarios civiles del Estado (Ley 30/1984, en especial tras la redacción de su disposición adicional 22ª, por la Ley 37/1987).

Como consecuencia de la inclusión de España en la Unión Europea, la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, modificada por la Ley 55/1999, determinó los sectores de la función pública a los que pueden acceder los nacionales de los demás Estados miembros: investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial y demás sectores a los que resulte aplicable la libre circulación de trabajadores. En su desarrollo, el RD 543/2001, de 18 de mayo, ha venido a establecer las vías de acceso a los puestos de personal funcionario y laboral de los comunitarios, así como la reserva de puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas úni-

camente a funcionarios de nacionalidad española, de conformidad con lo establecido en el artículo 48.4º del Tratado de Roma (cfr 141).

En cualquier caso, la regulación de la función pública y la del trabajo por cuenta ajena se diferencian tanto en la constitución como en el propio contenido, si bien es verdad que se produce un natural acercamiento de ambos regímenes jurídicos, laboral y funcional, en especial cuando aparecen regulaciones comunes como son la de la libertad sindical (LOLS), la de las incompatibilidades (Ley 53/1984), la de la Ley 3/1989 que regula, separadamente pero en la misma norma, el respeto a la intimidad y a la dignidad y situaciones relativas a la suspensión de la prestación por razón de maternidad o adopción de hijos, y, finalmente, la regulación de la seguridad y salud laboral (LPRL). Ayuda a aproximar ambos regímenes, la existencia de la negociación colectiva en la función pública. Además, la ósmosis entre ellos se acentúa con los fenómenos legales de laborización de funcionarios; esto es, la laborización voluntaria construida sobre un derecho de libre opción de los funcionarios entre continuar como tales funcionarios o integrarse como trabajadores, cambiando entonces su situación administrativa que pasa de funcionarios en activo a funcionarios en excedencia voluntaria en el cuerpo o escala de origen¹ (cfr 280).

¹ Este fenómeno de laborización no es extraño en nuestro ordenamiento jurídico y como precedentes pueden citarse los siguientes: Canal de Isabel II, RD 1091/1977, de 1 de abril, que lo transformó de órgano autónomo en Sociedad Estatal; Instituto Nacional de Hidrocarburos (Ley 45/1981, de 28 de diciembre) cuyo personal ha de regirse por el Derecho del Trabajo; Instituto para la Diversificación y el Ahorro de Energía (Ley 46/1985 de PGE para 1985, disp. adic. 21ª, y RD 802/1986, de 1 de abril, que lo transforma en Sociedad Estatal con personal sometido al Derecho Laboral); Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (L. 33/1987, artículo 127, que transforma el Organismo Autónomo en Sociedad Estatal con trabajadores por cuenta ajena); Instituto de Crédito Oficial (ICO), transformado por Ley 33/1987, artículo 128, de Órgano Autónomo en Sociedad Estatal, sobre la base, común a todos los anteriores supuestos, del derecho de opción en favor del personal funcionario «a integrarse en la plantilla del personal laboral de la nueva entidad»; la laborización del personal del Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales al integrarse en el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), acometida por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (Ley 4/1990, de 29 de junio) y por el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio (BOE del 18 de junio); los casos de laborización (funcionarios de Juntas de Puertos, fareros, prácticos, etc.) que produce la Ley 27/1992, de 26 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. El último proceso laborizador es, por ahora, el de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; su art. 154 transforma el Organismo Autónomo Comercial «Escuela de Organización Industrial» (EOI), dependiente del Ministerio de Industria y Energía, en Fundación bajo el protectorado del mismo Ministerio. Se le ofrece a los funcionarios la opción entre incorporarse como personal laboral a la nueva fundación o permanecer en la situación administrativa de servicio activo continuándose al Departamento al que figura adscrito su cuerpo o escala.

Aún más, se da también algún ejemplo de incorporación de trabajadores a un régimen estatutario, fundada igualmente en el ejercicio libre de una opción (integración del personal de hospitales clínicos en el INSALUD, L. 11/1983 y OM 19-6-1986; la opción será claramente una novación extintiva del contrato de trabajo, STS 1-3-1993, A. 1695).

III. Tipología de trabajadores

268. Criterios de clasificación.—La condición de trabajador asalariado no produce una realidad social estática y uniforme sino dinámica y variada. Es cierto que históricamente el legislador actuó sobre un tipo concreto de trabajador, el más numeroso, el industrial, concentrado en un lugar de trabajo y con un exacto comienzo y fin de la jornada. Incluso dentro de este tipo genérico de trabajador no hay unidad sino, al contrario, una variada tipología que aumenta en la medida de la complejidad de la fábrica o sector y en el que las normas fueron reconociendo la existencia y caracterización de diversos puestos de trabajo y categorías profesionales. Con la aparición de nuevas formas de trabajo, al servicio de las modernas tecnologías, aún se complica más cualquier intento de agrupar tipos de trabajadores.

Sin embargo, es conveniente hacer una clasificación de trabajadores que obedezca a dos fines. Por una parte, demostrar que la categoría jurídica contrato de trabajo sirve, cuanto menos, para proporcionar una cobertura mínima a múltiples formas de trabajo que tienen en común las notas definitorias del tipo contractual. Por otra, poner de manifiesto que muchos de los supuestos que encierra la clasificación que se acomete no son otra cosa que producto de una atormentada historia para reconocer la igualdad de trato con la regulación normativa del trabajador común y poner de relieve las zonas más débiles del mercado de trabajo (menores, mujeres, trabajadores a domicilio, minusválidos, extranjeros).

La clasificación que se propone gira en torno a dos grandes bloques. Uno, hace referencia a aquellos tipos de trabajadores que se encuentran con limitaciones jurídicas o sociales a la hora de prestar el trabajo. Este bloque clasificatorio pudiera ser parcialmente pospuesto al estudio de la capacidad del sujeto trabajador; sin embargo, así disminuirá la impronta de su importancia y la realidad social de su acercamiento a la regulación común o no discriminada. No es (o no es sólo) un problema jurídico en torno a la capacidad de obrar, el trabajo de los menores o de los extranjeros o de los minusválidos. No es, sin duda, un problema de capacidad de obrar el trabajo de las mujeres. El otro

gran bloque en la clasificación hace referencia a la diversidad de trabajadores que nacen de agrupaciones fundadas en criterios profesionales, en la forma y tipo de prestar el trabajo.

269. Trabajadores por razón de edad.—La edad del trabajador debe ser observada, en primer lugar como una cuestión de límites, absoluto y relativo. Como límite absoluto («se prohíbe la admisión al trabajo de los menores de dieciséis años» (art. 6.1 LET) y como límite relativo, «los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, tóxicos, o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana» (art. 6.2 LET; también se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años, art. 6.3 LET). La LPRL ha supuesto un replanteamiento, más coordinado, en la protección de los menores, con la responsabilidad del empresario de evaluar los riesgos específicos para la salud laboral del menor de los puestos de trabajo a desempeñar por éste y con la obligación, además, de informar a los jóvenes y a su padres o tutores de los posibles riesgos y de las medidas adoptadas para la protección de la seguridad y salud de aquéllos (art. 27 LPRL).

Las normas protectoras para el menor (hoy la primera de ellas, la prohibición de trabajar antes de los dieciséis años) están en el núcleo inicial del Derecho del Trabajo y le han acompañado a lo largo de su evolución insertas en normas en Derecho Internacional, Convenios de la OIT, todos ellos ratificados por España: números 5 (Gaceta 15-7-1922, ya no está en vigor); 77 (BOE 20-5-1972); 78, 79 y 90 (los tres en el BOE 22-5-1972); 124 (BOE 30-11-1972) 138 (BOE 8-5-1978); y 182 (BOE 17-5-2001); y en el propio Derecho Comunitario (Directiva 94/33/CEE, arts. 3.a y 4.1). Por debajo de la edad de dieciséis años sólo es posible el trabajo en espectáculos públicos, siempre sin menoscabo de la salud y formación humana y profesional del menor y, en todo caso, se necesita expresa autorización administrativa para cada actuación (arts. 6.4 LET y 2 RD 1435/1985). Por razón de la edad (trabajadores entre dieciséis y dieciocho años) no pueden realizarse horas extraordinarias ni trabajos nocturnos (art. 6.2 y 3 LET) y la pausa en la jornada continuada es de treinta minutos en lugar de los quince del resto de los trabajadores (art. 34.4 LET). Legalmente existe una lista de trabajos prohibidos a los menores de dieciocho años (Decreto 26-7-1957, vigente sólo para el trabajo de los menores no para el de las mujeres, art. 27.2 y disposición

derogatoria única LPRL²). Se trata de una extensa y minuciosa relación de actividades y trabajos que algunos tienen naturaleza de prohibición absoluta y otros se dejan al criterio de la Inspección de Trabajo para que dictamine acerca del riesgo o dureza del trabajo en cada caso. Incluso se establecen diferencias razonables a la hora de estimar la edad para ser elegible como representante de los trabajadores, los dieciocho años (art. 69.2 LET en concordancia con la mayoría de edad que se alcanza a esa edad, arts. 12 CE y 315 Código civil).

La edad también encierra la consideración de clasificar a los trabajadores como jóvenes o maduros, lo que guarda importancia para el Derecho del Trabajo desde la perspectiva decisiva de potenciar la incorporación al mercado de trabajo, la reincorporación o la salida del trabajo activo. De ahí que se tomen medidas legislativas para el acceso al empleo de los jóvenes (contratos en prácticas y para la formación), que se incentive la reincorporación al trabajo de los mayores de 45 años (art. 4 del RDL 5/2001) y R, Decreto 236/2000, de 18 de febrero, que regulan un régimen de bonificaciones y un programa de inserción laboral para mayores de 45 años desempleados de larga duración; prácticamente, todos los planes de reconversión, art. 23 Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización y arts. 5 a 9 RD 1990/1984, 17 de octubre; art. 6 Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria y RD 825/1993, de 28 de mayo) o se facilite la jubilación anticipada en cualesquiera empresa (art. 12.5 LET). Otra cosa distinta fue el intento de la ya derogada disposición adicional quinta del Estatuto de fijar un límite de edad máxima para trabajar («la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de la edad que fije el Gobierno en función de las posibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación»). La STC 22/1981 declaró inconstitucional la citada disposición adicional 5ª «interpretada como una norma que establece la incapacidad para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad».

La disposición adicional décima LET, dispuso que la jubilación forzosa puede ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo de

² España, al ratificar el Convenio 182 de la OIT (BOE 17-5-2001), acepta como derecho interno que la expresión niño designe a toda persona menor de 18 años (art. 2º) y que las peores formas de trabajo infantil prohibidas son: la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; para las actividades ilícitas de producción y tráfico de estupefacientes o para trabajos que, con probabilidad, dañen la salud, la seguridad o la moralidad de los niños (arts. 3 y 4).

tal modo que el Gobierno (cláusula de deslegalización) fijase una edad máxima para trabajar en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. Esta fórmula de política de empleo (jubilación forzosa) ha quedado derogada por la disposición derogatoria única del RDL 5/2001. Sólo resta lo que en la negociación colectiva se pueda pactar sobre edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social (cfr. 414).

270. Trabajadores a domicilio.—La regulación normativa, artículo 13 LET, reviste a este tipo de trabajo de algunas modalidades que son necesarias por lo característico del lugar donde se desarrolla, extramuros de la empresa y dentro de la propia vivienda o en el lugar que libremente elija el trabajador «y sin vigilancia del empresario». Es, claramente, un sistema de descentralización de la actividad productiva empresarial lleno de riesgos y de posibilidades de pérdida o ineffectividad de los derechos laborales. En un aparente contrasentido, el trabajador a domicilio está alejado del círculo rector del empresario, pero pocos son tan dependientes y con tantas incertidumbres en la protección de su actividad profesional. Es, de este modo, una modalidad contractual que intenta proteger una evidente debilidad en la incorporación al mercado y en la efectividad de las normas laborales. El contrato ha de constar por escrito y, además, deberá existir un documento de control de la actividad laboral en el que se consigne «la clase y calidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y realización de objetos elaborados» (art. 13.4 LET). El salario ha de ser «igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trata» (art. 13.3 LET; evidentemente, el mejor término de comparación será la propia empresa de la que dependa). Finalmente, puede exigirse e inspeccionarse por los servicios administrativos competentes las necesarias medidas de higiene y seguridad que se determinen (art. 13.2 LET).

El trabajo a domicilio, caracterizado por prestarse sin la directa vigilancia del empresario, se engloba en lo que hoy se denomina trabajo a distancia que es un fenómeno de descentralización de la organización empresarial y surge en dos formas muy diferentes: una, propia de actividades altamente cualificadas que manejan la moderna tecnología de ordenadores y videos interconectados y, otra, la que responde a formas más tradicionales de trabajo (textiles, zapatería, artes gráficas, etc.) que, sin duda, puede ser objeto de mayor explotación. Ambos tipos son contratos de trabajo fronterizos con el trabajo autónomo, inmersos en el ordenamiento laboral y en los que la nota de subordinación se modula, cambia la apariencia; pero el poder de dirección del empresario está presente, especificando el trabajo y controlando su resultado.

271. El trabajo de las mujeres.—El trabajo femenino ha constituido siempre una parte del mercado laboral o poco incorporado o, las incorporadas, discriminadas en las condiciones de trabajo (tipos de trabajo, ascensos) o en el salario (o en ambos a la vez)⁹. Justamente esta realidad discriminatoria ha sido combatida históricamente en una evolución que arranca de las primeras normas protectoras del trabajo de la mujer que tomaban siempre en consideración, para articular medidas correctoras, o su inferior fuerza física o su papel de madre. Sin embargo, al producirse hoy una incorporación masiva de la mujer al trabajo, indudable consecuencia de una igualdad más profunda, cultural, entre los sexos, la realidad ha impuesto un nuevo planteamiento en el tratamiento normativo que, en síntesis, tiende más que a la protección, a la igualdad de trato, sin descuidar las normas que hagan compatible el trabajo con la maternidad.

La influencia de la Constitución en esta lucha es decisiva y, sin duda, la de su intérprete supremo, el Tribunal Constitucional. El artículo 14 CE garantiza el principio de igualdad tanto frente al legislador o al poder reglamentario (igualdad en la Ley) como frente a quien aplique el Derecho para que no pueda establecerse diferencia alguna en razón del sexo de las personas o de otras circunstancias igualmente rechazadas como elementos diferenciadores (igualdad en la aplicación de la Ley).

Interesa ahora mantenerse en el plano de la igualdad en la Ley y observar cómo el Tribunal Constitucional ha reaccionado frente a una de las posibles causas de desigualdad incorporadas a normas jurídicas: el sexo. Y, de las posi-

⁹ En un relevante informe, el Consejo Económico y Social destaca cómo se asiste en España «a la aceleración y profundización del cambio en la realidad socio laboral de la mujer». Este cambio se manifiesta, señala el CES en conclusiones: en una considerable mejora de los niveles educativos de las mujeres; en una incorporación masiva al mercado de trabajo: «la mujer se ha incorporado al mundo laboral preferentemente en el sector servicios y, dentro de este, en la Administración Pública; la mujer sufre un mayor grado de temporalidad en la contratación y un uso más frecuente de la modalidad de empleo a tiempo parcial (esta realidad no tiene que ver con la compaginación de las tareas domésticas sino con su segregación profesional y ocupacional); las mujeres soportan las tasas de paro más altas; se estanca el número de mujeres en puestos de dirección de las empresas y en altos funcionarios de la Administración; se observa un bajo grado de participación de las mujeres en las organizaciones representativas (patronales y sindicales) que conforman el propio CES (véase, La situación de la mujer en la realidad laboral española, sesión del Pleno de 19 de octubre de 1994, Informe número 3, CES, Madrid, 1994. Este informe debe ser completado tanto con el panorama sociolaboral descrito en el boletín de enero 1998, elaborado por el gabinete de Estudios del propio CES, como por el Informe núm. 4, CES de 26 de julio de 2000. La protección social de la mujer). Deberá adquirir importancia futura, como fuente privilegiada de suministro de datos, el organismo público «Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre mujer y hombre» integrado en el MT y AA SS (RD 1686/2000, BOE 19 octubre).

bles, aquéllas que impidan, dificulten o hagan desigual el trabajo de las mujeres. En el largo camino, nacional e internacional, de regulación del trabajo femenino siempre es posible observar una triple vía: a) protección de la mujer trabajadora en cuanto tal o en cuanto madre (limitaciones en el manejo de materiales pesados, en el horario, trabajos prohibidos, etc.); b) consecución del principio de paridad entre trabajo de hombre y mujer (salarios, promoción en el empleo); y, finalmente, c) normas que se plantean erradicar la discriminación, aunque para ello se precise disposiciones «promocionales» del trabajo de la mujer.

Las etapas descritas han sido, en esencia, el camino del Tribunal Constitucional que va de declarar inconstitucional normas que contienen desigualdades fundadas en el sexo a admitir la constitucionalidad de normas que, en aras de la consecución de la igualdad real (art. 9.2 CE), establecen «discriminaciones benignas». La jurisprudencia constitucional comenzó por sentar que, por aplicación del principio de igualdad, no es posible la discriminación por razón de sexo y, de ahí, la necesidad de paridad entre los mismos (STC 81/1982) o incluso con la falsa imagen de la necesidad de eliminar discriminaciones contra el hombre para colocarlo en igualdad con la mujer (STC 103 y 104/83).

La línea jurisprudencial referida tiende a la paridad de sexos, pero hay un notorio cambio en especial en la STC 128/87 donde, paladinamente, se reconoce que la prohibición de discriminación por razón de sexo, «no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificado, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo».

Es, sin duda, un crucial cambio en la jurisprudencia constitucional la que, interpretando también el artículo 14 CE, admite acciones diferenciadoras (incluso legislativas) de los poderes públicos que, enfrentados a una situación de desigualdad histórica, adopten actividades positivas y diligentes que tiendan a su corrección (SSTC 216/1991 y 5/1992; en cualquier caso, la medida positiva no puede tener el efecto de anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o en la ocupación, Convenio 111 OIT y STC 317/1994). Como colofón, la STC 229/1992 concede el amparo a una trabajadora que pretende ocupar una plaza de ayudante minero en la empresa nacional Hulleras del Norte, S.A. (HUNOSA) y tal derecho le había sido denegado porque la posibilidad de ser minera se encuentra prohibida en el Decreto de 26 de julio de 1957 y en el Convenio 45 de la OIT (ratificado por España, BOE del 21 agosto 1959, art. 2, que establece «en los trabajos sobre-

tráneos de las minas no podrá estar empleada ninguna persona del sexo femenino, sea cual fuere la edad»). El Tribunal Constitucional concede el amparo porque «la prohibición es una respuesta histórica a la sobreexplotación de la mano de obra femenina», sin embargo, en la actualidad estas actitudes responden, sin duda, «a prejuicios, a opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones»; de ahí que, por aplicación del artículo 14 CE y comprobadas las aptitudes personales de la mujer peticionaria no hay razón que justifique la exclusión («el mandato de no discriminación por sexo del art. 14 CE, entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que —con salvedad del embarazo y la maternidad— aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos, pero que suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo»). Esta sentencia del Tribunal Constitucional tiene importancia por la doctrina general que sienta; sin embargo, las normas positivas que declara inconstitucionales quizás no estaban en vigor, señaladamente el Decreto de 26 de junio de 1957, ya por aplicación directa del artículo 14 CE ya por la implícita desaparición de prohibiciones al trabajo de la mujer en la LET⁴.

Las acciones positivas están, por otra parte, igualmente recogidas en la Directiva 76/207 y en la que la modifica, 2002/73/CE (DOCE 14-12-1976 y 5-10-2002, respectivamente) para conseguir la igualdad real, con razonabilidad y proporcionalidad en medida tal que no produzcan discriminación insoportable (STJCE 17-10-1995, asunto Kalanke vs. Glissmann)⁵ y hagan real la igualdad de trato (tanto en el acceso como en las condiciones de empleo y trabajo.

⁴ Las dudas sobre la vigencia del D. de 26 de junio de 1957 eran, desde luego, bastante endebles. Pudo, en algunos casos (STS 6 julio 1982, Ar. 5830; STCT 20-2-1987, A. 3705; y STSJ Madrid 11-7-1990, A. 810), argumentarse el apoyo de la norma reglamentaria en Tratados internacionales ratificados por España, en especial la Carta Social europea del 18 de octubre de 1961 (ratificación en BOE 26 junio 1980) que en su artículo 8.4.b, reproduce la prohibición del artículo 2 del convenio 45 OIT de prohibición del trabajo de la mujer en las minas. Este precepto de la Carta Social europea ha sido denunciado (art. 37 de la Carta) por España según anuncio que publicó el BOE del 5 de mayo 1991, con efectos desde el 5 de junio siguiente. En todo caso, la disposición derogatoria única de la Ley 31/1995 (LPRL) deroga expresamente el citado Decreto de 26-6-1957 en lo que se refiere a los trabajos prohibidos a las mujeres.

⁵ La importantísima Sentencia «Kalanke» ha sido completada por la STJCE de 11-11-1997, asunto H. Marshell vs. el Land Nordrhein-Westfalen (asunto, C-409/95), de tal suerte que no vulnera la Directiva 76/207 las acciones positivas en favor del trabajo femenino aún el sistema de «apertura» en favor de los varones con igual capacitación.

Los principios expuestos sobre interpretación de los preceptos constitucionales que impiden la discriminación por razón de sexo y la igualdad de trato a la mujer trabajadora, han de servir, juntamente con el Derecho comunitario (el art. 32 del Tratado de Amsterdam fija como objetivos la eliminación de las desigualdades entre hombre y mujer y el de promover la igualdad), para operar en la aplicación de los preceptos de legalidad ordinaria. Así, genéricamente, el artículo 17.1 LET declara nulos y sin efecto las disposiciones de las normas, convenios colectivos y contratos que contengan discriminaciones por circunstancias de sexo en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo. Expresiones concretas de este principio de igualdad pueden encontrarse en otros lugares de la LET. Con referencia a los salarios para un trabajo de valor igual deben quedar fijados sin discriminación por razón de sexo (art. 28 LET, redacción de la Ley 33/2002, y STC 145/1991); o el mandato relativo a que los criterios de ascensos en la empresa se acomodaran a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo (art. 24.2 LET).

El sexo no puede ser factor determinante ni en la definición de categoría y grupos profesionales (art. 22.4 LET) ni en la fijación de las condiciones de trabajo. La igualdad entre los sexos debe quedar garantizada (STC 16/1995) y las diferencias han de nacer de criterios neutros, alejados de toda consideración sexista (es discriminatorio denegar la prórroga de un contrato temporal con fundamento en el embarazo de la trabajadora, STC 173/1994), incluso el esfuerzo físico como criterio de diferenciación sólo es válido en cuanto aparezca como elemento esencial y determinante de la tarea definida y aún así ha de ser expresado de forma objetiva (SSTC 58/1994, 147/1995 y 250/2000).

Por su parte, las medidas protectoras que se tomen para preservar tanto de los riesgos y durezas del trabajo a la mujer embarazada como, en general, de las dificultades y discriminaciones que puedan afectar a la maternidad, tienen un presupuesto constitucional diferente, el art. 39.2 CE, «protección integral de las madres» (desarrollado por el art. 26 LPRL y especialmente por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral que modificó la LPRL, la LET y la LPL, creando además una contingencia nueva de Seguridad, la protección del riesgo durante el embarazo) y supone una protección razonable y fundada en una realidad objetiva.

La maternidad y la adopción son causa de suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1, d, LET, redacción de la Ley 39/1999); la mujer tiene derecho a una pausa diaria para la lactancia del hijo (art. 37.4 LET, redacción de la Ley 39/1999) y tendrá también derecho a permisos retribuidos para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo (art. 26.4 y disposición adicional undécima LPRL que añe-

dió el apartado f al art. 37 LET). La embarazada o lactante tiene prohibidos una serie de trabajos peligrosos o que causen situación de riesgo para el embarazo, suspendiendo, en tal caso, su contrato de trabajo con derecho a una prestación económica de la Seguridad Social (Ley 39/1999, art. 26.1 y 2, LPRL) e incluso se prohíbe fumar donde trabajen mujeres embarazadas (art. 7.1, b, RD 192/1988, de 4 de marzo, limitativo de venta y uso de tabaco).

272. Trabajadores extranjeros y comunitarios europeos.—

A) *Trabajadores extranjeros*. La noción de trabajador extranjero aparece integrada por un elemento negativo, como es la carencia de la nacionalidad del Estado en que pretende establecerse, es decir, es extranjero el no nacional y, a su vez, por otro positivo y que requiere un hacer, o sea, un desplazamiento de un Estado a otro con la finalidad de encontrar un puesto de trabajo⁶.

El artículo 7, c) LET, como precepto que regula la capacidad para contratar, dispone que los extranjeros podrán contratar la prestación de su trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia. No es un problema de capacidad el que deriva de la condición de extranjero para celebrar contratos en España, sino, particularmente, de la obtención o no de previa autorización administrativa, establecida en la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración Social, modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre (LOE)⁷ y desarrollada por el Reglamento de ejecución aprobado por el RD 864/2001, de 20 de julio (parcialmente anulado por la STS 20-3-2003, A. 2422).

El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo y el régimen de sus condiciones en la relación de trabajo aparecen condicionados por la implicación que sobre ambos aspectos plantea el principio de no discriminación. El artículo 35.1

⁶ En el Derecho del Trabajo, la expresión «trabajador extranjero» presenta un contenido completamente diferente a la de «trabajador comunitario». En concreto, no puede decirse, sin más, que los trabajadores comunitarios sean «extranjeros», pues el régimen jurídico que resulta aplicable a ambos dista mucho de presentar, siquiera, similitudes o características análogas.

La alusión del artículo 7, c, LET a la legislación específica no remite a la legislación reguladora del establecimiento y trabajo de extranjeros en España, pues en ella no se contienen las disposiciones sobre la capacidad de los extranjeros para contratar en España, sino al Código Civil y, particularmente, a su artículo 9.1. Conforme a dicho precepto, la capacidad para contratar el trabajo se regulará por la ley nacional del trabajador, sin perjuicio de que la ley del lugar de prestación de los servicios imponga determinadas restricciones que deberán ser acatadas por todo aquel que pretenda desarrollar una actividad en su territorio, como puede ser la mayoría de edad laboral. M. MOYA ESCUDERO, «La capacidad del trabajador extranjero en derecho internacional privado español», REDT, núm. 10, 1982, pp. 223-244.

CE reconoce el derecho al trabajo de los españoles, lo que sugiere, en consecuencia, la existencia de un trato preferente hacia los nacionales frente a los extranjeros a la hora de acceder y ocupar un puesto de trabajo. La STC 107/1984, de 23 de noviembre, señala que «no existe tratado ni ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo, pero sí lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación»; la posición jurídica del extranjero en España está determinada por el artículo 13 CE (modificado por la reforma constitucional de 27 agosto 1992, BOE del 28) y, en esa medida, pueden ser titulares de derechos fundamentales incluso los de residencia y libre desplazamiento (STC 94/1993).

La preferencia de los trabajadores españoles en el acceso al empleo se manifiesta a través de la configuración de un procedimiento administrativo de obtención del permiso de trabajo que todo extranjero debe solicitar antes de iniciar su actividad laboral, sea de carácter autónomo o asalariado (art. 36 LOE y arts. 64 y sigts. REJ). La concesión del permiso de trabajo se conecta con la estancia legal del extranjero en territorio español⁸. La autoridad administrativa (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) para la concesión judicial del permiso tendrá en cuenta la situación nacional de empleo y el contingente anual de mano de obra que autorice el Gobierno (arts. 36.3, 39 LOE y 70 REJ).

El permiso de trabajo tendrá una duración inferior a cinco años y podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad y puede renovarse a su expiración si persiste o se renueva el contrato de trabajo; transcurrido cinco años desde el primer permiso de trabajo y su renovación o modificación, el permiso adquirirá carácter permanente (art. 38 LOE). No vendrán obligados a solicitar la obtención del permiso de trabajo los extranjeros en situación de residencia permanente, estatuto que se alcanza tras una permanencia de cinco años en España con residencia legal (arts. 32 y 41.3 LOE y 42 REJ).

Son supuestos específicos en la concesión de permisos de trabajo (arts. 40 LOE y 71 REJ) aquellos cuya obtención y renovación no se supedita a la

⁸ Los extranjeros extracomunitarios deben cruzar la frontera provistos de visado, salvo que por convenio internacional se establezca lo contrario (art. 25.2 LOE). Las excepciones a dicha regla las constituyen: a) los extranjeros titulares de autorización para residir en España, b) que nes soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada, c) por razones excepcionales de índole humanitaria, interés público, o cumplimiento de compromisos adquiridos por España (arts. 25.2, 3 y 4 LOE). La generalización del visado facilita el control de los movimientos de entrada de extranjeros a nuestro país, especialmente, por su repercusión en cuanto a una posible circulación posterior por el territorio de otros Estados miembros de la UE. Los nacionales de terceros países deben contar en la UE con un permiso de residencia emitido por cada Estado miembro en un modelo uniforme (Reglamento CE 1030/2002, 13 de junio, DOCE del 10).

Situación Nacional de Empleo siempre y cuando la oferta de trabajo pretenda cubrir: puestos de confianza; se trate de cónyuge o hijo de extranjero residente en España; titulares de un permiso de trabajo que pretenda su renovación; los trabajadores necesarios para el montaje o renovación de instalación y equipos en empresas; refugiados, incluso durante el año siguiente a la cesión de la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 o apátridas hasta el año siguiente a la pérdida de tal condición; extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; extranjeros nacidos y residentes en España; hijos o nietos de español de origen; menores extranjeros en edad laboral con permiso de residencia y tutelados por Entidades de protección de menores; extranjeros que pudieron haber obtenido permiso de residencia y no lo renovaron en su momento, así como aquellos que acrediten una permanencia en territorio español de, al menos, cinco años (art. 40 LOE).

Se incorporan también varios supuestos relativos a la renovación (no concesión inicial) que correspondan a extranjeros que se encuentren en la situación de percibir prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación y también cuando sea beneficiario de prestación económica asistencial, destinada a obtener su inserción laboral o reinserción (arts. 38.3 LOE y 72 REJ, principalmente, por tanto, prestaciones por desempleo). También se trata de un permiso especial el hecho mismo del enrolamiento del extranjero no comunitario a buques españoles inscritos en el registro Especial de Buques y Empresas Navieras y que se dediquen al cabotaje insular (art. 20 hay 55/1999, 30 de diciembre, de Medidas).

El régimen jurídico delimitador de la exigencia de permiso de trabajo de los extranjeros para trabajar en nuestro país concluye con una larga relación de supuestos excepcionales en los que pese a venir a España para realizar actividades profesionales no existe obligación de proveerse de permisos de trabajo. Unas tienen que ver con el tipo de trabajo, profesores extranjeros, personal directivos, etc. y otras se relacionan con vicisitudes de la nacionalidad (arts. 41 LOE y 68 REJ).

La carencia de permiso de trabajo unida al hecho de encontrarse trabajando por cuenta ajena cuando el extranjero no cuente con permiso de residencia válido vuelve a tipificarse como infracción grave (art. 53, b LOE), pero ha pasado a convertirse en causa de expulsión de nuestro país tras la modificación introducida por la Ley 8/2000 de 22 de diciembre (art. 57.1 LOE). En estos supuestos la expulsión no podrá llevarse a cabo a través del procedimiento preferente que la citada Ley orgánica 8/2000 ha establecido (art. 63 LOE), sino por el procedimiento ordinario (art. 64 LOE), salvo que el traba-

jador extranjero se encuentre trabajando sin permiso de trabajo y sin autorización válida para residir en España, en cuyo caso, de acuerdo con el primero de los procedimientos mencionados, la ejecución de la expulsión será inmediata (arts. 63.4 LOE). En cambio, se dulcifican los criterios de calificación para los trabajadores extranjeros que se encuentren trabajando por cuenta propia, sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar, siempre que cuenten con permiso de residencia temporal (art. 52, c LOE), en cuyo caso la infracción se tipifica como leve y es sancionable con multa (arts. 55.1, a LOE y 124 a 126 REJ).

La LOE atribuye al contrato de trabajo celebrado sin permiso de trabajo un peculiar efecto: el pfo. 3 del art. 36 LOE señala que la carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. La no invalidación del contrato lo es a los efectos de garantizar el disfrute efectivo de todos los derechos que, derivados de la relación de trabajo, pudieran corresponder al trabajador extranjero (STSJ Cataluña 14-5-2002, A. 1974). El empresario debe cumplir las obligaciones contraídas con el trabajador, no limitándose únicamente a la remuneración, sino a todas las obligaciones propias de la relación de trabajo, por lo que a estos efectos, se trata de un contrato válido. La finalidad pretendida por el legislador no es otra que evitar los perjuicios que para los trabajadores extranjeros derivarían del incumplimiento de la obligación de solicitar e, incluso, abonar las tasas que por la expedición del permiso de trabajo incumbe a los empresarios que deseen contratarles (art. 46.2 LOE).

Una vez iniciada la relación de trabajo, las condiciones laborales que se aplican a los extranjeros son las mismas previstas para los trabajadores españoles. Ya el artículo 17 LET rechaza con carácter general las discriminaciones por, entre otras, razones de raza u origen. Específicamente, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en las relaciones de trabajo viene recogido en el artículo 23.2, LOE: constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen injustificadamente a los trabajadores por su condición de extranjeros.

En el marco de las relaciones colectivas de trabajo disponen del derecho de sindicación y del derecho de huelga, derechos que ejercerán en las mismas condiciones que los españoles, si bien la Ley Orgánica 8/2000 ha introducido un importante recorte en la titularidad de estos derechos fundamentales, atribuyéndolos exclusivamente a aquellos extranjeros que tengan autorización de estancia o residencia en España (art. 11 LOE).

B) Trabajadores comunitarios europeos. Desde 1986, los nacionales de los restantes Estados de la Unión Europea no son, desde el punto de vista jurídico, extranjeros en España, ni los ciudadanos españoles lo son cuando se encuentran en territorio de un Estado miembro. El estatuto jurídico de los comunitarios difiere notablemente del régimen de extranjería y, así, los trabajadores nacionales de cualquier Estado miembro de la Unión Europea ejercen sus derechos de entrada, estancia y trabajo en España en condiciones diferentes a las previstas para el resto de los extranjeros procedentes de terceros Estados.

En la actualidad, una vez superado el período transitorio de adhesión a la Comunidad Europea y siendo de aplicación plena el derecho de libre circulación de trabajadores, el régimen jurídico que regula el trabajo de los comunitarios en territorio español es el del RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros y de otros Estados del Espacio Económico Europeo.

En general, el derecho a entrar, residir y circular por el territorio español se aplica también al cónyuge del trabajador nacional de un Estado miembro, empleado en el territorio de otro Estado miembro, distinto del que es nacional, a instalarse con él, aunque ambos estén separados de hecho. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (denominación que se corresponde con el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, ratificado por España en BOE 13-1-1994), así como los familiares, tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, así como acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como ajena, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de los límites establecidos en el propio RD 178/2003 (arts. 3, 4, 5 y 16).

Para el ejercicio de tales derechos hay que distinguir tres situaciones.

a) Permanencia en España de duración inferior a tres meses, se requiere la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor. Los familiares que no sean nacionales de los Estados miembros o del Espacio Económico Europeo, necesitaría, además, el correspondiente visado (arts. 4, 5 RD 178/2003).

b) Permanencia en España sin tarjeta de residencia. Los nacionales comunitarios o del Espacio Económico Europeo no necesitarían tarjeta alguna de residencia expedida por las autoridades españolas si realizan en España actividades por cuenta propia o ajena o sean transfronterizos. Si desean la tarjeta de residencia se les expedirá o se les entregará un certificado de residencia (art. 6 RD 178/2003). Estos mismos ciudadanos tienen derecho a residir

permanentemente en España aun cuando haya cesado su actividad por cuenta propia o ajena (art. 7 RD 178/2003).

c) *Permanencia en España con tarjeta de residencia.* La residencia temporal en España por tiempo superior a tres meses sin realizar actividad por cuenta propia o ajena, necesitará de una tarjeta expedida por las autoridades españolas (Subdelegados del Gobierno o Delegados en Comunidades Autónomas uniprovinciales, arts. 10 y siguientes RD 178/2003).

Ahora bien hay supuestos en los que se puede impedir la entrada en España, denegar la expedición o renovación de la tarjeta y ordenar la expulsión del territorio nacional (art. 16 RD 178/2003) y tales medidas sólo son aplicables (con limitaciones) por razones de orden, seguridad y salud públicos.

Indudablemente, la característica más importante que presentan los trabajadores comunitarios consiste en la innecesariedad de obtención de permiso de trabajo para poder trabajar en territorio español. La aplicación definitiva de la libre circulación en el territorio comunitario impide efectuar cualquier tipo de restricción o limitación en el acceso al empleo, de tal modo que ha de producirse dentro de cada Estado miembro en las mismas condiciones que han sido previstas para los propios nacionales.

Desde el 1 de enero de 1992 (desde el 1 de enero de 1993, por lo que a Luxemburgo se refiere), según se estableció en el Reglamento 2194/1991/CEE, de 25 de junio, por el que se adelantó el final del período transitorio de adhesión a la Comunidad Europea inicialmente previsto, han desaparecido las restricciones que aún en dicho período se imponían para ocupar un puesto de trabajo o realizar una actividad autónoma o empresarial, consistentes en la exigencia de autorización para trabajar.

Siendo ello así, los nacionales de Estados miembros de la Unión que se desplacen a España para realizar actividades lucrativas de carácter autónomo o asalariado no precisan de autorización alguna para trabajar, de modo que accederán a los puestos de trabajo en los mismos términos y condiciones que los nacionales. Como instrumento de una política de empleo fundada en la libre circulación, el INEM tramitará las ofertas de empleo enviadas por otros países de la Unión Europea a través de sus servicios públicos de empleo (integración en la red denominada EURES, disposición adicional única del RD 735/1995, de 5 de mayo).

Por lo que a los trabajadores asalariados se refiere, obviamente, continúa siendo objeto de un trato igualitario con relación a los españoles en cuanto a las condiciones de trabajo y en lo que afecta a la protección de la Seguridad Social.

273. **Trabajadores por razón de su profesión.**—La división de los trabajadores fundada en criterios profesionales no hará otra cosa que poner de relieve el intrínseco fenómeno de diferenciación funcional que está en la raíz misma de la necesaria división del trabajo en una economía avanzada. Sin embargo, las decisiones, hechas en razón de conceptos de amplia generalización, no siempre sirven para poner de relieve la auténtica incidencia que tal diversidad tiene en el ordenamiento jurídico laboral. Así, diferenciar entre trabajadores obreros y empleados o manuales e intelectuales, carece hoy del menor sentido jurídico. Por el contrario, observar el sistema de determinación del trabajo a partir de conceptos como grupo profesional o categoría profesional (arts. 22 y 39 LET) significa el mecanismo jurídico para adaptar la oferta (número y características de los puestos de trabajo) a la demanda (aptitud y formación profesional del trabajador) del mercado de trabajo. La rigidez (de enormes consecuencias jurídicas por el encorsetamiento en un sólo tipo de trabajo o función de perfiles muy delimitados) es la tradición que heredó el Estatuto (Reglamentaciones u Ordenanzas de trabajo que relacionan los puestos de trabajo con minuciosa descripción de su denominación y contenido) y la necesidad de contar con un concepto jurídico que agrupe múltiples tareas es la razón del recurso legal al concepto de grupo profesional que son, en la realidad variados: técnicos, administrativos, directivos, mandos intermedios, etc..

IV. El grupo de trabajadores y las relaciones de trabajo mediatas

274. **El trabajo en común.**—Los sistemas de división del trabajo dan lugar, sin duda, a formas de ejecución que se caracterizan por ser prestadas por un equipo de trabajadores. «Si el empresario diera un trabajo en común a un grupo de sus trabajadores conservará, respecto de cada uno individualmente, sus derechos y deberes» (art. 10.1 LET). El equipo de trabajo (el grupo de trabajadores) nace de una decisión empresarial, consecuencia del sistema productivo de la empresa y es, o puede ser, esencial al tipo de trabajo que se presta (reparación en astilleros, carga y descarga de buques, etc.). El empresario, con su poder de dirección, organiza el trabajo y crea el grupo, pero la naturaleza del vínculo contractual no varía, continúa vigente y desplegando sus efectos cada contrato individual de trabajo de los miembros del equipo de trabajo. Es incluso posible la configuración del salario (normalmente, complemento por cantidad o calidad del trabajo) en razón a una productividad que se mida por el resultado conjunto del grupo. Al quedar derogada, incluso en

su valor reglamentario, la LCT (disposición derogatoria Ley 11/1994), la parca regulación del artículo 10.1 LET debe ser completada por convenio colectivo o, en su defecto, por pacto individual.

275. El contrato de grupo.—Es el supuesto previsto por el artículo 10.2 LET: «Si el empresario hubiera celebrado un contrato con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad, no tendrá frente a cada uno de sus miembros los derechos y deberes que como tal le competen. El jefe del grupo ostentará la representación de los que lo integren, respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación». La novedad de esta modalidad contractual es la no individualización de los derechos y deberes de los miembros del grupo. La prestación del trabajo es necesariamente colectiva porque la ejecución es unitaria (una orquesta o conjunto musical por ejemplo) y la fuente de las obligaciones nace de un solo contrato suscrito entre el empresario y el grupo considerado en su totalidad. El poder de dirección se despliega frente al grupo; el jefe lo representa, cobra el salario del empresario (el salario debido al grupo, claro está) y lo reparte entre los componentes, pero el responsable del pago es, evidentemente, el empresario. La separación de un miembro del grupo no es despido (STS 25-10-1988, A. 8148) y el propio grupo podrá sustituirlo por otro trabajador. En cualquier caso, se trata de una prestación personal de todos y cada uno de los miembros del grupo.

276. El auxiliar asociado.—El artículo 10.3 LET establece que «si el trabajador, conforme a lo pactado por escrito, asociara a su trabajo un auxiliar o ayudante, el empresario de aquél lo será también de éste». Hay una relación triple entre el empresario, el trabajador y el auxiliar asociado a éste. Parece que la naturaleza de esta relación se asemeja a la del contrato de grupo examinada, donde los sujetos serán, por una parte, el empresario, y, por otra, el trabajador y su asociado como grupo necesario para la ejecución de la prestación. El contrato debe tener necesariamente forma escrita (art. 10.3 LET).

CAPÍTULO XVI

SUJETOS DEL CONTRATO (2). EL EMPRESARIO

SUMARIO: I. Noción jurídica de empresario o empleador.—II. Empresa y centro de trabajo.—III. El poder de dirección del empresario.—IV. Determinación de la condición de empresario. Bibliografía (capítulos XV y XVI).

I. Noción jurídica de empresario o empleador.

277. El concepto de empresario.—Al sujeto del contrato que ofrece y recibe el trabajo se le denomina empresario o empleador. Estos dos términos se utilizan con valor de sinónimos en el artículo 1.1 ET: en el término empleador como el que emplea trabajadores destaca una faceta, importantísima sin duda, pero no única, de la actividad del empresario que es un término mucho más amplio referido a la capacidad para organizar un sistema productivo determinado. Resulta, por lo demás obvio que pueden existir empresarios sin trabajadores (ejercen solos la actividad o la fundamentan en relaciones societarias, familiares, etc.). Empleador (término que traduce la expresión francesa de «employeur» o la inglesa de «employer») no tiene una recepción legal

en España más que en el artículo 1.1 LET, aislado y sin otro significado que el de empresario. Por más que el término empleador destaque con precisión la faceta del empresario como sujeto del contrato, habrá de usarse este último término porque, sin más, es el del derecho positivo.

Empresario es la persona física o jurídica (pública o privada) o agrupación sin personalidad que recibe el trabajo que presta el trabajador asalariado. No hay un concepto autónomo de empresario o empleador, sino resultante, traslativo o reflejo, de una determinada posición jurídica, la de recibir el trabajo asalariado fundado en el título del contrato de trabajo. Así, expresamente, lo reconoce el Estatuto de los Trabajadores cuando dispone que «a los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior» (esto es, de los trabajadores asalariados, art. 1.2 LET). De esta definición legal la primera y más sobresaliente conclusión que se extrae es la de que la calidad de empresario no constituye ningún requisito diferencial en el contrato de trabajo, ni a la hora de concluirlo ni durante la ejecución del mismo. Para constituir la relación laboral, además de los requisitos comunes de la capacidad civil, no se precisa otra cosa que ofrecer y recibir trabajo asalariado. La actividad del empresario (a salvo, claro está, su licitud) no importa y la existencia o no de ánimo de lucro, tampoco. Durante la vigencia del contrato, la sucesión del empresario no resuelve el contrato, antes al contrario, éste continúa su vigencia con el sucesor. Además, y en cualquier caso, el empresario puede concluir el contrato y ejecutarlo por representación.

278. La personificación del empresario.—El empresario puede ser persona natural o jurídica o sujeto de derechos desprovisto de personalidad. Ya sea física o jurídica, la figura del empresario no tiene, en el contrato de trabajo, carácter personalísimo; la conclusión y la actividad del contrato se puede ejercer por representación y la posición de empresario es intercambiable por los mecanismos sucesorios legales. El artículo 1.2 LET, al introducir como posible empresario la figura de la comunidad de bienes, no hizo realmente otra cosa que dar solución legal a una tendencia jurisprudencial que incluyó en la categoría de empresario a supuestos tales como la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, agrupaciones temporales de empresa, asociaciones sin personalidad o la situación más genérica de comunidad de bienes y derechos (art. 392 Código civil), que agrupa a quienes tienen en proindiviso una cosa o un derecho (el título por qué se tiene puede ser variado, propiedad, usufructo, arrendamiento, uso, servidumbre, etc.); la proindivisión de varios titulares es el requisito esencial, STS 10-2-1990, A.

(1689). En cualquier caso, en estas figuras de sujetos de derecho desprovistos de personalidad responden todos sus integrantes de forma solidaria (STS 8-6-1988, Ar. 5256 y STSJ Madrid 3-2-1997, A. 379).

279. Tipología de empresario.—Salvo consideraciones sobre la dimensión de la plantilla de trabajadores de una empresa, poca o nula trascendencia tiene para el ordenamiento jurídico laboral proceder a clasificar la actividad empresarial en categorías que luego carecerán de aplicación en la normativa vigente. Poco importa la personificación del empresario y poco importa a lo que se dedique. Sólo trasciende al Derecho del Trabajo la característica de ser empleador, sujeto del contrato de trabajo.

Carece de importancia jurídico laboral si el empresario es persona física o jurídica; sólo tendrá repercusión en los supuestos de extinción de los contratos derivados de muerte o incapacidad del empresario persona física y de la desaparición de la persona jurídica o en los supuestos de desmembración de los sujetos de derechos no dotados de personalidad. En la persona jurídica, obvio resulta señalarlo, sus actos deben ser realizados por las personas que integren sus órganos de representación, pero la responsabilidad, en este caso como empleador, es de la propia persona jurídica (STS 25-9-1989, A. 6488). Si hay, en cambio, una incidencia de importancia cada vez más notoria en la diferencia entre empresarios privados o públicos o, más exactamente, entre los privados y el sector público.

280. El empresario público.—El modelo económico constitucional se caracteriza sin duda por la relevancia esencial de la libertad de empresa (art. 38 CE), pero también por la presencia del Estado a través de la potestad de planificación de la actividad económica y del reconocimiento a su propia iniciativa empresarial (arts. 38, 128.2 y 131 CE), convirtiéndose así en un agente económico y social de primera magnitud, subordinado inexcusablemente a la búsqueda de los objetivos del artículo 9.2 CE.

Para delimitar el sector público español, la primera cuestión a esclarecer es si se está o no ante un concepto unitario. Hay al menos dos expresiones corrientes, sector público a secas y sector público económico. Desde la Ley General Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre) se engloba en el sector público: a) Administraciones públicas, incluida la Seguridad Social; b) empresas públicas y c) instituciones financieras públicas (art. 139). La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (Ley 2/1982) en su artículo 4, considera sector público: a) la Administración del Estado; b) las Comunidades Autónomas; c) las Corporaciones Locales; d) las Entidades

gestoras de la Seguridad Social; e) los Organismos Autónomos y f) las Sociedades estatales y demás empresas públicas.

La LOFAGE bajo la rúbrica genérica de Organismos públicos engloba a los Organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales (arts. 41 y 43). Es posible, por tanto, dividir el sector público en dos grandes grupos: uno, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las de las Entidades que integran la Administración local, los Organismos autónomos y la Seguridad Social, (este bloque es lo que entiende por «Administraciones Públicas» el art. 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común) y otro, el denominado sector público empresarial que incluye las sociedades estatales (art. 6 Ley General Presupuestaria), como aquellas sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos, y las entidades públicas empresariales (arts. 43, 53 y sigts LOFAGE) que dependen de un Ministerio o de un Organismo autónomo a los que se les encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

La anterior división se da sustancialmente en otros ámbitos territoriales, apareciendo las Comunidades Autónomas con Organismos autónomos y entidades públicas empresariales. Las Corporaciones Locales, por su parte, pueden tener Organismos autónomos o entidades mercantiles. El sector público está, sin duda, compuesto de mosaicos heterogéneos de difícil sometimiento a sistema y producto de una evolución histórica complicada.

En cualquier caso, las relaciones de trabajo que se dan en tamaño sistema organizativo son de dos clases: funcionarios públicos y trabajadores por cuenta ajena. Este es, pues, el punto de partida: hay esencialmente dos tipos de relaciones jurídicas para prestar trabajo a los empleadores públicos, la funcionarial (cfr 267) y la regulada por el contrato de trabajo, y ambas, más, evidentemente, la primera que la segunda, están teñidas con lo que en realidad las Administraciones significan: una estructura pública constitucionalmente construida para servir los intereses generales y responsabilizarse de los servicios públicos.

Son dos regímenes jurídicos diferentes, con apoyo constitucional distinto, cuya convivencia no es pacífica, pero que están hoy en permanente ósmosis de tal suerte que el derecho regulador de la función pública se interrelaciona con técnicas de Derecho del Trabajo para la conformación del vínculo estatu-

tario (regulación salarial, clasificación profesional, regulación de la representación sindical, de la negociación colectiva o de la situación del derecho de huelga). Incluso puede afirmarse que el Derecho del Trabajo, aplicable a los trabajadores del sector público, se singulariza con particularidades especiales al actuar en este ámbito (STS 3-6-1994, A. 5402).

Así, con referencia a los trabajadores de las Administraciones Públicas, por razón del empleador y su peculiar organización, se altera el régimen normal de libertad de contratación, pues la Administración no sólo ha de formar su voluntad de contratar conforme a las normas de Derecho Administrativo que regulan su procedimiento de actuación, sino que concreta su ofrecimiento en la oferta anual de empleo público (R Decreto 198/2002, de 15 de febrero, que aprueba la oferta de empleo público para el año 2002); por el mismo fundamento, ha de seleccionar al personal por procedimientos, que, más allá del respeto al genérico principio de no discriminación para el empleo (art. 4.2 c) y 17 LET), garantizan los principios de publicidad, mérito y capacidad (cfr. los arts. 23.2 y 103. 3 CE y 19.1 de la Ley 30/1984); por razones de política económica hay, en las Leyes de Presupuestos, limitaciones anuales en materia de incrementos salariales para todos los trabajadores del sector público (la última, por ahora, Ley 52/2002, de 30 de diciembre, BOE del 31, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003, art. 19). Con referencia a los trabajadores en el resto del sector público no conceptualizado como Administración, las singularidades son menores pero no inexistentes y van desde las influencias de las leyes anuales de presupuestos al sistema de incompatibilidades. Puede evidentemente sostenerse que el propio Derecho del Trabajo cuando se aplica al sector público adquiere rasgos singulares, pero desde luego no irreconocibles respecto al genérico de los trabajadores por cuenta ajena, de tal suerte que ha de afirmarse el genérico sometimiento a la legislación laboral de las Administraciones Públicas cuando actúan como sujetos de un contrato de trabajo (STS 27-7-1992, A. 5663). No puede olvidarse, en ningún caso, que existe una regulación diferente para funcionarios y trabajadores y aunque convivan realizando incluso las mismas funciones pueden tener un trato legal diferente (STS 23-7-1993, A. 5976: no hay discriminación porque los funcionarios perciban un complemento que no se abona a trabajadores que hacen las mismas tareas).

El empleo en el sector público de funcionarios públicos o de trabajadores debe explicarse con algo más que con una remisión a «técnicas de organización». Se trata, quizás, de la continua adaptación de los poderes públicos a la evolución del sistema de economía libre de mercado, ateniéndose tanto a la función prestadora de servicios públicos o función administrativa como a la

de intervención en la actividad económica. La primera de ellas por medio de las Administraciones públicas y, la segunda, a través de las estructuras económicas de planificación, actividad industrial, comercial y las empresas públicas. El intervencionismo del Estado, adjetivado de social, abre el abanico de posibilidades de actuación, rompiendo los moldes de un concepto unívoco de interés público y manifestando su presencia en defensa del interés general, tanto con estructuras administrativas de Derecho público (Justicia, Enseñanza, Sanidad, etc.) como con estructuras de formas empresariales de Derecho privado (Transporte, Energía, Química, etc.). La cobertura de estos servicios para satisfacer el amplio espectro de lo que ya se entiende por interés público, se hace con funcionarios públicos, con trabajadores o con un sistema interrelacionado de unos y otros en razón de la opción constitucional; funcionarios en las Administraciones, trabajadores en el resto del sector público y el sistema mixto sólo en las Administraciones.

La utilización de una u otra forma de vincularse al sector público está, en buena medida, reglada. En el interior de las Administraciones hay «una opción genérica de la Constitución (arts. 103. 3 y 149.1. 18ª CE) en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos y de la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador» (STC 99/1987): sólo se prestará trabajo por personal sometido al orden jurídico laboral cuando una ley disponga que ese es el modo de provisión de un determinado puesto de trabajo en las Administraciones públicas. Ciertamente lo que determina la naturaleza del vínculo entre quien presta trabajo y la Administración no es, desde luego, la naturaleza del servicio prestado sino la existencia de una normativa con rango de ley que autoriza el empleo del régimen administrativo o la suscripción de un contrato de trabajo (STS 28-2-1992, A. 1805)¹.

En las personificaciones instrumentales hay que distinguir someramente: a) si se trata de Organismos Autónomos, el principio general será el reseñado para las Administraciones (arts. 1 y 29 y disposición adicional 9ª, Ley 30/1984 y art. 47.1 LOFAGE) de opción genérica en favor de funcionarios públicos, con expresa indicación legal de qué puestos pueden ocuparse por

¹ En las Universidades públicas, el artículo 47 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, dispone que el personal docente e investigador estará compuesto por funcionarios de los cuerpos docentes (catedráticos y titulares) y por personal docente e investigador contratado. Este último lo será exclusivamente en régimen laboral (art. 48.1 Ley 6/2001) y bajo alguna de las siguientes modalidades (no podrán existir otras) de contratación: unas, de carácter temporal: ayudantes, ayudantes doctores, asociados, eméritos y visitantes; otras, de naturaleza indefinida: profesores colaboradores y profesores contratados doctores.

trabajadores por cuenta ajena. Igual hay que sostener respecto de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (arts. 1 y 2 y disposición adicional 1 b, Ley 30/1984); b) si se trata del complicado y singular mundo de las entidades públicas empresariales (arts. 53 y sigs. LOFAGE) que por Ley ajustan su actividad al ordenamiento jurídico privado, se rigen por el Derecho del Trabajo, excepción hecha de aquellos funcionarios públicos que ejerzan en dichas entidades competencias fijadas en la Ley de creación de cada entidad jurídica empresarial (art. 55 LOFAGE), y c) si se trata de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás entidades estatales de Derecho público, el principio no puede ser otro que la prestación de servicios sometida al Derecho del Trabajo.

El sistema fundado en la dicotomía de las formas de ofrecer el trabajo (asalariado y funcional) está en crisis y el primero de los fundamentos de esa crisis del empleo público no es otro que la ambigüedad en los rasgos delimitadores del sector público. Hay dos líneas de tendencia que están en la base de toda reflexión sobre el empleo público que no son, ciertamente, sino el resultado de la recíproca influencia entre el régimen estatutario de los funcionarios y la regulación del trabajo por cuenta ajena. Se debate entre flexibilizar el sistema de garantías e introducir amplios aspectos de contractualización en la regulación de la función pública. La interacción entre el ordenamiento jurídico laboral y el funcional se acrecienta con la aparición de normas que introducen una común regulación para ambos tipos de empleo público, la Ley 53/1984, de incompatibilidades en el sector público, la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, o las leyes anuales de Presupuesto que dictan normas comunes para el crecimiento salarial de ambos tipos de trabajadores en el sector público.

II. Empresa y centro de trabajo

281. Concepto laboral de empresa.—El concepto de empresa relevante para el ordenamiento jurídico laboral es más limitado que el que maneja, por ejemplo, el Derecho Mercantil. La empresa es, a los efectos que ahora interesan, la actividad económica organizada que despliega el sujeto empresario o empleador; es la ordenación de factores reales y personales para lograr una actividad productiva (sea o no lucrativa) y asumiendo los riesgos de la propia actividad (STS 18-3-1994, A. 2548). Esa organización en cuyo interior se presta trabajo asalariado tiene trascendencia, en la perspectiva jurídica laboral, desde, esencialmente, un doble punto de vista: el tamaño o dimensión y

el sector de la actividad en que se desarrolla. El tamaño, que influye obviamente en la complejidad de las relaciones laborales, es un dato de enorme importancia para el ordenamiento laboral que impone mayores cargas y controles a las empresas con un mayor número de trabajadores; es éste, pues, el único aspecto en que la dimensión de la empresa interesa al Derecho del Trabajo. Cualquier otra magnitud (capital social, valor del patrimonio neto o volumen de negocios) es intrascendente a los efectos que ahora importan, a salvo la definición de «empresa de dimensión comunitaria» (la que emplee mil trabajadores o más en el conjunto de los Estados miembros o la que emplee ciento cincuenta trabajadores o más en cada uno de ellos) a los efectos de regular los derechos de información y consulta de los trabajadores (art. 3 Ley 10/1997, de 24 de abril).

La dimensión de la empresa, pequeña, mediana y grande, tradicionalmente no ha desplegado gran importancia en el Derecho del Trabajo, incluso, al contrario, la regla general ha sido la de aplicar las mismas normas a unas que a otras (los criterios para incluir a una empresa en los referidos grupos no son únicos ni uniformes; aplicando sólo el número de trabajadores, empresa pequeña será la de menos de cincuenta, mediana la de entre cincuenta y quinientos y grande la de mayor número)².

Es, posible, no obstante, encontrar algunos ejemplos en los que el número de trabajadores tiene una relativa importancia y afecta a partes esenciales de las relaciones jurídico laborales. Así, en las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba de los no titulados llega, en defecto de convenio colectivo, hasta tres meses (art. 14.1 LET); el número máximo de trabajadores en formación que puede contratar una empresa está en relación con el total de su plantilla (art. 11.2, b, LET y RD 488/1998); no hay procedimiento de consulta en modificaciones sustanciales de funciones y horario en las empresas de menos de 10 trabajadores (art. 41.2 LET; menos de cinco, tampoco hay consultas para el traslado, art. 40.2 LET); se permite el despido colectivo por trámite diferente en la empresas de menos de 10 trabajadores (arts. 51.1 y 52, c, LET). Por otra parte, tener más o menos de cincuenta trabajadores significa tener delegados de personal o comités de empresa (arts. 62 y 63.1 LET; hay además una diferente duración del proceso electoral ya sea la empresa de más o menos de treinta trabajadores, art. 74.2 LET). Sólo en una plantilla de más de doscientos cincuenta trabajadores se abre legalmente

² Para orientar las políticas de apoyo, fomento y estímulo de la competitividad de las PYMES se ha creado el Observatorio de la Pequeña y Mediana Empresa (OPYME-00) 1204/2002, de 20 de noviembre, BOE del 29).

la posibilidad de que determinadas secciones sindicales constituidas tengan delegados sindicales (art. 8.2, c, LOLS). En materia de seguridad y salud laboral, en especial en la organización de los servicios de prevención, la dimensión de la plantilla es igualmente determinante de concretas obligaciones (cfr 331)

El sector de actividad que desarrolla la empresa siempre ha tenido una destacada importancia para fijar el centro de imputación de determinadas normas (las derogadas Reglamentaciones u Ordenanzas de trabajo, se dictaron para cada concreto sector de la actividad productiva; la actividad que se desarrolla en un concreto centro de trabajo puede tener una determinada importancia en materia de prevención de riesgos laborales, art. 14 RD 39/1997, de 17 de enero). Por su parte, la división por sectores de tal actividad siempre ha sido un elemento consustancial a la negociación colectiva cuyo producto normativo, los convenios colectivos, se negocian en unidades que toman como aglutinante o la empresa o todo o parte del sector de la actividad en que determinadas empresas pueden encuadrarse (lo determinante para fijar la normativa sectorial aplicable no es la función del trabajador, sino la actividad general o predominante de la empresa, STSJ Canarias 39-9-1993, A. 3795).

A la hora de configurar los conceptos jurídicos que importan al Derecho del Trabajo, no ha de olvidarse que la actividad organizada de prestaciones laborales es la vertiente que impone al empresario una intervención normativa de enorme importancia que le impide la modificación de la estructura o el cierre empresarial sin contar con una previa autorización administrativa y, en suma, le significa una actividad de control ejercida no sólo por las autoridades públicas (Inspectores de Trabajo, por ejemplo) sino por la constante y decisiva presencia de los representantes legales o sindicales de los trabajadores.

Finalmente, cualquier concepto útil de empresa que se maneje no puede por menos que fundarse en los presupuestos constitucionales de la ordenación de la actividad económica que arranca de la consideración de la libre empresa (art. 38 CE) como un derecho público subjetivo cuya protección frente a intentos de los poderes públicos de suprimirla, modificarla o reducirla, es evidente. En cualquier caso, las limitaciones, la regulación, en suma, de la libre empresa es cuestión que está sometida al principio de legalidad, con derecho, además, a que se remuevan los obstáculos a la libre circulación de bienes en el territorio nacional (art. 139.2 CE). La empresa dentro del orden económico constitucional ha de contemplarse inequívocamente en el contexto de un Estado democrático (existencia de un marco político de controles) y social (posibilidades reales de defensa de los trabajadores; derecho al trabajo y promoción de la mejora de sus condiciones de vida; función social de la propiedad; planificación e iniciativa

pública en la economía y todo ello impregnado por el valor superior de la igualdad, arts. 1, 9.1, 14, 33, 35, 128.2, 131 y 129 CE). En cualquier caso, el derecho constitucional a la libre empresa supone, como corolario, la existencia y protección de un espacio abierto a la autonomía individual (STC 208/93).

282. Concepto legal de centro de trabajo.—Dentro del más genérico concepto de empresa, el de centro de trabajo es el verdaderamente relevante para el Derecho de Trabajo. Interesa centro de trabajo en cuanto es el lugar en que se presta el trabajo, en el que se ejecuta el contrato y, por tanto, en el que se compromete toda la persona del trabajador al desplegar su actividad. El artículo 1.5 LET lo define «como la unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral». Esta unidad productiva puede coincidir o no con toda la empresa, dependiendo de la organización de ésta en uno o en varios centros; uno o varios conforman lo que se denomina la unidad empresarial. Con unidad productiva quiere poner de manifiesto el precepto la capacidad para organizarse por sí mismo, para ser suficiente dentro de una mayor organización; o, dicho de otra forma, ser capaz de diferenciarse dentro de la particular organización empresarial, de ser unidad técnica de producción ensamblada en el conjunto empresarial.

La organización específica, segunda nota definitoria de centro de trabajo, supone autonomía organizativa que lo individualice dentro del conjunto empresarial, sin que ésto prive a la empresa del poder general de planificar y regir la actividad en su conjunto. Una singular unidad productiva con organización específica es el buque («en la actividad de trabajo en el mar se considerará como centro de trabajo el buque, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto base», art. 1.5 LET).

La última nota requerida para singularizar un centro de trabajo es «que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral». Esta exigencia, claramente intervencionista, quedó limitada en su importancia por el artículo 6 del RD Ley 1/1986, de 14 marzo, que suprime el requisito de la previa autorización para proceder a la apertura de un centro de trabajo y, en adelante, será suficiente la comunicación de la apertura del centro a la autoridad laboral competente. Una figura limítrofe con la de centro de trabajo es la de unidad productiva autónoma (art. 44 LET), concepto de carácter funcional que sirve el objetivo de propiciar la sucesión de empresa cuando lo que se transmite tiene entidad productora por sí misma y, claro está, en tal razón tiene adscritos unos trabajadores.

Los conceptos de empresa y centro de trabajo cumplen en el ordenamiento jurídico laboral dos funciones igualmente decisivas; por una parte, hacen referencia al lugar de trabajo, al espacio físico donde el trabajador normal-

mente despliega su actividad y, de ahí, su correlativo derecho a la certeza del lugar de trabajo; por otra, es la unidad que sirve para fijar la plantilla de trabajadores que luego será determinante para fijar una u otras obligaciones laborales. De forma más concreta es posible observar en la normativa laboral referencias directa al centro de trabajo como lugar de imputación de normas: claramente, para delimitar el modelo de representación unitaria: delegados de personal en centros de trabajo de menos de cincuenta trabajadores y comité de empresa en los de número superior (arts. 62.1 y 63.1 LET); la regulación de la movilidad geográfica se fundamenta en el cambio de centro de trabajo; finalmente, el centro de trabajo puede constituir una unidad de negociación de convenio colectivo de ámbito inferior a la empresa (art. 87.1 LET)

III. El poder de dirección del empresario

283. Fundamento, contenido y límites.—Trabajar dentro del ámbito de organización y dirección del empleador (art. 1.1 LET) supone, sin duda, obligarse a realizar el trabajo convenido «bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue» (art. 20.1 LET). Esta realidad normativa es complemento obligado de un orden económico fundado en la libertad de empresa (art. 38 CE) que no tendría sentido si sus propietarios no pudieran organizarla. El contrato de trabajo está inmerso en un ámbito donde una de las partes, el empresario, tiene la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido instalar; esta capacidad organizativa se concreta en la ordenación de las singulares prestaciones laborales. La potestad para organizar y ordenar el trabajo, inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, recibe el nombre de poder de dirección («dirección y control de la actividad laboral» lo titula el art. 20 LET). Como puede deducirse, el fundamento del poder para organizar y ordenar las prestaciones de los trabajadores es el propio contrato de trabajo que, sin duda, justifica tanto el poder de dirección y su alcance como sus propios límites. La eficacia del contrato de trabajo libremente concluido por las partes sólo se logra si se proyectan los efectos jurídicos adecuados que no son otros que la cesión inicial de los frutos de un trabajo dependiente y remunerado.

La eficacia del contrato sólo se alcanza si responde a los intereses jurídicamente protegidos por la propia figura contractual. Esos intereses responden a un sistema típico de producción en el que se separa la propiedad de los medios y la persona del trabajador y donde éste prestará su trabajo en régimen de dependencia o subordinación; a esa posición dependiente le corresponde, en el mismo plano contractual, otra de mando que ostenta el empresario. Sin el

poder contractual de dirección del trabajo, el empresario no estaría dotado de las facultades precisas para realizar la contraprestación sobre la que tiene un derecho de crédito; necesita poder organizar y concretar, mediante instrucciones y órdenes, el propio trabajo. El poder de dirección se ejerce en el interior del contrato, durante su ejecución y en interrelación permanente con el interés contrapuesto del trabajador y dentro de los límites que autónoma o heterónomamente se le fijan. De este modo, el poder de dirección es una facultad contractual del empresario y su primer límite vendrá, sin duda, de los propios derechos contractuales del trabajador (STSJ Madrid 8-4-1997, A. 1346).

El contenido del poder de dirección es sencillo de sistematizar y, obviamente, complejo de materializar. Se mostrará en instrucciones generales o en órdenes concretas que especifiquen el trabajo. El contenido material de ambas manifestaciones es múltiple y variado en razón a la actividad productiva a que se refiera. El artículo 20.2 LET concreta el poder de dirección en las facultades del empresario de impartir «órdenes o instrucciones».

Las instrucciones parecen referirse a la organización genérica del trabajo, al ejercicio de las funciones directivas para conformar el tipo de organización (número de trabajadores y ordenación de los mismos por categorías y funciones); a la propia estructura técnica de la empresa o al régimen de prestación del trabajo (desde la imagen exterior de la empresa hasta las normas sobre calidad y presentación de los bienes y servicios). Funciones similares a estas instrucciones las cumplieron históricamente los denominados Reglamentos de Régimen Interior que hoy no aparecen como fuente de las relaciones laborales en el artículo 3 LET (sobre la sustitución (sobre la sustitución de tales antiguos Reglamentos de Régimen Interior por la voluntad unilateral del empresario o por convenio colectivo y los problemas planteados de derecho transitorio, SSTS 11-4-1991, A. 3261 y 3-4-1995, A. 2905).

Las órdenes concretas que para cada trabajador o grupo de trabajadores especifique el empresario estarán en razón directa a la propia dificultad del trabajo o a su carácter repetitivo o no. Este poder de ordenar y organizar supone lógicamente el de controlar y vigilar su cumplimiento: «el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales» (art. 20.3 LET). En cualquier caso, el titular del poder de dirección y control de la actividad laboral es el empresario o persona en quien delegue.

Es consecuencia ineludible de las facultades directivas el poder incidir en todos los aspectos de la ejecución del contrato desde la determinación del trabajo debido a la remuneración, incluyendo el lugar y el tiempo de la presta-

ción. Sin embargo, este poder de dirección no es ilimitado sino, justamente lo contrario, limitado desde, al menos, cuatro planos: el constitucional, el legal, el convencional colectivo y el contractual. Estos planos pueden fácilmente resumirse en uno: el límite del poder empresarial directivo son los derechos del trabajador, en cuanto persona y en cuanto asalariado.

El fundamento constitucional de todos los demás límites al poder de dirección es el respeto a la dignidad de los trabajadores y sus derechos inviolables (art. 10.1 CE; art. 20.3 LET y STS 25-1-1988, A. 42), parámetro para la aplicación de todo el ordenamiento, desde sus valores superiores a la última norma jurídica. Ciertamente, el ejercicio de los derechos del empresario, su posición dominante, se ve limitada por el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En el contrato de trabajo se implica personalmente el trabajador en el desempeño de la prestación y, de ahí, que se concrete como límites al poder de dirección el debido respeto a derechos constitucionales como el respeto a la intimidad (art. 18 CE y art. 18 LET); a la libertad religiosa o ideológica (art. 16 CE); derecho a la igualdad de trato y a no ser discriminado (las diferencias han de ser razonables y no arbitrarias ni abusivas). No se predica la igualdad, se prohíbe la conducta arbitraria o injustificada, fundada en alguna de las prohibiciones de los arts. 14 CE y 17 LET. Por su parte, la Directiva 2002/73/CE, de 23 septiembre 2002, define qué es discriminación directa e indirecta, qué acoso y acoso sexual como discriminación por razón de sexo, y qué trato menos favorable por embarazo o maternidad.

Como límite específico al poder de dirección del empresario, que nace de una protección reforzada del derecho fundamental a la información veraz y plural, se regula la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio), cuyo ejercicio les permite negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio (art. 3 LOCCI, cfr 56).

Es una exigencia de la dignidad de la persona, pero es claramente posible delimitar autónomamente el específico límite al poder de dirección proveniente del derecho de los trabajadores a la igualdad de trato y a no ser discriminados (arts. 4.2, e, y 17.1 ET). No se predica la igualdad sino la prohibición de la desigualdad fundada en la arbitrariedad, sin soporte objetivo y razonable (son consustanciales a las relaciones laborales las diferencias fundadas en el propio trabajo, en la categoría profesional o en el rendimiento). La discriminación, como fundamento de la decisión empresarial, está prohibida. No puede darse trato peor a una persona o grupo que a otra u otros con fundamento arbitrario y, sobre todo, la desigualdad discriminatoria no puede fun-

darse ni en la raza, la edad, el sexo, la condición social o la lengua (art. 14 CE) ni apoyarse en una previa opción del trabajador sobre estado civil, ideología, religiosa o política o posición sindical. Igualmente los límites que se fundan en la dignidad de la persona se alcanzan ante las decisiones del empresario dirigidas al control de la prestación laboral, debiendo guardar en tales medidas de vigilancia y control «la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso» (art. 20.3 LET). Dentro del respeto debido a la dignidad, la inviolabilidad de la persona del trabajador es un límite infranqueable: «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 del 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 ello fuera posible» (art. 18 LET).

En los registros ha de respetarse la inviolabilidad de la persona (dignidad e intimidad de la persona; por tanto, el registro personal sólo dentro de lo estrictamente necesario); ha de acreditarse la necesidad y cumplirse el requisito de la presencia de un representante legal o, si no es posible, de otro trabajador (en los efectos personales puede incluirse el vehículo del trabajador si está en el recinto empresarial y esa pesquisa se revela como la única eficaz y sin violencia alguna y con garantías para el trabajador, STS 11-6-1990, A. 5049). Límites que se extienden al control empresarial de las causas de ausencias o de otros incumplimientos, donde la inmiscusión en los comportamientos extralaborales está prohibida y donde los medios de prueba tienen que ser legales (los detectives privados constituyen prueba testifical, que sólo adquiere valor cuando el informe del detective es ratificado y mantenido en juicio y sobre la que no se puede fundar la revisión de los hechos declarados probados, STS 24-2-1992, A. 1055). Límite igualmente fundado en la dignidad de la persona es el respeto a la intimidad del trabajador «comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual» (art. 18.1 CE y art. 4.2, e, LET); calificada como infracción muy grave el acoso sexual cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresariales, (art. 96.14 LET, redacción de la Ley 50/1998). Es acoso sexual la conducta libidinosa del empresario, percibida como indeseada o indeseable por la víctima, que genera un ambiente laboral desagradable (STC 224/1999). Con referencia a la concreta prestación de trabajo, y sin ir más allá de ella, constituye legítimo del poder de dirección la permanente filmación y grabación en video de la actividad laboral (SSTSJ Andalucía 17-1-1994, A. 310 y Cataluña 1-3-1995, A. 1086).

Constituye un límite al poder de dirección la regulación legal sobre utilización y control de los datos automatizados que obtenga la empresa acerca del trabajador (Ley orgánica 15/1999, 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, LOPD). El trabajador puede negarse a suministrar información sobre su ideología, religión o creencia (datos especialmente protegidos, art. 7 LOPD; las limitaciones informáticas referidas en el art. 18.4 CE configuran un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, STC 11/1998). Sólo con consentimiento del trabajador pueden recogerse datos relativos a su origen racial, vida sexual y salud siempre que, además y por razones de interés general, así lo disponga una ley (art. 7.3 LOPD). En todo caso, el tratamiento del los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del interesado (STC 202/1999) y nunca pueden propiciar comportamientos discriminatorios (STC 44/1999) Para solicitar datos ha de existir siempre, como regla general, una justificación razonable, hacerlo de manera adecuada, proporcional, y los datos han de actualizarse de forma que respondan a la situación real del afectado y este debe ser siempre informado de modo expreso de la recogida de tales datos (art. 4 y 5 LOPD). El trabajador tiene siempre acceso a todos los datos que sobre él almacene el empresario (art. 15 LOPD; derecho de *habeas data* STC 254/1992) e igualmente tienen derecho a solicitar la rectificación o cancelación de datos (art. 16 LOPD).

En el plano del ejercicio del poder de dirección puede desplegar importantes consecuencias el objeto mismo de la actividad empresarial. Empresas con múltiples manifestaciones (colegios, Universidades, medios de comunicación social, etc.) pueden ser libremente creadas para defender y propagar una determinada tendencia ideológica ya sea política, sindical o religiosa. Estas empresas denominadas «de tendencia» requieren desplegar un control en el ejercicio de los derechos que hacen referencia a la libertad ideológica de los propios trabajadores (en especial, la libertad de expresión). En este ámbito contractual, las manifestaciones de derechos fundamentales reputadas normalmente de legítimas no tienen por qué serlo en las empresas de tendencia ideológica (SSTC 120/1983 y 170/1987). En ningún caso, sin embargo, se puede ejercer el poder de dirección impidiendo el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, más allá de lo estrictamente necesario a la defensa del interés empresarial de naturaleza ideológica (STC 6/1988).

El propio contrato de trabajo es el ámbito definidor de los poderes del empresario, pero es también la esfera protectora que impide al empresario observar o controlar la vida del trabajador más allá de la prestación laboral. El contrato es un límite de importancia creciente en la medida en que establece y especifica el modo de la prestación de trabajo (el poder de dirección

no alcanza a obligar a los trabajadores a mantener una atención constante a los teléfonos móviles en todo momento una vez concluida la jornada de trabajo, SAN 17-7-1997, A. 337). Son, por su parte, las normas legales, de derecho necesario absoluto o relativo, las que conforman un límite de radical importancia al poder de dirección del empresario. El ejercicio de este poder debe garantizar y respetar los derechos reconocidos a los trabajadores por las leyes. Otro límite, igualmente decisivo por lo que tiene de contrapoder en el interior de las relaciones laborales, es el derivado de la negociación colectiva que regula distintos aspectos de las condiciones de ejecución del contrato que son otras tantas limitaciones a las decisiones unilaterales del empresario. Los límites descritos suponen que el empresario debe adecuar la efectividad del poder de dirección a la expresión del artículo 20.2 LET, «el ejercicio regular de sus facultades de dirección» (será ejercicio regular todo aquel que no lesione derechos expresamente reconocidos al trabajador, STS 7-3-1986, A. 1277; es un criterio limitativo del poder de dirección, la necesidad de que se ejerci- te conforme a la buena fe, STSJ País Vasco 14-6-1993, A. 2859).

Una consecuencia inmediata del poder de dirección (y si bien se mira, un límite) es el deber del empresario de responder civilmente frente a terceros por «los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones» (art. 1.903 Código civil). La responsabilidad del empresario es esencialmente objetiva porque responde, contractual o extracontractualmente, por los actos del trabajador (culpables o negligentes, incluso tales adjetivos pueden imputarse a la organización del trabajo en sí misma) que guarden nexo de unión con el daño causado (SSTS 26-11-1990, A. 9047, 2-7-1993, A. 5789 y 17-6-1997, A. 5414). Igualmente, el empresario es responsable civil (en este caso subsidiario, no directo) por los delitos o faltas que se cometan en sus establecimientos (no responde el empresario por actos del trabajador realizado al margen del contrato de trabajo, STS 26-3-1997, A. 2512), siempre que por parte del propio empresario «de sus dependientes o empleados se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido» (art. 120.3 Código penal); tal responsabilidad civil subsidiaria será extensiva al empresario por los delitos o faltas cometidos por sus trabajadores «en el desempeño de sus obligaciones o servicios» (art. 120.4 Código penal).

IV. Determinación de la condición de empresario

284. El empresario aparente.—No siempre es fácil para el trabajador fijar con precisión quién adopta frente a él la calidad de sujeto empresarial y,

por consiguiente, exigirle el cumplimiento de las obligaciones que como tal le afectan. Identificar al empresario no es otra cosa que determinar a quién corresponde la responsabilidad empresarial plasmada en un sistema jurídico sobre condiciones de trabajo y Seguridad Social o en el propio contrato de trabajo. La apariencia de empresario siempre encierra el contrapunto de descubrir el que de verdad recibió el trabajo y debe el salario (quien organiza y recibe el trabajo es el empresario, aunque intervengan otros sujetos, STS 31-5-2000, A. 4647).

La expresión jurisprudencial de empresario aparente encierra figuras de interposición entre el asalariado y el auténtico empresario y la consecuencia de buscar mecanismos de protección del trabajador tanto contra errores suyos en la identificación del verdadero empresario (art. 103.2 LPL) como en la búsqueda del auténtico responsable empresarial para que, identificado, responda de sus obligaciones.

285. El grupo de empresas.—Es notoria la proliferación del fenómeno económico de concentrar capitales y controlar actividades a través de la fórmula del grupo de empresas en el que se articulan varias, con formas societarias individualizadas, pero que están planificadas en una estrategia empresarial común. Es una consecuencia de la desconcentración empresarial para procurar tanto una especialización económica en la que se desarrolle como para diversificar los riesgos y las responsabilidades. Las formas que adoptan esos grupos son diversas y no sometidas a una unitaria regulación legal y que varía en razón a que la existencia del grupo se funde en técnicas de jerarquía empresarial o en técnicas de coordinación para reparto de un mercado.

No hay una regulación legal unitaria del grupo de empresas, pero sí las suficientes expresiones de derecho positivo que obligan a analizarlas en lugar preferente; todas ellas ponen el acento en la unidad de decisión como característica definitoria y primordial del grupo. Los artículos 3 y 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa y grupos de empresas de dimensión comunitaria definen al grupo de empresas como el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas y se considera empresa que ejerce el control aquella que puede actuar con influencia dominante sobre otra por motivos de propiedad, participación financiera, estatutos sociales y se presume tal control si se posee la mayoría del capital suscrito, la mayoría de los derechos de voto o tiene la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración. Estos criterios, pensados para los objetivos de la Ley 10/1997 que giran en torno a las relaciones colectivas en el grupo, tendrán notable repercusión interpretativa en cualquier ámbito jurídico laboral en el

que se pretenda identificar la existencia del grupo de empresas. Ciertamente estos elementos de presunción del grupo son los ya contenidos en el art. 42.1 del Código de Comercio al regular los supuestos de control en una empresa dominada por otra dominante: que la dominante posea la mayoría de los derechos de voto y tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los administradores (igual orientación, fundada en el art. 42 del Código de Comercio, la del art. 16.5 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, sobre Planes y Fondos de Pensiones). Reflejo de este criterio legislativo puede observarse también en el art. 51.14 LET cuando dispone la obligación de información tanto si la decisión del despido colectivo ha sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza el control sobre él (una tipología de relaciones de coordinación entre empresas con diversas clases y subtipos de agrupaciones en STSJ Madrid 28-11-1996, A. 3753).

Los problemas jurídico-laborales que se presentan son variados y hacen referencia unas veces a la realidad de la prestación laboral simultáneamente a varias empresas del grupo, o prestándola a sólo una del grupo, éste funciona con criterios empresariales de concentración financiera. El grupo de empresa actúa efectivamente como ámbito funcional unitario de unos concretos contratos de trabajo (STS 31-1-1991, A. 200 y STSJ Valencia 8-7-1993, A. 3632). En todo caso, se trata siempre de encontrar el fundamento de imputar una responsabilidad solidaria como empresario a las empresas que forman el grupo (SSTS 9-5-1990, Ar. 3983 y 31-1-1991, Ar. 200). Y para determinar esa solidaridad es preciso atender a la pérdida de la independencia (visión unitaria del grupo, SSTS País Vasco 25-6-1993, A. 2877 y Asturias 25-2-1994, A. 518) de cada una de las empresas o sólo de las relacionadas con un concreto trabajador. El nexo entre las empresas del grupo debe reunir ciertas características especiales: se precisa un funcionamiento integrado o unitario, una confusión de patrimonios sociales o de plantillas con una prestación de trabajo indistinta o común, en suma una apariencia externa de unidad empresarial (STS 29-10-1997, A. 7684). Puede, también, probarse con la técnica conocida como del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real para conseguir una dispersión o elusión de responsabilidades laborales (STS 12-7-1988, A. 5802). Debe, igualmente, acreditarse la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, en favor de varios integrantes del grupo (SSTS 7-10-1987, A. 8851 y 30-1-1993, A. 233). En cualquier caso, la carga de la prueba de la existencia del grupo corresponde a quien pretende hacer valer los efectos jurídico-laborales atribuidos al mismo (por tanto, la responsabilidad solidaria de los integrantes, STS 3-5-1990, A. 3946 y STSJ Madrid 19-12-1994, A. 5043).

La responsabilidad solidaria, consecuencia que a efectos laborales se deriva de la consideración de grupo de empresas, requiere, en resumen, los siguientes requisitos: conexiones no sólo económicas, sino existencia de plantilla única o indistinta; confusión patrimonial y prestación laboral al grupo de forma indiferenciada y, en suma, una apariencia externa de unidad empresarial, de unidad de dirección (SSTS 30-6-1993, A. 4939 y 21-12-2000, A. 1870 del 2001).

286. La interposición y la mediación en la posición jurídica de empresario.—Ambas figuras tienen como elemento común la dificultad que puedan presentar para identificar, determinar, al empresario en un concreto contrato de trabajo. En las dos conductas (interposición y mediación) las normas legales toman precauciones capaces de reaccionar ante unas situaciones que pertenecen al concepto más amplio de la simulación negocial. Como un supuesto concreto de simulación relativa, queda afectada la identidad de una de las partes del contrato, la del empresario. Se pretende sustituir al verdadero empresario por otro, pero sin mediar ningún acuerdo simulatorio: el trabajador no participa en la conducta de simulación (de participar, su conducta estaría viciada de nulidad, art. 3.5 LET). Por consiguiente, si se dan cualesquiera de las dos actividades simulatorias de interposición o mediación en la posición jurídica de empresario, el trabajador exigirá el cumplimiento del contrato de trabajo del auténtico empresario y, para el caso de no existir un ánimo simulador sino que la conducta corresponde a la propia permisividad legal (supuestos de interposición permitidos: contrata de obra y servicios y empresas de trabajo temporal; supuesto legal de mediación: agencias privadas de colocación) el sistema de responsabilidades será el articulado en cada caso.

287. Contrata y subcontrata de obras o servicios.—Antes de exponer el supuesto de hecho que encierra el artículo 42.1 LET (nueva redacción de la Ley 12/2001) es preciso señalar que, en general, se trata de una figura de interposición en virtud de la que una persona (física o jurídica) ostenta frente a otra (trabajador) la titularidad de ser sujeto empresario cuando, en verdad, puede referirse a un mecanismo para encubrir al empresario verdadero y real. Persigue, en suma, la norma el objetivo de evitar los fraudes que pueden derivarse de la utilización por un empresario de trabajadores de otro (contratista o subcontratista) para que le asista en su propio proceso productivo y sin tener que responder de las obligaciones inherentes al empresario. El artículo 42.1 LET trata de poner cautelas en un fenómeno que se presta al fraude, pero inicialmente arranca de reconocer no sólo la libertad para encargar a otros empresarios obras y servicios necesarios y que no guarden relación con la propia actividad, sino incluso para encargarlos cuando se refieren expresamente y corresponden a su propio pro-

ceso productivo. El artículo 42.1 LET permite la contrata (o subcontrata) de obras y servicios de la propia actividad del empresario que la encarga.

Para analizar las consecuencias del precepto es preciso dejar claro los siguientes cinco aspectos: a) concepto de contrata (o subcontrata) y de propia actividad; b) deber de comprobación del empresario contratante; c) responsabilidad, en su caso, del contratista y del comitente; d) deberes de información del contratista y del comitente para con sus trabajadores; e) supuestos en los que la Ley excluye el deber de comprobación, el sistema de responsabilidades y los deberes de información.

A) Concepto de contrata (o subcontrata) y de propia actividad. Contrata (o subcontrata) es una expresión que se refiere a una relación contractual que materialice supuestos de descentralización productiva, empresarial, tales como contrato de empresa, contrato de ejecución de obra, de arrendamiento de servicios o, incluso, supuestos de contratación administrativa para la gestión indirecta de servicios (SSTS 15-7-1996, A. 5990 y 18-3-1997, A. 2572) por los que el empresario contratista (empresa auxiliar) se compromete a la realización de una obra o servicio determinado y el empresario contratante o comitente (empresa principal) adquiere la recíproca obligación de pagar un precio cierto. La figura puede continuar de forma encadenada y el contratista aparecer como principal que subcontrata una parte de su labor. Esta relación existe y no es un negocio simulado de cesión ilegal de mano de obra cuando se dan las siguientes notas: a) el contratista sea capaz de realizar la obra o servicio determinado; o sea, actividad empresarial del contratista con propia organización (la obra o servicio deben estar debidamente definidos y planificados, STSJ Madrid 24-6-1991, A. 40729) y con patrimonio, instrumentos o maquinarias adscritos a dicha actividad; b) inmediata recepción por el contratista del producto del trabajo de su personal; c) pago, a cambio y a su cuenta, de la prestación retributiva y, finalmente, d) asunción directa de los riesgos (STS 17-1-1991, A. 58). La empresa contratista ha de ser una verdadera empresa con organización real y suficiente que en la contrata involucre su propia realidad (STS 12-12-1997, A. 9315)

No existe contrata, sino cesión ilegal de trabajadores, cuando ni se aportan medios patrimoniales, ni se asumen los riesgos de la explotación (STS 17-7-1993, A. 5688), ni se ejerce un poder directivo, una dirección y gestión propias (STS 19-1-1994, A. 352). La necesidad del soporte de esta relación contractual es esencial para que la regulación legal de la contrata o subcontrata no sea simplemente norma de cobertura con la que se defraude la prohibición del artículo 43 LET, la mera actividad de ceder ilegalmente personal.

La contrata (o subcontrata) se suscribe para realizar obras o servicios de la propia actividad, para descentralizar el propio proceso productivo del comitente

(incluso en la gestión indirecta del servicio público adjudicada por concesión administrativa, STS 27-9-1996, A. 6910). Captar qué significa «propia actividad» es la esencia misma del artículo 42 LET. Se reputa actividad principal la del contratante o comitente y es aquella a la que con habitualidad, profesionalmente, se dedica, aunque se forme con la división o descentralización necesarias para sacar adelante su propio objeto y ya se realicen o no en los propios centros de trabajo del comitente. La expresión legal de «propia actividad» no tiene en el plano jurisprudencial fuerza expansiva y se define con referencia a las inherentes e indispensables al fin de la empresa principal, y que se incorporan al propio ciclo productivo, al resultado final de la empresa, a lo que pone en el mercado (STS 24-11-1998, A. 10034). De este modo, quedan fuera los servicios y obras desconectados de la finalidad productiva y de las actividades normales de la empresa comitente (STS 18-1-1995, A. 514), dejando así de lado toda interpretación que iguale propia actividad a todo cuanto profesionalmente realice un empresario. Cuando se dan esos dos elementos definitorios (contrata referida a la propia actividad) se aplica la permisividad del artículo 42 LET y puede realizarse la desconcentración funcional que una empresa necesita.

B) Deber de comprobación del empresario contratante. El empresario contratante tiene el deber de comprobar que sus contratistas o subcontratistas «están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social». Y esta obligación de comprobación deberá ejercitarla de una concreta forma, recabando «por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubierto en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables» (art. 42.1 LET). Si transcurrido el plazo no hay respuesta de la entidad gestora acerca de la existencia o no de descubierto (sólo cuotas, por tanto) queda el empresario solicitante (contratante o subcontratante) exonerado de responsabilidad (en materia de Seguridad Social, como se verá).

C) Responsabilidades, en su caso, del contratista y del comitente. El artículo 42.1 LET configura tanto el deber de comprobación como el resultado de no hacerlo. No puede ignorarse así que el contratista es moroso de la Seguridad Social o, conocida la morosidad, tampoco puede contratar con una empresa que no está al corriente del pago de las cuotas de la Seguridad Social. En ambos casos, y así se cierra el mecanismo de responsabilidad construido por el artículo 42.1 LET, el empresario principal es responsable subsidiario de las cuotas que el contratista o empresa auxiliar tenga pendiente de pago a la Seguridad Social a la hora de suscribir el encargo de la obra o servicio ya en calidad de contratante o de subcontratante (sólo por cuotas, no por ninguna otra deuda derivada de la normativa de Seguridad Social, STS 19-5-1998, A. 4730).

Fenómeno diferente al anterior es el sistema de responsabilidad regulado por el artículo 42.2 LET: el empresario principal «y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata». Deja el precepto sentadas cuatro cuestiones: el tipo y el alcance material de la responsabilidad, el tiempo durante el que se despliega la responsabilidad, el plazo de prescripción para reclamarla.

El alcance material de la responsabilidad que afecta a principal y contratista engloba a los salarios, a todas las percepciones salariales que legal o convencionalmente correspondan a los trabajadores del contratista o subcontratista (no a las extrasalariales; art. 26.2 LET y SSTS 19-1-1998, A. 998 y 26-17-2000, A. 1880 del 2001); no se incluye la obligación de readmitir a un despedido ni la indemnización sustitutoria STSJ Andalucía, 18-10-1991, A. 5965). En materia de Seguridad Social responde de las cuotas y de las prestaciones de las que se hubiera declarado responsable al contratista por falta de afiliación, alta o cotización (arts. 104.1 y 127 LGSS y STS 28-10-1996, A. 7714; el art. 10,3,b, RD 1637/1995, establece que si el contratante despliega el deber de información sobre el contratista ante la Tesorería queda exonerado de esta responsabilidad). En ningún caso responde de las mejoras voluntarias de Seguridad Social (STS 14-2-2000, A. 2036).

Igualmente contratante y contratista son responsables por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad y salud laboral. Esta responsabilidad tiene el siguiente alcance: la empresa principal que contrata o subcontrata con otra la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 24.3 LPRL).

Las responsabilidades descritas son de tipo solidario entre principal y contratista y se despliegan durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrata, (arts. 42.2 LET y 23.2 LISOS); este espacio temporal delimita el ámbito de la exigencia de la responsabilidad, dejando fuera todo lo que acaeció antes o acaezca después de la contrata. La responsabilidad solidaria generada durante la vigencia de la contrata puede ser exigida por el trabajador afectado durante el año siguiente a la terminación de la contrata (subcontrata).

En la LET existió, desde su promulgación en 1980 hasta la reforma de 2001 en el que desapareció (RDL 5/2001), un límite de las responsabilidades para el empresario contratante. Se trataba de un límite relacional alcanzando

hasta lo que le correspondiera si se hubiera tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajos». En la actualidad la responsabilidad alcanza hasta la deuda real, hasta la obligación salarial o de Seguridad Social del contratista con sus trabajadores. En todo caso, la extinción de la contrata supone la desvinculación de la empresa principal del sistema de responsabilidades jurídico laborales del artículo 42 LET, incluso en el supuesto en que la principal continúe con la actividad con sus propios trabajadores (STS 6-2-1997, A. 999).

D) Deberes de información del contratista y del comitente para con sus trabajadores. La reforma de la Ley 12/2001 introdujo tres nuevos apartados en el artículo 42 LET (apartados 3, 4 y 5) destinados a establecer exigencias de información para con los trabajadores, tanto del contratista como del contratante, y encuadrados en la potenciación general del derecho de los trabajadores a estar informados sobre los aspectos esenciales de su contrato y sobre el lugar de la prestación. En todo caso, se trata de dos deberes autónomos referidos a los propios trabajadores del contratista y a los representantes legales de los trabajadores tanto del contratista como del contratante. En efecto, el empresario contratista o subcontratista deberá informar por escrito a sus trabajadores de la identidad de la empresa principal para la que presta servicios (art. 42.3 LET) y comunicar, además, tal identidad a la Tesorería General de la Seguridad Social. El propio empresario contratista o subcontratista deberá informar también a los representantes legales de sus trabajadores y antes del inicio, acerca del objeto, duración, lugar, y número de trabajadores a ocupar en la contrata o subcontrata así como de las medidas de coordinación que han de tomarse sobre prevención de riesgos laborales (cf. 201 y 331). El incumplimiento del deber de información es infracción grave (art. 7.11 LISOS).

El empresario principal, por su parte, ha de informar a los representantes legales de sus trabajadores, además de la genérica información trimestral sobre subcontrataciones (art. 64.1. 1º LET), acerca, también, del objeto, duración, lugar, número de trabajadores a emplear en cada concreta contratación o subcontratación así como de las medidas de coordinación sobre prevención de riesgos.

E) Supuestos en los que la ley excluye el deber de comprobación, el sistema de responsabilidad y los deberes de información. El segundo párrafo del artículo 42.2 LET regula los supuestos de exclusión del sistema de responsabilidades descritos: «no habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiere exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrae su realización por razón de una actividad empresarial». Estas dos excepciones que práctica-

mente son una sola se completan con un mandato muy parecido en el artículo 127 LGSS y entre ambos regulan una exención de responsabilidad a partir de que el comitente no tenga la calidad de empresario.

288. Empresas de trabajo temporal.—Dentro del panorama general de la reforma legislativa del mercado de trabajo realizada entre 1994 y 1998, la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regula las empresas de trabajo temporal, es singularmente relevante por lo que significa de instrumento flexible para dotar a las empresas del número necesario de trabajadores que en cada momento necesiten, con la formación profesional también precisa. Se denomina empresa de trabajo temporal aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados (art. 1 LETT; definición sustancialmente igual a la que contiene la Directiva 91/383); el art. 1 del Convenio de la OIT núm. 181, ratificado por España, BOE 13-9-1999, referido a las Agencias de Empleo Privadas, considera como tal también a aquella cuyos servicios consistan en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición una tercera persona, física o jurídica, empresa usuaria, que determine sus tareas y supervise su ejecución.

El objeto esencial de una empresa de trabajo temporal lo constituye, por consiguiente, la intermediación entre el trabajador que presta sus servicios y la empresa que los recibe: una evidente cesión de trabajadores, donde el cedente es la ETT y el cesionario la empresa denominada usuaria. Hay, de este modo, una relación no bilateral (empresario-trabajador) sino triangular (la ETT, el empresario de la empresa usuaria y el trabajador contratado por la ETT y que prestará sus servicios en la empresa usuaria; de este modo, los trabajadores cedidos tendrán dos empresarios). De esta complicada relación jurídica, y de los añadidos elementos de inseguridad que puede generar, nace la prevención contra este tipo de empresa. Con la LETT, España se incorpora a los países comunitarios que las admiten con minuciosa regulación (Alemania, Francia, Holanda, Bélgica y Portugal e Italia; cuatro países más las admiten con sólo una genérica regulación, Gran Bretaña, Irlanda y Luxemburgo). Los más sobresalientes requisitos para su funcionamiento que a continuación se exponen, acreditan sobradamente el carácter e intensidad de la intervención administrativa.

A) Autorización administrativa de las empresas de trabajo temporal. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente sólo podrá efectuarse a través de las empresas de trabajo temporal. Para que la identificación no ofrezca duda, la LETT requiere que estas empresas sean personas físicas o jurídicas que sólo se dediquen a esta actividad (en las sociedades el objeto social no podrá ser otro) y, además, que en su denominación se añada siempre «empresas de trabajo temporal» (art. 2.1 LETT). No podrá funcionar una ETT sin la previa autorización administrativa habilitante de su actividad (art. 2.2 LETT; la autorización la tramita y resuelve el Ministerio de Trabajo o el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma, en razón al ámbito de la ETT, arts. 1 y 2 del RD 4/1995). Aún más, con la autorización concedida, las empresas de trabajo temporal deberán constituir una garantía financiera para responder de las deudas que puedan contraer por indemnizaciones salariales y de Seguridad Social (art. 3.1, a, b, LETT y 7 RD 4/1995) y vendrán también obligados a mantener una estructura administrativa, que responda a las características que la Administración tuvo en cuenta al dar la autorización (art. 2.5 LETT), con un número mínimo de trabajadores con contrato indefinido, en proporción al número de trabajadores cedidos el año anterior.

B) Contrato de puesta a disposición entre la empresa de trabajo temporal y la denominada empresa usuaria. La cesión de trabajadores ha de ser documentada en un contrato de naturaleza mercantil a celebrar entre la ETT y la empresa usuaria; el contrato se denomina «contrato de puesta a disposición» (arts. 6.1 LETT y 14 RD 4/1995). El contrato se formalizará por escrito en modelo oficial y, como mínimo, contendrá información acerca de la identificación de la ETT (número y vigencia de la autorización) y de la empresa usuaria; constancia de la causa que justifica el contrato; contenido de la prestación laboral; lugar y horario de trabajo; riesgos profesionales del puesto de trabajo; duración del contrato y precio convenido (art. 14 RD 4/1995; el incumplimiento de la forma exigida es falta grave, art. 18.2 LISOS). Con carácter previo a la celebración del contrato, la empresa usuaria deberá informar a la ETT sobre las características del puesto de trabajo desde el punto de vista de la evaluación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador, quién deberá ser informado de tales extremos (art. 2 RD 216/1999).

El objeto del contrato de puesta a disposición tendrá los mismos supuestos, condiciones y requisitos que aquellos en que la empresa usuaria podría celebrar contratos de duración determinada (art. 6.2 LETT); el artículo 15 LET establece que los contratos temporales posibles son los de obra o servicio determinado, los eventuales por circunstancias del mercado y los de interinidad o sustitución, (cfr. 301, 302 y 303); en ningún caso el contrato de

³ La LETT ha sido parcialmente reformada: por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, su artículo 17; por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, arts. 19 y 20; y con el propósito de garantizar una mayor seguridad jurídica, la Ley 29/1999 de 16 de julio, introdujo importantes modificaciones afectando a una gran parte del articulado; finalmente, la Ley 12/2001, de 9 de junio, modificó los artículos 2 y 10.3. La Ley 14/1994, ha sido, además, desarrollada por el RD 4/1995, de 13 de enero y específicamente en materia de seguridad y salud laboral, por el RD 216/1999, de 5 de febrero.

puesta a disposición podrá alterar el régimen general de la contratación temporal, (STS 4-2-1999, A. 1594). Las ETT no podrán suscribir contratos para la formación (cfr 315) con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias (art. 10.2 LETT). El contrato de trabajo con la ETT puede también tener como objeto la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos suscritos con empresas diferentes, pero todos ellos han de responder a supuestos de contratación temporal eventual (art. 10 LETT, redacción Ley 12/2001).

No sólo hay una enumeración positiva de los supuestos posibles de contratación (ya de por sí capaces de acoger la práctica totalidad de las reales necesidades temporales de más trabajadores que una empresa pueda tener) sino otra enumeración de carácter negativo. En cinco supuestos las ETT no podrán celebrar contratos de puesta a disposición: a) para sustituir huelguistas de la usuaria; b) para realizar trabajos de especial peligrosidad (trabajos en obras de construcción; en minería a cielo abierto; en industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre y en plataformas marinas; en industrias de fabricación, manipulación y utilización de explosivos; en trabajos que impliquen exposición a radiaciones ionizantes y a agentes cancerígenos o tóxicos y a agentes biológicos; en trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión (arts. 8, b, LETT y 8 del RD 216/1999); c) cuando en los doce meses anteriores, la usuaria haya amortizado los puestos de trabajo que pretendan cubrir por las causas de los artículos 56 (despido improcedente), 50 (extinción por voluntad del trabajador fundada en incumplimiento empresarial), 51 (despido colectivo; excepto fuerza mayor) y 52. c (amortización de puestos de trabajo en el despido objetivo) LET; d) para cubrir puestos de trabajo en los que la usuaria haya utilizado trabajadores de ETT durante un tiempo, continuo o discontinuo, superior a doce meses en un periodo de referencia de dieciocho meses; finalmente, e), para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal (art. 8 LETT).

El contrato de puesta a disposición será el marco, el límite, dentro del que se mueva la cesión de personal (una o varias, diaria o intermitente). Sin contrato de puesta a disposición no hay cesión legítima de trabajadores, de tal suerte que incluso si llegado a su término continúa el trabajador cedido en la empresa usuaria, la relación laboral se convertirá en indefinida con el empresario (art. 7.2 LETT).

C) Régimen jurídico de las relaciones del trabajador con la empresa de trabajo temporal y con la usuaria. La posición jurídica del trabajador contratado para ser cedido se nutre de expresos derechos y expresas obligaciones regulados en la LETT (en todo lo no dispuesto en ella se aplica la legislación

laboral y de Seguridad Social, disposición adicional primera LETT; el trabajador debe gozar de una protección adecuada en sus derechos colectivos, en sus derechos individuales y en sus derechos de Seguridad Social, arts. 11 y 12 Convenio OIT nº 181). La ETT puede contratar al trabajador, siempre por escrito, de forma indefinida o temporal con duración coincidente con la del contrato de puesta a disposición (arts. 7.1, 10.1 LETT y, de ser temporal, siempre con las formas y límites del art. 15 LET). El contrato será por escrito y, en el plazo de diez días, se comunicará a la oficina pública de empleo (art. 10.0 LETT); el trabajador contratado temporalmente por la ETT extinguirá su contrato al término de la eventualidad pactada (STS 22-10-1999, A. 7833). Cuando se extinga un contrato por tiempo determinado tendrá el trabajador derecho a una indemnización calculada proporcionalmente al tiempo trabajado y sobre doce días de salario por año de servicio (art. 11.2 LETT; esta normativa específica impide que el trabajador, al término del contrato, tenga derecho además a la indemnización regulada en el art. 49. c, LET).

La más sobresaliente novedad de la reforma de la Ley 29/1999, tuvo que ver con la remuneración del trabajador cedido a la empresa usuaria. Inicialmente, en la Ley 14/1994, el trabajador era retribuido conforme a la estructura salarial establecida en el convenio colectivo aplicable a la empresa de trabajo temporal⁴. Hoy, sin embargo, el artículo 11.1 LETT dispone que el trabajador cedido, durante la duración del contrato de puesta a disposición, percibirá, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de tra-

⁴ La negociación colectiva sectorial que regula las relaciones de trabajo entre las ETT y su personal tiene ya rodaje y aparece consolidada, pues desde el primer convenio colectivo (BOE 21-4-1995) se han firmado dos más: el segundo convenio (BOE 10-2-1997) y el tercer convenio que durará hasta el 31-12-2002 (BOE 10-11-2000). Estos convenios han ido paulatinamente estableciendo una regulación de mínimos principalmente referida a las modalidades de contratación laboral ya para el denominado personal de estructura o interno de la ETT (con contrato indefinido o con una de las modalidades temporales) ya para el personal de puesta a disposición (indefinido o temporal, «coincidente en este caso con la causa y duración del contrato de puesta a disposición suscrito entre la ETT y la empresa usuaria»); a la prohibición de celebrar contratos en formación con trabajadores contratados para ser puestos a disposición de empresas usuarias; regula, además, el período de prueba; la clasificación profesional (una estructura moderna de niveles profesionales); movilidad y modificación de condiciones de trabajo; régimen salarial tanto del personal interno o de estructura como la del personal de puesta a disposición que «tendrá derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en la empresa usuaria, según el Convenio colectivo aplicable a la misma»; tiempo de trabajo; prevención riesgos y pactos sobre empleo. Ha de tenerse en cuenta, además, una nutrida negociación colectiva que en los convenios de las empresas usuarias ponen trabas y cortapisas a la contratación de mano de obra a través de la ETT.

puesta a disposición podrá alterar el régimen general de la contratación temporal, (STS 4-2-1999, A. 1594). Las ETT no podrán suscribir contratos para la formación (cfr 315) con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias (art. 10.2 LETT). El contrato de trabajo con la ETT puede también tener como objeto la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos suscritos con empresas diferentes, pero todos ellos han de responder a supuestos de contratación temporal eventual (art. 10 LETT, redacción Ley 12/2001).

No sólo hay una enumeración positiva de los supuestos posibles de contratación (ya de por sí capaces de acoger la práctica totalidad de las reales necesidades temporales de más trabajadores que una empresa pueda tener) sino otra enumeración de carácter negativo. En cinco supuestos las ETT no podrán celebrar contratos de puesta a disposición: a) para sustituir huelguistas de la usuaria; b) para realizar trabajos de especial peligrosidad (trabajos en obras de construcción; en minería a cielo abierto; en industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre y en plataformas marinas; en industrias de fabricación, manipulación y utilización de explosivos; en trabajos que impliquen exposición a radiaciones ionizantes y a agentes cancerígenos o tóxicos y a agentes biológicos; en trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión (arts. 8, b, LETT y 8 del RD 216/1999); c) cuando en los doce meses anteriores, la usuaria haya amortizado los puestos de trabajo que pretendan cubrir por las causas de los artículos 56 (despido improcedente), 50 (extinción por voluntad del trabajador fundada en incumplimiento empresarial), 51 (despido colectivo; excepto fuerza mayor) y 52. c (amortización de puestos de trabajo en el despido objetivo) LET; d) para cubrir puestos de trabajo en los que la usuaria haya utilizado trabajadores de ETT durante un tiempo, continuo o discontinuo, superior a doce meses en un periodo de referencia de dieciocho meses; finalmente, e), para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal (art. 8 LETT).

El contrato de puesta a disposición será el marco, el límite, dentro del que se mueva la cesión de personal (una o varias, diaria o intermitente). Sin contrato de puesta a disposición no hay cesión legítima de trabajadores, de tal suerte que incluso si llegado a su término continúa el trabajador cedido en la empresa usuaria, la relación laboral se convertirá en indefinida con tal empresario (art. 7.2 LETT).

C) Régimen jurídico de las relaciones del trabajador con la empresa de trabajo temporal y con la usuaria. La posición jurídica del trabajador contratado para ser cedido se nutre de expresos derechos y expresas obligaciones regulados en la LETT (en todo lo no dispuesto en ella se aplica la legislación

laboral y de Seguridad Social, disposición adicional primera LETT; el trabajador debe gozar de una protección adecuada en sus derechos colectivos, en sus derechos individuales y en sus derechos de Seguridad Social, arts. 11 y 12 Convenio OIT nº 181). La ETT puede contratar al trabajador, siempre por escrito, de forma indefinida o temporal con duración coincidente con la del contrato de puesta a disposición (arts. 7.1, 10.1 LETT y, de ser temporal, siempre con las formas y límites del art. 15 LET). El contrato será por escrito y, en el plazo de diez días, se comunicará a la oficina pública de empleo (art. 10.0 LETT); el trabajador contratado temporalmente por la ETT extinguirá su contrato al término de la eventualidad pactada (STS 22-10-1999, A. 7833). Cuando se extinga un contrato por tiempo determinado tendrá el trabajador derecho a una indemnización calculada proporcionalmente al tiempo trabajado y sobre doce días de salario por año de servicio (art. 11.2 LETT; esta normativa específica impide que el trabajador, al término del contrato, tenga derecho además a la indemnización regulada en el art. 49. c, LET).

La más sobresaliente novedad de la reforma de la Ley 29/1999, tuvo que ver con la remuneración del trabajador cedido a la empresa usuaria. Inicialmente, en la Ley 14/1994, el trabajador era retribuido conforme a la estructura salarial establecida en el convenio colectivo aplicable a la empresa de trabajo temporal⁴. Hoy, sin embargo, el artículo 11.1 LETT dispone que el trabajador cedido, durante la duración del contrato de puesta a disposición, percibirá, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de tra-

⁴ La negociación colectiva sectorial que regula las relaciones de trabajo entre las ETT y su personal tiene ya rodaje y aparece consolidada, pues desde el primer convenio colectivo (BOE 21-4-1995) se han firmado dos más: el segundo convenio (BOE 10-2-1997) y el tercer convenio que durará hasta el 31-12-2002 (BOE 10-11-2000). Estos convenios han ido paulatinamente estableciendo una regulación de mínimos principalmente referida a las modalidades de contratación laboral ya para el denominado personal de estructura o interno de la ETT (con contrato indefinido o con una de las modalidades temporales) ya para el personal de puesta a disposición (indefinido o temporal, «coincidente en este caso con la causa y duración del contrato de puesta a disposición suscrito entre la ETT y la empresa usuaria»); a la prohibición de celebrar contratos en formación con trabajadores contratados para ser puestos a disposición de empresas usuarias; regula, además, el período de prueba; la clasificación profesional (una estructura moderna de niveles profesionales); movilidad y modificación de condiciones de trabajo; régimen salarial tanto del personal interno o de estructura como la del personal de puesta a disposición que «tendrá derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en la empresa usuaria, según el Convenio colectivo aplicable a la misma»; tiempo de trabajo; prevención riesgos y pactos sobre empleo. Ha de tenerse en cuenta, además, una nutrida negociación colectiva que en los convenios de las empresas usuarias ponen trabas y cortapisas a la contratación de mano de obra externa de la ETT.

bajo a desarrollar en el convenio aplicable a la empresa usuaria, con el debido prorrateo de las partes proporcionales correspondientes a las retribuciones de los periodos de descanso y de las percepciones de devengo superior al mes. El salario a percibir deberá constar en el contrato de puesta a disposición y, sin duda, en el de trabajo.

La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, añade a la Ley 14/1994 un nuevo capítulo, el VI, titulado actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal que, en síntesis, contiene la siguiente regulación: la ETT validamente constituida en su país de origen podrá temporalmente desplazar trabajadores para su puesta a disposición de empresas usuarias que ejerzan su actividad en España. La ETT deberá garantizar a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo comunes para todo trabajador en tal circunstancia (cfr 392). El contrato de puesta a disposición ha de ser en esta caso también por escrito y hacerlo para los supuestos legalmente autorizados. En iguales circunstancias y obligaciones se encontrará la ETT española que desplace trabajadores a los demás estados miembros de la UE o del Espacio Económico Europeo.

Como son dos los empresarios que tendrá el trabajador de la empresa temporal, dos son los poderes de dirección que sobre el mismo gravitan. El de la empresa usuaria se desplegará para determinar la actividad laboral del trabajador y para controlar su resultado (arts. 6.1 y 15.1 LETT); el límite de su poder de dirección será el propio contrato de puesta a disposición. Sin embargo, al empresario de la empresa temporal le queda una importante manifestación del poder de dirección, las facultades disciplinarias. La empresa usuaria, caso de incumplimiento del trabajador, tiene un derecho de denuncia ante la ETT, pero la sanción la impone esta última (art. 15.2 LETT); la ETT tiene el poder exclusivo del uso de las facultades sancionadoras, incluidas obviamente la de despedir.

El trabajador en la empresa usuaria tendrá derecho a utilizar el transporte y las instalaciones colectivas de la empresa usuaria y, en su caso, a presentar reclamaciones a través de los representantes de los trabajadores de la usuaria. Estos representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tendrán atribuida la representación de los trabajadores de la Empresa de trabajo temporal en todo lo que atañe a las condiciones de trabajo en la empresa usuaria (art. 17.1 y 2 LETT) y, además, los trabajadores de la ETT deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud laboral que los trabajadores de la empresa usuaria y podrán dirigirse a los trabajadores designados o servicios de prevención establecidos en igualdad de condiciones que

los demás trabajadores de la usuaria (arts. 28.1 LPRL y 6 RD 216/1999). Los trabajadores de la ETT, por último, no vendrán obligados a abonar a esta ninguna cantidad a título de gastos de selección, formación o contratación (art. 12.4 LETT).

D) Controles y responsabilidades. La Administración Laboral se reserva en materia de ETT una serie de controles y exigencias: la identificación a través del número de autorización de la ETT (art. 9.2 LETT); la remisión a la autoridad laboral de los contratos de puesta a disposición (arts. 5.1 LETT y 16 RD 4/1995); la información a la propia autoridad sobre los cambios de titularidad, apertura de nuevos centros de trabajo y cese de la actividad (arts. 5.2 LETT y 16.2 RD 4/1995) y, desde luego, la potestad sancionadora para perseguir y castigar las infracciones tipificadas en los artículos 18 y 19 LISOS.

Tampoco la construcción normativa desliga a la empresa usuaria de las posibles vicisitudes de esta triangular relación: a) la empresa usuaria responde subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición (art. 16.3 LETT; la responsabilidad será solidaria si el contrato se hubiera realizado incumpliendo lo dispuesto en los arts. 6 y 8 LETT); b) la empresa usuaria es responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección del trabajador cedido en materia de seguridad y salud laboral y, en su caso, responde con el recargo de prestaciones de la Seguridad Social (arts. 16.2 LETT, 28.5 LPRL y 5 del RD 216/1999; siempre la ETT será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud de los trabajadores cedidos, art. 6 RD 216/1999); c) la empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores de los contratos de puesta a disposición que suscriban así como entregarles copia básica del contrato de trabajo que le facilitará la ETT (art. 9 LETT).

289. Cesión ilegal de trabajadores.—La cesión temporal de trabajadores que no se haga a través de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas es ilegal (art. 43.1 LETT). En efecto, al aprobar la regulación de las empresas de trabajo temporal (LETT) y derogar el anterior art. 43 ET, quedaba sólo esta declaración de cierre: son ilegales todas las cesiones temporales de trabajadores que no se realicen a través de empresas de trabajo temporal. De este modo, ha de calificarse de cesión ilegal la conducta de quien, asumiendo nominalmente el nombre de empresario, traslade el personal a otro que, en realidad, ostente la titularidad de la explotación u organización en cuyo ámbito de dirección presten servicios retribuidos los trabajadores (STS

3-2-2000, A. 1600). En la cesión ilegal una empresa se limita a suministrar a otros trabajadores; la relación entre las dos empresas se agota en la mera cesión de mano de obra (STS 14-9-2001, A. 582 del 2002). Igualmente habrán de reputarse cesiones ilegales de trabajadores los supuestos de infracciones a los tipos de contrato de puesta a disposición y a los casos excluidos de tales contratos (arts. 6.2 y 8 LETT). Las cesiones ilegales de trabajadores tienen un consecuente régimen jurídico de responsabilidades aplicables a estas situaciones anómalas (art. 43.2 y 3 LET).

La actividad de cesión ilegal da lugar a las siguientes responsabilidades: entre el empresario ficticio (cedente) y el real (cesionario o receptor de los servicios) se establece una responsabilidad solidaria «de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social» (art. 43.2 LET). Puede incurrirse en otras responsabilidades, penales (art. 311 Código penal) y administrativas (art. 96.2 LET). El artículo 43.3 LET otorga a los trabajadores objeto de este tráfico ilegal de mano de obra una protección mayor que la propia responsabilidad solidaria al establecer que «los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho, a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria. En la nueva empresa sus derechos y obligaciones serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador del mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se contará desde el inicio de la cesión ilegal». Este derecho de elección de los trabajadores cedidos podrán ejercerlo durante el tiempo que dure la cesión (STS 11-9-1986, Ar. 4953); esto es, para que pueda ejercitarse la opción se requiere que la relación laboral mantenida con el cesionario se encuentre en vigor (STSJ Madrid, 17-5-1993, A. 2599). En cualquier caso, el artículo 43.3 LET que reconoce un derecho de opción al trabajador sujeto de una cesión ilegal actúa sólo cuando se está en presencia de dos empresas de entidad real, en este caso las condiciones de trabajo (salariales, de jornada, etc) de la cesionaria se aplicarán sólo a partir del momento de la opción, salvo la antigüedad que se computará desde el inicio de la cesión ilegal. Sin embargo, cuando el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento, todas las condiciones de trabajo (y no sólo la antigüedad) de la cesionaria se aplican al trabajador desde el momento mismo en que se inició la cesión fraudulenta (SSTS 17-1-1991, A. 58 y 21-3-1997, A. 2612).

BIBLIOGRAFÍA (capítulos XV y XVI)

- AA.VV.: Autoridad y democracia en la empresa, Trotta, Madrid, 1992.
 AA.VV.: Discriminación e igualdad entre los sexos en la relación laboral. R. número monográfico, 1993, núm. 3-4.

- AA.VV. La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral (coordina J. Cruz Villalón) Aranzadi ; Pamplona, 1997.
 AA.VV. Número monográfico (un año de vigencia de la Ley 8/2000, de Extranjería) TrS. 2002, núm. 133.
 ALBIOL MONTESINOS, I.: «Las empresas de trabajo temporal», TS, 1994, número 43.
 ALONSO OLEA, M.: «Trabajo en común y contrato en grupo», en AA.VV., Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Madrid, (Edersa), 1985 t. III.
 —«Jurisprudencia sobre responsabilidad civil del empresario ante terceros por actos del trabajador», REDT, 1980, núm. 3; 1984, núm. 17, 1987, núm. 29.
 ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público», DA, 1987, núms. 210 y 211.
 —La contratación laboral del profesorado en la Ley orgánica de Universidades, Servicio de Publicaciones, Universidad de La Laguna, 2002.
 ARGÜELLES BLANCO, A. R., La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
 BALLESTER PASTOR, M^a. A.: El trabajo de los extranjeros comunitarios en España, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
 BAYLOS GRAU, A.: «En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador» en AA.VV., Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo, Madrid, (Univ. Complutense), 1980.
 BAZ RODRÍGUEZ, J.: Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo, Comares, Granada, 2002.
 BORRAJO DACRUZ, E.: «Los empresarios indirectos», DL, 1982, núm.2.
 —«La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del Trabajo», DL, 1983, núm. 7.
 CABEZA PEREIRO, J.: «Las empresas de trabajo temporal tras la reforma de 1999», AL, 2001 núm. 13.
 —«El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión», REDT, 2001, núm. 104.
 CALVO GALLEGO, F. J.: Contrato de trabajo y libertad ideológica (Derechos fundamentales y organizaciones de tendencias), CES, Madrid, 1995.
 CAMPS RUIZ, L. M.: «Problemas laborales de las fusiones de sociedades», en AA.VV., Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Homenaje al Profesor Alonso Olea, MTSS, Madrid, 1990.
 —«El concepto laboral de empresario» en AA.VV. Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Edersa, Madrid, 1990.

- Las empresas de trabajo temporal, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- CASTRO ARGÜELLES, M^a. A.: «Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal», DL, 1994, núm. 44.
- CASAS BAAMONDE, M^a. E.: «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», en RL, 1998, núm. 11
- «De la igualdad de retribución por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo derecho antidiscriminatorio», en RL, 2002, núm. 23-24
- DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas ante la anulación del proceso de selección» en AL (I y II), 2002, núm. 3 y 4.
- DURÁN LÓPEZ, F.: «La responsabilidad de las partes en la cesión fraudulenta de la empresa y las relaciones entre jurisdicción penal y laboral», REDT, 1980, núm. 2.
- «Inviolabilidad de la persona del trabajador», en AA.VV., Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, EDERSA, Madrid, 1983, tomo IV.
- El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario, MTSS, Madrid, 1987.
- «Las empresas de trabajo temporal», RT, 1983, núm. 69.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo, ed. Civitas, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Sobre la situación laboral de los profesores integrantes de una orquesta», RL, 1987, núm. 17.
- «La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional» en AA.VV. Constitución y Derecho del Trabajo (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional), Marcial Pons, Madrid, 1992.
- GALLIANA MORENO, J. L. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Régimen jurídico de la prestación de servicios profesionales por las comunidades de bienes y sociedades irregulares», RL, 1986, t. II.
- GARATE CASTRO, F. J.: «Trabajadores amistosos, benévolos o de buena vecindad», RPS, 1981, núm. 131.
- «Trabajos familiares (Algunas consideraciones jurisprudenciales para un estudio)», RPS, 1981, núm. 132.
- GARCÍA BECEDAS, G.: «Dos casos sobre interposición en el contrato de trabajo», RT, 1984, núm. 74.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal (I y II)» AL, 1996, núms. 1 y 2.
- GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», RPS, 1981, núm. 130.

- «Las nuevas normas sobre colocación y cesión de trabajadores. Una primera aproximación a la Ley 10/1994 y normas concordantes», TL, 1994, núm. 31.
- GARCÍA-PERROTE, I.: «La naturaleza laboral de la relación de los notarios y sus empleados. La nueva y positiva jurisprudencia del Tribunal Supremo», RT, 1986, núm. 82.
- «La cesión de trabajadores en el ordenamiento laboral español: tipos de cesiones ilícitas. Empresas de Trabajo Temporal», Cuadernos de Derecho Judicial, 1994.
- GOERLICH PESET, J. M.: La relación de trabajo de los empleados de Notarías, Edersa, Madrid, 1987.
- GONI SEIN, J. L.: El respeto a la esfera privada del trabajador, Civitas, Madrid, 1988.
- IZQUIERDO H. y MOLINA GARCIA, M.: La laboralización de los funcionarios públicas, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996
- MARÍN CORREA, J. M.: «La comunidad de bienes como empresario. Legitimación pasiva y responsabilidad de los copropietarios». AL, 1992, núm. 34.
- MARTÍN AGUADO, A.: «Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador», RL, 1989, núm. 19.
- MARTÍN PUEBLA, E.: «Trabajadores al servicio de la Administración, la problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública», RL, 1990, núm. 1.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios» y «Cesión de trabajadores», en AA.VV., Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, t. VIII, Edersa, Madrid, 1982.
- La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho en Cuadernos de Derecho judicial, dedicado a Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratas de obras o servicios. Sucesión de empresas, CGPJ, Madrid, 1997.
- «Aspectos laborales de la Ley (reformada) de extranjería» en TrS. 2001, núm. 126.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a.: «Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresa», REDT, 1993, núm. 62.
- MARTÍNEZ GIRON, J.: La contratación laboral de servicios profesionales, Universidad, Santiago de Compostela, 1988.
- El empresario aparente, Civitas, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G.: Decisiones empresariales y principio de igualdad, Cedecs, Barcelona, 1998

- MELLA MENDEZ, L.: «El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo» en Tr.S, 2003, núm 145
- MIÑAMBRES PUIG, C.: El centro de trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción, MT, Madrid, 1985.
- La estabilidad de funcionarios y trabajadores, CES, Madrid, 2001.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las relaciones de trabajo en la fusión y escisión de sociedades (I y II)», RL, 1987, núms 7 y 8.
- «Aspectos laborales de los grupos de empresas», REDT, 1985, núm. 21.
- «Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades», RL, 1986, t. II.
- Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo, Comares, Granada, 1997.
- MOLINA GARCÍA, M.: El contrato de trabajo en el sector público, Comares, Granada, 2000.
- MOLINA NAVARRETE, C.: Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades, Colegio de España, Bolonia, 1995.
- MOLERO MARAÑÓN, M. L.: La responsabilidad empresarial frente al personal de las empresas de trabajo temporal, La Ley, Madrid, 2001.
- MONTOYA MELGAR, A.: El poder de dirección del empresario, IEP, Madrid, 1965.
- Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», REDT, 1998, núm.91
- «El poder de dirección del empresario» REDT, 2000, núm. 100.
- MORENO GENE, J.: Los grupos de empresas públicas. Identificación del empresario responsable, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- MORENO DE TORO, C.: Responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados, CES, Madrid, 1999.
- MOYA ESCUDERO, M.: «La capacidad del trabajador extranjero en Derecho Internacional Privado Español», REDT, 1982, núm. 10.
- MURILLO MARINAS, J.: «Las relaciones jurídicas del voluntariado social como excluidas de la relación laboral», RTSS, 1991, nº 1.
- ORTIZ LALLANA, M. C.: «Los grupos de empresa: determinación del empresario responsable», AL, 1985, núms. 39 y 40.
- Prestación Laboral de los Socios en las Cooperativas de Trabajo Asociado, Boch, Barcelona, 1989.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes», REDT, 1980, núm.2.
- «Las empresas de trabajo temporal y el ordenamiento laboral español», RT, 1984, núm. 74.

- Empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores en AA.VV. Reforma de la legislación laboral, ed. Junta de Andalucía, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997
- PEDRAJAS MORENO, A.: «Consejeros delegados de empresas societarias y agentes comerciales independientes: dos problemáticos supuestos de exclusión de laboralidad» AL, núm. 23.
- «Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex artículo 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores, AL, 1995, núm. 21.
- PÉREZ AMOROS, F.: «El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo español (su concepto legal y su emplazamiento en el estudio del Derecho del Trabajo)», RPS, 1982, núm. 133.
- PÉREZ PÉREZ, M.: «El sindicato empleador», AL, 1994, núm. 41.
- PÉREZ DEL RIO, T.: El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo, IELSS, Madrid, 1984.
- PÉREZ YANEZ, R.: «El reparto de poderes empresariales entre empresas de Trabajo Temporal y Empresa Usuaria respecto a los trabajadores en misión», RL, 1998, núm. 1
- POLO SÁNCHEZ, M^a. C.: Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España, CES, Madrid, 1994.
- RAMOS QUINTANA, M. I.: El trabajo de los extranjeros en España, Madrid, Tecnos, 1989.
- Derechos de los trabajadores extranjeros, REDT, 1997, núm. 86.
- «Trabajadores extranjeros e integración social», TL, 2000, núm. 54.
- REY GUANTER, S. del: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», RL, 1995, núm. 3.
- REY GUANTER, S. del y LUQUE PARRA, M.: «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral», RL 1999, núm. 20
- RIVERO LAMAS, J.: Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial, Universidad, Zaragoza, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia» en AA.VV., Estudios de Derecho del Trabajo (homenaje al Prof. B. Chacón), Madrid, Tecnos, 1980.
- «No discriminación en las relaciones laborales», en AA.VV., Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Edersa, Madrid, 1983, tomo IV.
- El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores», RL, 1996, núm 5.
- Igualdad de oportunidad y prioridad de la mujer a los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE, RL, 1997, núm. 24

- «La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional», RL, 1998, núm. 22
- «El acceso al mercado de trabajo de los extranjeros no comunitarios», RL, 2000, núm. 22
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LOPEZ, M^a. F.: Igualdad y discriminación, Tecnos, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal, MTSS, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994, Tecnos, Madrid, 1995.
- ROJAS RIVERO, G. P.: La libertad de expresión, TROTTA, Madrid, 1990.
- ROJO TORRECILLA, E. y MARTÍNEZ ABASCAL, V.: Las empresas de trabajo asociado, MTSS, Madrid, 1988.
- ROMÁN DE LA TORRE, M^a. D.: Poder de dirección y contrato de trabajo, Graphus, Valladolid, 1992.
- SÁEZ LARA, C.: Mujeres y mercado de trabajo, CES, Madrid, 1994.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: «Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal», en AA.VV., Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García, AEDTSS y Marcial Pons, Madrid, 1995.
- SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ, J. M.: «El concepto de centro de trabajo (problemas interpretativos del art. 1,5 del ET)», AL., 1985, núm. 33
- SALA FRANCO, T.: La empresa de trabajo temporal, en AA.VV., Protección penal de los derechos de los trabajadores, Santiago de Compostela. (Universidad), 1985.
- «Las relaciones laborales en Las Administraciones Públicas» AL, 2000, núm. 32
- SANTAGO REDONDO, K. M., Socio de cooperativa y relación laboral, *Ibidem.* Madrid, 1998.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Discriminación y trabajo femenino en la minería», RL, 1987, núm. 3.
- SERRANO OLIVARES, R.: «El elemento locativo en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios» RL, 2000, núm. 18
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: Menores y mujeres ante el contrato de trabajo, Madrid. (IEP), 1967.
- «Capacidad para contratar. En torno al artículo 7», REDT, 2000, núm. 100
- THIBAUT ARANDA, J.: El teletrabajo, CES, Madrid, 2000.
- VALDES DAL-RE, F.: «Notas sobre el nuevo régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado», REDT, 1980, núm. 1.
- «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador». RL, 1990, núm.8.

- « Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I y II)», RL, 1995, núms. 6 y 7.
- VALLE, J. M.: «Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español», RT, 1988, núm. 89, p. 73.
- VALVERDE ASENSIO, A. J.: La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios, Tirant lo blanch, Valencia, 1997
- VICENTE PACHÉS, F. DE: El derecho del trabajador al respecto de su intimidad, Madrid, CES, 1998
- VILLA GIL, L. E. de la: «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», CCDT, 1972, núm. 4, pp. 1 a 88.
- «Las empresas de trabajo temporal en España. Algunos problemas jurídicos», RT, 1984, núm. 74.

CAPÍTULO XVII

LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO

SUMARIO: I. Consentimiento, objeto y causa del contrato.—II. Forma, documentación y derecho del trabajador a ser informado. La presunción de existencia.—III. La libertad empresarial de contratación.—IV. Ineficacia del contrato. Bibliografía.

I. Consentimiento, objeto y causa del contrato

290. El consentimiento y la capacidad para contratar.—Para que un contrato sea válido, y el de trabajo no es una excepción, necesita la ineludible concurrencia de tres requisitos llamados esenciales («no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes. 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º. Causa de la obligación que se establezca», art. 1261 Código civil). El primero de ellos es el acuerdo entre las partes, las declaraciones de voluntad de los dos sujetos (empresario y trabajador) deben coincidir en celebrar contrato de trabajo. De cualquier modo que se contemple es inequívoco el carácter consensual del contrato de trabajo (se perfecciona por el mero consentimiento); el acuerdo de voluntades es insustituible, porque es lo único que crea el vínculo obligacional bilateral entre empresario y trabajadores (STS 17-11-1987, A. 8007). Son

tres los aspectos en que puede parcelarse el estudio genérico del consentimiento: la capacidad para consentir válidamente, los modos de prestar el consentimiento y los vicios de éste.

El acuerdo de las partes sólo es posible si, inicialmente, las dos cuentan con capacidad para contratar. La del trabajador, que será la primera en analizar porque encierra notables peculiaridades, se rige por las normas comunes y por las específicas de los artículos 6 y 7 LET. Conforme a las reglas comunes la persona (arts. 12 CE y 315 Código civil) tiene plena capacidad de obrar a la mayoría de edad que empieza a los dieciocho años cumplidos. El artículo 6.1 LET se refiere a una forma específica de limitar la capacidad de obrar para contratar, la del menor de edad y, con otra técnica que la del Código civil, establece que se prohíbe la admisión al trabajo de los menores de dieciséis años (art. 6.1 LET); en cualquier caso «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretaran de forma restrictiva», (art. 2. Ley Orgánica 1/1996, 15 enero, de protección jurídica del menor); no es una prohibición absoluta pues hay reglas especiales para el trabajo del menor en espectáculos públicos, (cfr 464). Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho tienen una característica regulación jurídica que, en cualquier caso, gira sobre la necesaria manifestación del consentimiento del menor («para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste», art. 162.3 Código civil). El artículo 7, b, LET precisa que el mayor de dieciséis y menor de dieciocho que vive de forma independiente no precisará el consentimiento (por autorización) de sus padres o tutores. La independencia como forma de vida consentida por los padres o tutores ya es una manifestación tácita de la autorización para trabajar (presunción de emancipación, art. 319 Código civil). Si vive con los padres o tutores o en institución que lo tenga a su cargo el menor tiene capacidad limitada y necesita autorización (que no representación porque el consentimiento del menor no se suple) de tales personas (del padre y la madre conjuntamente o de uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro, art. 156 Código civil). La autorización puede manifestarse de forma expresa o tácita de no oposición al trabajo (STSJ Madrid 16-5-1997, A. 1586) y, manifestada, supone no sólo la posibilidad de consentir en un contrato de trabajo sino que el menor queda también autorizado «para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación», (art. 7, b, segundo párrafo, LET). Tendrá, finalmente, capacidad plena el menor emancipado («la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor», art. 323 Código civil) ya lo sea por concesión de quien ejerza la patria potestad; ya por concesión judicial (art. 314 Código civil), ya por matrimonio (arts. 314 y 316 Código civil).

Los demás supuestos de incapacidad para contratar no están regulados en la LET que, como se ha visto, contrae sus prescripciones a la menor edad. No podrán prestar consentimiento en los contratos «los incapacitados» (art. 1263, 2º Código civil); esta afirmación legal es insuficiente en su sola lectura y hay que completarla con dos observaciones: una, que las enfermedades o deficiencias sólo son causas de incapacitación si impiden a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 Código civil) y, otra, que en cualquier caso (incluida la prodigalidad, arts. 294 y siguientes Código civil) «nadie podrá ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley» (art. 199 Código civil). Será la propia sentencia la que determine la extensión y los límites de la incapacidad así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapaz (art. 210 Código civil).

El propio artículo 7, c, LET establece, aunque ciertamente la cuestión no es de capacidad sino de autorización administrativa, que el extranjero contratará su trabajo de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia (cfr 272); es obligatorio para el extranjero no comunitario hallarse en posesión de los permisos de trabajo y residencia y, si carece de ellos, será nulo el contrato de trabajo que se concierte (STS 21-3-1997, A. 3391).

Por lo que se refiere a la capacidad, jurídica y de obrar, del empresario para convenir contrato de trabajo, no hay ningún precepto laboral específico que la regule como lo hace para con la de los trabajadores el artículo 7 LET. La persona natural como empresario está sometida a las reglas generales de la adquisición de la capacidad jurídica (art. 30 Código civil) y de la de obrar, con la mayoría de edad o emancipación (arts. 315 y 323 Código civil). Igual sucede con el empresario persona jurídica que vendrá sometido a las normas generales sobre adquisición de la personalidad (art. 35 Código civil); capacidad en las distintas formas societarias (arts. 38 Código civil y 7.1 Ley de Sociedades Anónimas) o, concretamente, del órgano contratante (extralimitación de facultades de un órgano societario, STSJ Asturias 2-5-1997, A. 1463). Por último, en los diferentes supuestos de personificación de los entes públicos, sólo será válido su consentimiento si está expresado por órgano competente y con el procedimiento adecuado, (SSTSJ Galicia 25-1-1995, A. 153 y La Rioja 15-4-1996, A. 1260, de tal suerte que la nulidad obtenida en vía contenciosa administrativa del acto de la Administración que sirva de soporte necesario al contrato, arrastra la nulidad de este, SSTS 4-6-1985, A. 3343 y 12-6-1989, A. 4567 y STSJ Castilla León 30-9-1997, A. 2917).

291. Manifestaciones del consentimiento.—El contrato de trabajo puede ser concluido expresa o tácitamente, según exterioricen las partes la

voluntad de convenir. Será la manifestación expresa cuando se declara y consta la voluntad de contratar y tácita cuando lo relevante es el comportamiento, la ejecución del contrato, la propia incorporación a la empresa que, sin más, equivale a la conclusión válida del mismo (comportamiento con actos concluyentes e inequívocos, consentimiento *per facta concludentiae*; en todo caso, el consentimiento ha de expresarlo la persona o quien ostente su representación, STS 12-5-1990, A. 2056). La manifestación del acuerdo entre las partes guarda escasas novedades en el ordenamiento laboral (a salvo siempre el carácter personalísimo del contrato de trabajo que no puede ejecutarse más que por el trabajador contratado). Sin embargo resultará útil exponer dos supuestos de cierta importancia que pueden acaecer entre los fenómenos que acompañan a la conclusión de un contrato de trabajo. El primero se refiere a las consecuencias de la formación del consentimiento no de forma simultánea, presentes los contrayentes, sino de forma sucesiva y con lejanía entre estos (oferta y aceptación de trabajo). El segundo califica los supuestos en los que las partes no están conviniendo un contrato de trabajo sino realizando tratos preliminares o incluso un precontrato de trabajo.

La oferta como manifestación de quien asume la iniciativa del contrato (lo usual es oferta de trabajo) debe tener un destinatario concreto (carácter personalísimo del contrato) y no es eficaz la oferta genérica y no individualizada (aunque es vinculante la oferta general dirigida a un grupo indeterminado si sus condiciones son aceptadas y cumplidos sus extremos por alguien en concreto: oferta de contratación indefinida a quien supere un curso de formación, STSJ Cataluña 15-11-1991, A. 6437). La aceptación, obviamente, no es debida, pero su conocimiento produce el consentimiento para contraer (concurso de oferta y aceptación, art. 1262 Código civil); nada tiene que ver esta oferta, ni con la genérica de empleo (STSJ Andalucía, 28-6-1991, A. 3637) ni con la convocatoria de pruebas de la Administración que, en realidad, es una oferta genérica condicionada en su individualización a que se superen las pruebas y sólo si se acredita la idoneidad nace el deber de contratar (el control de tales pruebas compete a la jurisdicción de lo contencioso, STSJ Navarra, 7-5-1991, A. 3196; el incumplimiento de las consecuencias de la calificación de una prueba, de la que nace el derecho a ser contratado con preferencia sobre otro, da lugar a indemnización de los daños y perjuicios que se acrediten ante la Jurisdicción de lo Social, STSJ Andalucía, 6-4-1993, A. 2070).

Sin llegar a la naturaleza de oferta, porque ni hay voluntad inequívoca de obligarse ni están expresados todos los elementos esenciales del contrato de trabajo (STS 2-5-1984, A. 2950; o se da mera información, STS 6-7-1990, A. 6073), puede producirse un conjunto de tratos preliminares o actos prepara-

torios del contrato que, en razón a la importancia y a las expectativas que la conducta del empleador hayan hecho surgir, pueden haber producido daño a la otra parte, lo que permitirá el ejercicio de acciones para demandar el resarcimiento de daños y perjuicios, incluso los morales, que se deriven de la conducta incumplidora (STS 16-12-1999, A. 8978).

Las partes (o una sola) pueden comprometerse a realizar en el futuro lo que ahora no pueden o no quieren convenir. El precontrato de trabajo (promesa de trabajo o contrato preliminar de trabajo) es el pacto válidamente contraído por el que una parte se obliga a dar trabajo en el futuro y la otra a aceptarlo (STSJ Navarra 31-5-1996, A. 1497). Esta realidad negocial engendra la obligación de consumar o completar las bases del acuerdo y concluir un contrato de trabajo (STSJ Cataluña 8-2-1995, A. 693; hay propósito de celebrar ulterior contrato de trabajo entre el empresario que convoca pruebas selectivas y quien participa en ellas, las supera y es declarado apto, STSJ Madrid 23-6-1995, A. 2684).

El incumplimiento de las obligaciones que nacen de la promesa de trabajo o precontrato abre las puertas al ejercicio de acciones de daños y perjuicios para cuyo conocimiento es competente la jurisdicción laboral y la fijación indemnizatoria la tomarán, a su arbitrio, los órganos judiciales sin que guarde relación con lo previsto legalmente para los supuestos de extinción del contrato (STS 15-3-1991, A. 4167). No queda limitada la figura de precontrato de trabajo, como oferta de pacto futuro, sólo a la conclusión del contrato sino que puede aparecer durante la ejecución de una relación laboral como promesa unilateral del empleador de modificar unas determinadas condiciones de trabajo; en cuanto se produzca la aceptación de esa oferta, se perfecciona la relación obligatoria modificativa (STS 21-7-1992, A. 5645).

Finalmente, el contrato de trabajo ha de interpretarse conforme a las reglas que imponen los artículos 1281 a 1289 del Código Civil (la interpretación es siempre una facultad de los Tribunales de instancia, revisable sólo por infracción de las reglas hermenéuticas, STS 12-11-1993, A. 8684).

292. Vicios del consentimiento.—La metáfora «vicios del consentimiento» se ha convertido en un término técnico de la dogmática jurídica: «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo» (art. 1.265 Código civil). En tales casos, el consentimiento de las partes existe, pero la voluntad de una de ellas ha sido alterada, está viciada, ya porque se ha manifestado erróneamente ya porque ha sido arrancada con violencia o dolo. No existe para el contrato de trabajo una específica regulación al margen de la común (arts. 1.265 a 1.270 del Código civil) que, en realidad,

ordena unos supuestos de consentimiento viciado que, por obra de la ley, permiten que se anule el contrato, que se rompan los efectos de algo no querido o impuesto.

El error que contempla el artículo 1.266 Código civil como invalidante del consentimiento es aquel que recae «sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiera sido la causa principal del mismo». La variable clasificación de los tipos de error aconseja, en primer lugar, señalar que el único error a tener en cuenta es el esencial y se entiende por tal el que afecte: a la naturaleza del contrato (creo estar conviniendo un contrato de sociedad y convengo uno de trabajo; de enorme dificultad para hacerlo valer en el ordenamiento jurídico laboral por la fuerza atractiva de éste y por la presunción de laboralidad, arts. 1 y 8.1 LET); a la identidad y cualidades del objeto (contrato de trabajo, con error en la clase de trabajo, en la duración, en el salario o en el lugar de la prestación) y, finalmente, a la identidad o cualidades de la persona (el contrato de trabajo es personalísimo; se contrata —también es posible, claro está, el error en la persona del empresario— a un determinado trabajador con unos determinados títulos o cualidades profesionales, STS 28-4-1986, A. 2259 y STSJ Andalucía 17-11-1997, A. 4102; o se contrata a quien, erróneamente, se le adjudicó en pruebas de selección la máxima puntuación, STSJ Galicia 18-4-1996, A. 1271). El error, además de esencial, ha de ser desconocido por quien voluntariamente contrata, ha de ser inimputable a quien lo padece (cualidades del trabajador sustentadas en documentos falsos, STS 26-10-1999, A. 7496) y debe existir un evidente nexo causal entre el error y la finalidad pretendida con el contrato (STS 20-11-1989, A. 7894; el error ha de ser inexcusable y no ser quien lo alega responsable de su existencia, STS 17-11-1991, A. 824). En consecuencia, no vicia el consentimiento el simple error o equivocación material (STSJ Cataluña 21-3-1995, A. 1143).

La violencia e intimidación son vicios que arrancan el consentimiento ya por coacción física ya con amenazas («hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible», art. 1.267.1 Código civil. Hay intimidación «cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes», art. 1.267.2 Código civil). El grado de la violencia o de la intimidación requiere siempre una ponderación judicial («debe atenderse a la edad y a la condición de la persona», art. 1.267 Código civil y STSJ Andalucía 7-2-1995, A. 649; un supues-

to concreto referido al consentimiento válido para acordar la extinción del contrato en SSTS 6-11-1985, A. 5729, 2-3-1987, A. 1306 y 19-4-1988, A. 2991 y STSJ de Baleares 30-6-1997, A. 2405: la amenaza de despido o de denunciar los hechos ante la policía, en la medida en que se refiere al ejercicio de facultades que el ordenamiento confiere, no es causante de intimidación que anule el consentimiento extintivo).

El dolo, como conducta engañosa, de mala fe, de uno de los contratantes precisa ser grave para causar la nulidad (arts. 1.269 y 1.270 Código civil y STS 26-10-1999, A. 7496). Se refiere a ocultación de datos decisivos para la formación del contrato (supuestos legales de incompatibilidades, por ejemplo; volumen de negocio de la empresa para una eventual participación en beneficios; informes engañosos entregados al empresario para acreditar una determinada valía profesional; ocultación maliciosa de circunstancias personales que, conocidas, hubieran determinado la no suscripción del contrato, STSJ Galicia 26-4-1996, A. 1281) o a conductas engañosas que oculten la realidad (por ejemplo, comunicar falsamente a un trabajador que la obra o servicio determinado para que fue contratado ha finalizado, lo que causa la nulidad del consentimiento extintivo, STSJ Castilla-La Mancha 20-6-1997, A. 2792).

293. El objeto del contrato.—En el contrato de trabajo el objeto es la prestación que una parte se obliga a ejecutar en favor de la otra (el trabajador, su trabajo; el empresario, el pago del salario), lo que interesa a cada uno de los sujetos del contrato. La modulación, la reglamentación contractual, del trabajo debido y el salario adeudado pertenece al estudio del contenido del contrato, a las obligaciones o prestaciones de cada una de las partes. La relación de intercambio de trabajo por salario es sólo lo que ahora conviene destacar, es el objeto que han convenido las partes, el fundamento material del contrato. Tal relación no es, sin embargo, un mero intercambio de trabajo por remuneración sino, más exactamente, se trata de una actividad ejercida de manera precisa, en posición de dependencia o subordinación; el precio que se recibe no es una retribución cualquiera sino un salario con su peculiar regulación jurídica.

El objeto ha de ser lícito, posible y determinado. El artículo 1.271 Código civil dispone que pueden ser objeto del contrato «todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres» y el artículo 3.1, c, LET señala que el objeto del contrato ha de ser lícito. La ilicitud debe predicarse de la actividad (de los servicios) del trabajador y no necesariamente quedan estos tachados de ilegalidad porque lo sea la actividad de la empresa. La ilicitud del objeto puede, también, provenir de una nota subjetiva: carencia de específica

titulación para desempeñar legalmente un determinado trabajo. El objeto ha de ser posible, «no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles» (art. 1.272 Código civil) y determinado («el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie», art. 1.273 Código civil). La determinación del trabajo debido y del salario adeudado, por el carácter normado del contrato de trabajo, apenas si requiere de una genérica indicación (categoría o grupo profesional) del trabajo a prestar. La determinación suficiente es, o puede ser, objeto de normas legales o convencionales.

294. La causa del contrato.—Siguiendo las pautas marcadas por el artículo 1.274 del Código civil, la causa del contrato de trabajo será, para el trabajador, obtener salario y para el empresario obtener los correspondientes servicios en régimen de ajenidad. La causa es, de este modo, la razón, la justificación de por qué el ordenamiento jurídico tutela una determinada manifestación de la autonomía de la voluntad; explica este requisito esencial la función económico social del contrato de trabajo y lo caracteriza como el que regula el intercambio de servicios prestados en ajenidad y dependencia por una remuneración. Si no hay esta función económico social querida por las partes, el contrato será nulo por no tener causa («los contratos sin causa no producen efecto alguno», art. 1.275 Código civil; no cumple la función de intercambio de trabajo por salario, el contrato firmado por quien no tiene el título o habilitación administrativa para desempeñar el trabajo que ofrece y contrata, STSJ Asturias 20-6-1997, A. 1940); también serán nulos los que responden a una causa inmoral o ilícita, (STSJ Cataluña 2-1-1997, A. 340). La ilicitud o inmoralidad debe relacionarse con la actividad del propio trabajador en un contrato de trabajo determinado, no con la actividad de la empresa, caso de que ambas sean razonablemente separables). La razón jurídica, la causa, que tutela al contrato de trabajo es la de cesión inicial de los frutos y la del salario debido (son contratos carentes de causa y, por tanto, nulos, los suscritos por órganos societarios, Presidente o Consejero Delegado, sin responder nunca a «una auténtica realidad laboral y sí a una mera apariencia», STSJ Madrid 2-6-1993, A. 3120).

II. Forma, documentación y derecho del trabajador a ser informado. La presunción de existencia

295. Forma, documentación y derecho a ser informado.—

A) *Forma escrita.* Con mayor razón aún, el principio general del antiformalismo que impera en el sistema común de contratación se aplica al contra-

to de trabajo («el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra», art. 8.1 LET). La exteriorización de la voluntad de convenir, expresa (escrita o de palabra) o tácita (hechos concluyentes), es suficiente para la celebración válida del contrato de trabajo. No hay en el ordenamiento laboral ninguna exigencia de forma como elemento necesario para el reconocimiento objetivo del contrato de trabajo. Ni siquiera la solemnidad de la forma escrita que requiere el artículo 8.2 (redacción de la Ley 12/2001) y 3 LET es constitutiva sino declarativa o como medio de prueba.

En efecto, deberán constar por escrito (en muchas ocasiones en el modelo oficial que acompaña a la norma reguladora del tipo contractual) los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación. (arts. 3, 11 y 17.1); los contratos a tiempo parcial, fijo-discontinuo y de relevo (art. 12.4, a, LET); los contratos de trabajo a domicilio; los contratos para la realización de una obra o servicio determinado y el de interinidad (art. 6.1 RD 2720/1998, de 18 de diciembre); el contrato de inserción con la Administración Pública (art. 15.1, d, LET), así como los de los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero. Igualmente constarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas.

La apelación genérica a una disposición legal para exigir la forma escrita remite al propio Estatuto de los Trabajadores: además del artículo 12.4 LET para los contratos a tiempo parcial, el artículo 10.3, contrato del auxiliar asociado; los contratos para el fomento de la contratación por tiempo indefinido (disposición adicional primera. 3 de la Ley 12/2001). También y para todos los contratos de trabajo que celebren las Administraciones Públicas (artículo 33 RD 364/1995, de 10 de marzo) en especial el de inserción (art. 15, 1. d, redacción de la Ley 12/2001). Y a casi todas las relaciones laborales de carácter especial (art. 4 RD 1382/1985, de altos cargos; art. 3 del RD 1006/1985, de deportistas profesionales; art. 3 del RD 1435/1985, de artistas en espectáculos públicos; art. 2 RD 1438/1985, de 1 de agosto, de personas que intervengan en operaciones mercantiles; art. 5 RD 1368/1985 de minusválidos en centros especiales de empleo; art. 15 del RD Ley 2/1986, de estibadores portuarios). Igualmente se requerirá la forma escrita cuando lo dispongan los convenios colectivos. En cualquier momento, incluso durante el transcurso de la relación laboral, «las partes podrán exigir que el contrato se formalice por escrito» (art. 8.4 LET). Por último hay unos concretos pactos, dentro del contrato de trabajo, para los que se exige forma escrita y su ausencia acarrea la exclusiva invalidez del pacto de referencia: el período de prueba (art. 14.1 LET); el pacto para la realización de horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (art. 12.5, a, LET) y el pacto de permanencia (art. 21.4 LET).

En los casos enumerados en que, por imperativo legal, se exige forma escrita, su ausencia no es causa de invalidez del contrato, sino que, aun verbales o tácitos, los contratos de trabajo son válidos y producen efectos. Sin embargo, la falta de forma escrita acarrea para el empresario incumplidor graves consecuencias; una, genérica, que todos los contratos no celebrados por escrito y que deban serlo se presumirán celebrados a jornada completa y por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios (art. 8.2 LET; la carga de la prueba será, evidentemente, del empresario); otras, más específicas, referidas al no disfrute de incentivos y bonificaciones en su caso (art. sexto. B, Ley 12/2001). Además, no formalizar por escrito el contrato cuando sea exigible legalmente o lo solicite el trabajador, es infracción grave (art. 7.1 LISOS).

B) Derechos de información. El requisito de forma escrita se ha robustecido indirectamente por lo dispuesto sobre el deber de información del empresario acerca de los elementos esenciales del contrato de trabajo (en el momento inicial y cuando se produzca cualquier modificación sustancial): cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito (art. 8.5 LET y RD 1659/1998, de 24 de julio; como podrá observarse, el art. 8.5 LET es una norma en blanco con una habilitación reglamentaria y al dictarse el RD 1659/1998, habrá de entenderse plenamente cumplido el deber de España de transponer al derecho interno la Directiva 91/533/CEE, de 14-10-1991). La información será por escrito y se entregará en el plazo de dos meses a contar de la fecha de comienzo del contrato y, con mayor precisión, se aclaran los extremos que deben ser informados por el empresario al trabajador: identidad de las partes; fecha de comienzo del trabajo; lugar en que va a prestarse incluso si lo va a hacer habitualmente en varios centros o en centros móviles; igualmente, y en todo caso, ha de informarse sobre el domicilio empresarial; carácter indefinido de la relación o duración previsible de la misma si es temporal; grupo profesional o categoría de puesto a desempeñar y suscripción de descripción del mismo; información sobre el convenio aplicable que puede ser suficiente para conocer con precisión el salario, la jornada, las vacaciones y los plazos de preaviso en la extinción; si no existiera convenio colectivo o fuera insuficiente para conocer tales datos, estos habrán de ser, en todo caso, suministrados al trabajador (arts. 2.2 y 5 RD 1659/1998).

En la misma línea de reforzar los elementos de certeza en el contrato de trabajo, el artículo 42.3, 4 y 5 LET regula los derechos de información de los

trabajadores del empresario principal y de los del contratista en las contrataciones y subcontratas (cfr 287). Adicionalmente, si el trabajo tiene lugar en el extranjero por más de cuatro semanas, ha de informarse de la duración, de la moneda de pago del salario, de las cuantías y forma de pago de dietas y gastos así como de las condiciones de repatriación. Es también un concreto deber de información dar a conocer las condiciones de trabajo al trabajador que va a ser desplazado para la prestación de un servicio transnacional en el marco de la UE (arts. 5, 7 y disp. Adicional primera Ley 45/1999, cfr 392).

El deber de información es autónomo y sólo puede tenerse por cumplido cuando el trabajador esté informado de los extremos esenciales descritos y sólo si coinciden con los que constan en la copia escrita del contrato bastará con entregar esta última; el deber de información, finalmente, no sustituye a la obligación del empresario de entregar a los representantes de los trabajadores la copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito (excepto los de alta dirección, art. 8.3, a, redacción de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Acompañamiento). El incumplimiento de ambos deberes será constitutivo de infracción grave (arts. 8.3, 64.2 LET y 15.4 LISOS; STC 142/1993). El empresario deberá entregar a los Servicios Públicos de Empleo un ejemplar de la referida copia básica y, en todo caso, comunicarles el contenido de todos los contratos de trabajo que celebre o prorrogue (RD 1424/2002 y OM 14-3-2003).

Igualmente la información debida es complementaria y no sustitutiva de la obligación empresarial de entregar al trabajador el certificado de empresa y cuantos otros documentos sean precisos para solicitar y tramitar prestaciones (el incumplimiento es infracción grave, art. 22.8 LISOS). En suma, el cumplimiento del deber de informar no condiciona la eficacia del contrato, pero constituye un decisivo elemento de prueba.

C) Documentación del contrato. Como un medio de prueba eficaz para acreditar la existencia del contrato no sólo está su texto escrito y, además, el derecho a ser informado sobre los elementos esenciales del mismo (STJCI: 4-12-1997, asunto Kampelmann), sino, en su ausencia o a mayor abundamiento, un conjunto de documentos posibles que se generan a lo largo de la ejecución de la relación laboral, por la propia incorporación del trabajador a la empresa (cartas, recibos de salarios, órdenes escritas, relación de personal en plantillas y escalafones, modelos de cotización a la Seguridad Social, etc.). Constituye falta leve no guardar, durante cuatro años, la documentación relativa a la Seguridad Social y al pago de salarios (art. 21.1 LISOS).

El contrato de trabajo ha de interpretarse conforme a las reglas que imponen los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil (la interpretación es siempre

una facultad de los Tribunales de instancia, revisable sólo por infracción de las reglas hermenéuticas, STS 12-11-1993, A. 8684).

En relación tanto a la forma escrita del contrato como a los documentos que se producen a lo largo de su desarrollo, se destaca la importancia que tiene el tratamiento informático de datos de carácter personal del trabajador, prohibiéndose indagar respecto a la ideología, religión, creencias y origen racial (cualesquiera otros datos que legítimamente puedan obtenerse, en especial los referidos a la esfera privada del trabajador, salud, vida sexual, relaciones personales, habrán de someterse a los requisitos y protecciones que establece con carácter general la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, cfr 283).

296. Presunción de existencia.—El artículo 8.1 LET dispone que «el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél». Se trata, pues, de una presunción legal que, como las de su especie, «dispensa de toda prueba a los favorecidos por ellas» (art. 1.250 Código civil). El precepto estatutario supone un ejemplo de una concreta técnica excepcional (las presunciones) en materia de distribución de la carga de la prueba, pero como la estructura lógica de las presunciones requiere acreditar los hechos de los que han de deducirse (art. 1.249 Código civil), ciertamente es escasa la fuerza probatoria de convicción que pueda extraerse de la presunción legal del artículo 8.1 LET (STS 28-9-1992, A. 7274). En efecto, probar que los servicios son por cuenta y bajo dependencia ajena es, sencillamente, probar la existencia misma del contrato de trabajo. Cuando se logre demostrar que se realiza un trabajo por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, con carácter voluntario y a cambio de una retribución, esa relación se presume que existe aunque no haya constancia de haberse celebrado el contrato de trabajo, por escrito o de palabra, y que es de naturaleza laboral (STS 26-1-1994, A. 380); no importa, por otra parte, qué denominación le han dado las partes. (STS 23-10-1989, A. 7310). De este modo, cuando se alegue la existencia de un contrato de trabajo, ha de probarse que reúne los requisitos de la relación laboral (STSJ Castilla-La Mancha 26-9-1997, A. 3903; incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, art. 1.214 Código civil y art. 217.2 LEC; STS 23-1-1999, A. 196). Resulta evidente que si no se prueba la existencia de las notas características del contrato de trabajo no puede operar la presunción del artículo 8.1 LET (STS 15-2-1988, A. 621; es esencial probar la retribución, no necesariamente que se haya cumplido la obligación de abonarla, STSJ Madrid, 23-12-1991, A. 7072).

El artículo 8.1 LET, cuando aparecen los datos de ajenidad, dependencia y retribución (abonada o debida), sienta la presunción de la existencia de consentimiento para un contrato de trabajo (STS 25-3-1991, A. 1894) y servirá para acreditar su existencia entre los auténticos sujetos de la relación, el trabajador y el empresario (asume la posición de empresario el que recibe y adquiere los servicios prestados por quien está incorporado a su círculo organizativo y rector, «aunque todo ello lo hagan efectivo a través de quien sólo ficticiamente actúa como empleador», STS 17-1-1991, A. 58). Es una presunción que refuerza el carácter o fuerza atractiva del propio artículo 1.1 LET que construye al contrato de trabajo como el ordenamiento regulador común del trabajo por cuenta ajena, dependiente y remunerado.

III. La libertad empresarial de contratación

297. Libertad de contratación: límites.—La ordenación de la actividad económica en la Constitución se fundamenta, sin duda, en la libre empresa (art. 38 CE) y esta libertad exige que el empresario pueda, a su arbitrio, contratar o no trabajadores y, cuando decida hacerlo, ser libre para elegir a uno u otro de los ofertantes. El empresario como empleador goza, de este modo, de una libertad de contratación de trabajadores que tiene dos planos de observación: el genérico referido a la capacidad de contratar o no y a cuántos, y el específico de poder elegir qué trabajador concreto le interesa. Encajar ese doble aspecto de la libertad de contratación dentro del más amplio derecho público subjetivo a la libre empresa supone que las limitaciones, la regulación en suma, de la libre contratación está sometida al principio de legalidad (art. 53 CE). Como resulta obvio, la libertad de contratación aparece o puede aparecer limitada tanto desde la perspectiva de la intervención de los poderes públicos como desde la propia esfera de autorregulación de las partes en ejercicio de la autonomía colectiva. A su vez, esas limitaciones afectan tanto a la libertad de contratación como a la de elección. La primera vendrá limitada por las normas sobre fijación de plantilla, sobre preferencia de empleo o sobre amortización de vacantes y reducción de plantilla. La segunda, por las que puedan existir regulando el procedimiento de colocación. Ambos tipos de límites tienen por encima de ellos otro común, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación (art. 14 CE) en el empleo.

La no discriminación en el empleo como límite amplio a la libertad de contratación está claramente prevista en el Estatuto de los Trabajadores (art. 4.2, c. LET, los trabajadores tienen como derecho básico el de «no ser discriminados para el empleo» y «se entenderán nulos y sin efecto los preceptos

reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo», art. 17.1 LET). De parecido tenor, el Convenio número 111 de la OIT (ratificado por España, BOE 4 diciembre 1968) obliga a los Estados a llevar a cabo una política que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo, considerando discriminación «cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación» (art. 1.1 a del Convenio núm. 111 OIT). En caso de incumplimiento, la contratación, sin duda, no puede imponerse (salvo algunos supuestos donde el empleador sea público), pero podrá sancionarse el comportamiento discriminatorio con imposición de daños y perjuicios.

Los límites concretos a la libertad de contratación pueden analizarse, a su vez, desde la perspectiva de las reservas legales de puestos de trabajo y desde las disposiciones que regulan la reducción de las plantillas.

El artículo 17.2 LET, con una evidente regla de discriminación favorable, dispone que «podrán establecerse por ley exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente». Esta preferencia al empleo está hoy referida exclusivamente al trabajo de los minusválidos. Tiene tradición en el derecho positivo español el establecimiento de cupos de vacantes para los disminuidos físicos o psíquicos. La eficacia de estos cupos fue siempre muy dudosa y el RD 1327/1981 de 19 de junio, abandona esta técnica para quedarse sólo con la de subvenciones y bonificaciones. Sin embargo, la disposición adicional trigésima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, da nueva redacción al artículo 38.1 LIM y establece que las empresas públicas y privadas que empleen a un número de cincuenta o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el dos por ciento sean trabajadores minusválidos; el cómputo se hará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. El citado cupo viene repetido por el artículo 4 del vigente RD 1451/1983, de 11 de mayo, añadiendo que el procedimiento de colocación habrá de hacerse a partir del censo de minusválidos inscritos como tales en la correspondiente Oficina de Empleo (la Ley 64/1997, 26 diciembre, en materia de incentivos a la contratación, ha declarado expresamente vigente el capítulo II del RD 1451/1983).

Excepcionalmente, las empresas, públicas o privadas pueden quedar exentas de tal obligación, de forma parcial o total, por acuerdo en la negociación

colectiva sectorial estatal, o, en su defecto, de ámbito inferior; también pueden quedar exentas por opción voluntaria del empresario, comunicada a la autoridad laboral y siempre que aplique medidas alternativas que se indicaran reglamentariamente, (art. 38.1, párrafo segundo, LIM, según redacción dada por la Ley 50/1998, 30 de diciembre, de Acompañamiento). En efecto, es posible que, excepcionalmente, las empresas obligadas por el cupo cumplan la obligación de reserva con medidas alternativas (contratos civiles o mercantiles con centro especial de empleo o con trabajador autónomo discapacitado para el suministro de bienes necesarias para la empresa y a partir de una determinada cuantía, RD 27/2000, 14 de enero, BOE del 26, y OM 24-7-2000). La preferencia de empleo para minusválidos está igualmente regulada en el trabajo para las Administraciones Públicas: el Real Decreto 215/2003, de 21 de febrero, que aprueba la oferta de empleo público para el año 2003, además de reproducir el mandato del artículo 38.3 LIM (en las pruebas serán admitidas las personas con minusvalía en igualdad de condiciones con los demás aspirantes), dispone tanto para funcionarios como para trabajadores, que se reservará el porcentaje de plazas que corresponda para el acceso de aspirantes que tengan la condición legal de personas con minusvalía, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso (art. 13 RD 215/2003).

Aparecen con cierta frecuencia en la negociación colectiva cláusulas sobre empleo que son auténticos límites a la libertad de contratación empresarial, en las que se conviene el nivel de las plantillas, obligaciones de contratar a un determinado número de trabajadores o convertir en fijos a los temporales (la negociación colectiva es, también, otro camino para construir la preferencia de empleo de los minusválidos, art. 6 RD 1451/1988). En el plano de la libertad de contratación, resultan, por último, evidentes los límites que nacen de la normativa sobre regulación de empleo y sobre amortización de vacantes, en suma sobre reducción de plantillas (cfr 439 y 448).

El empresario es también libre para elegir al trabajador que desee y esa libertad ha aumentado con la ruptura del monopolio de los servicios públicos de colocación o empleo mediante el reconocimiento de «agencias de colocación sin fines lucrativos» (art. 16.2 LET y RD 735/1995, de 5 de mayo, como desarrollo reglamentario; sin duda y porque en la realidad ejercen funciones de mediación en el mercado de trabajo, favorece también a la ruptura del monopolio la legalización de las empresas de trabajo temporal). Esta libertad o mejor dicho esa posibilidad alternativa de recurrir al servicio público de empleo o a las agencias de colocación sin fines lucrativos, se ha articulado no como un sistema de retirada de la intervención directa de la Administración sino a través de otra técnica intervencionista, la de autorizar la aparición de

cada agencia privada de colocación sin fines lucrativos. No significa esta abolición del monopolio público del sistema de colocación la retirada de los poderes públicos sino otra forma de actuación, porque las normas sobre autorizaciones en el sistema de colocación no nacen estrictamente como una limitación a la libertad de elección del empresario sino como una necesaria intervención pública en la lucha contra el paro y, que así, como alternativa al privado, permanezca el servicio público de colocación como elemento de indiscutible importancia en el diseño de la política económica y, en particular, de la política de empleo (la propia Carta Social europea recoge el compromiso de los Estados de «establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores», art. 1, parte II; la misma obligación de mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito de empleo como deber de los poderes públicos, en el Convenio de la OIT número 88, ratificado por España BOE 4-1-1961).

298. Servicio público de empleo y agencias privadas de colocación.

La reforma legislativa de 1994 estableció un nuevo procedimiento de colocación caracterizado por la mayor libertad, pero por la no desaparición de los poderes públicos en el sistema de colocación. Convivirán en el proceso de intermediación entre la oferta y la demanda de trabajo, un servicio público de empleo público y las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos previamente autorizadas por el Servicio Público de Empleo. De esta realidad se desprenden las siguientes notas que caracterizan al régimen jurídico de la colocación:

A) El mantenimiento del Servicio Público de Empleo sobre el que el artículo 16 LET no se pronuncia desde el plano organizativo, aunque parece, y esa es la interpretación más razonable, que ese servicio público forme parte de la actividad del INEM. El INEM se configura como un Organismo Autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo (art. 5 del Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, de la Salud y el Empleo; la estructura orgánica del INEM está hoy regulada por el RD 1458/1986, de 6 de junio). Sus órganos directivos son el Consejo General, la Comisión Ejecutiva y la Dirección General y territorialmente, las Comisiones Ejecutivas Provinciales; la composición es tripartita en los órganos colegiados, es decir, con participación de representantes de la Administración Pública, de los sindicatos y de las asociaciones empresariales más representativas.

Al Instituto Nacional de Empleo le corresponde legalmente (art. 43 LBE) desarrollar las siguientes funciones:

1º) La gestión de la política de empleo y la organización de los servicios de empleo para procurar el mejor desarrollo y utilización de sus recursos humanos y económicos, pública y gratuitamente. Para ello, lleva a cabo acciones específicas encaminadas a conocer el nivel real de oferta y demanda de empleo, lo que se concreta en la elaboración de estadísticas sobre la evolución del mercado de trabajo, señalando las magnitudes del empleo activo y las tasas de desempleo registrado.

2º) Ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a las empresas a contratar trabajadores adecuados a sus necesidades. En el ejercicio de esta función, el INEM promueve la adscripción de los trabajadores a una actividad laboral adecuada a sus aptitudes profesionales.

3º) Contribuir a la formación de los trabajadores a través de las correspondientes acciones de perfeccionamiento y readaptación profesional. El INEM orienta al trabajador no sólo proporcionándole una determinada formación para acceder al primer empleo, sino también posteriormente, facilitándole un posible perfeccionamiento profesional. Para ello, el INEM cuenta con Centros de Orientación Profesional, unidades especializadas para desarrollar la función de la orientación profesional, que desempeñan dos tipos de actuaciones. Una primera, por la que proporciona inicialmente una calificación profesional al trabajador que le sirve de orientación para conocer su nivel de capacitación profesional, así como de sus posibilidades profesionales; en segundo lugar, le proporciona asistencia y ayuda en la elección de la formación que necesita para ocupar satisfactoriamente un puesto de trabajo.

En general, el INEM llevará adelante una actuación en materia de colocación de naturaleza conjunta con las agencias privadas no lucrativas, fundada en la libre elección del usuario («los servicios públicos de empleo no pueden abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo, cuya respuesta adecuada requiere la máxima especialización y proximidad a las fuentes de empleo», exposición de motivos LMFO). Quedan, no obstante, obligaciones de los empresarios para con el INEM en materia de colocación, si bien son de naturaleza estadística: el empresario comunicará en el plazo de diez días a las oficinas del INEM los contratos y las prórrogas de tales contratos, los realice o no por escrito (art. 16.1 LET, redacción dada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Acompañamiento); deben también notificar las extinciones de los contratos (art. 42.3 Ley Básica de Empleo).

B) Se reconoce la existencia de agencias de colocación, sin ánimo de lucro y con previa autorización administrativa (Convenio 181 OIT sobre Agencias de Empleo Privadas, ratificado por España, BOE 23-9-1999; art.

16.2 LET y RD 735/1995, de 5 de mayo, BOE del 8 y OOMM 10-10-1995, BOE del 18 y 30-7-1997, BOE del 8 de agosto). Son agencias cuya actividad ha de consistir en poner en relación la oferta de trabajo con la demanda y facilitar así a los empresarios los recursos humanos que precisen (art. 1 RD 735/1995 y deberán coordinarse con el servicio público de empleo, art. 13 Convenio OIT n° 181). Realizan labores propias de la mediación en el contrato de trabajo, sirviendo de intermediarias entre el trabajador y el empresario (no pueden dedicarse a la cesión de mano de obra; esto sólo pueden hacerlo las empresas de trabajo temporal). La actividad de las agencias privadas precisa de una previa autorización administrativa («el Servicio Público de Empleo podrá autorizar», art. 16.2 LET). Las podrán promover, claramente, personas físicas o jurídicas, privadas o públicas. La autorización administrativa se otorgará previo informe del Consejo General del INEM (art. 12.2 RD 735/1995). Pero esta autorización no es incondicional sino que debe desplegarse en el interior de un convenio de colaboración con el Servicio Público de Empleo (arts. 16.2 LET y 14 RD 735/1995); el mencionado convenio de colaboración circunscribirá, además, el ámbito territorial o funcional de actuación de la respectiva agencia de colocación (art. 2.4 RD 735/1995). Es falta muy grave ejercer actividades de mediación con fines lucrativos y ejercerlas con fines no lucrativos pero sin autorización administrativa (art. 16.1 LISOS).

En su funcionamiento, las agencias deberán garantizar el principio de igualdad en el acceso en el empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna fundada en motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua del Estado (art. 16.2 LET y 17, c, RD 735/1995); tampoco podrán las agencias de colocación subcontratar con terceros la realización de los servicios objeto de la autorización concedida (art. 2.5 RD 735/1995), ni recurrir al trabajo infantil ni ofrecerlo (art. 9 Convenio OIT n° 181).

Las agencias autorizadas actuarán sin fines lucrativos en el ámbito del convenio de colaboración (las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro están prohibidas, además, por el Convenio n° 96 OIT, ratificado por España BOE 23-5-1972, y por el artículo 7 del citado Convenio OIT n° 181 que preceptúan: las agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa). Podrán, sin embargo, percibir una remuneración (pueden recibirla del empresario o del trabajador) que se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados (art. 16.2 LET).

En el ámbito genérico de la intermediación entre la oferta y la demanda de empleo, juegan un papel importante las denominadas empresas de selec-

ción de personal que, luego de autorizadas legalmente las agencias de colocación, deben situarse estrictamente en el plano de la selección sin que, por otra parte, para actuar precisen hacer constar en sus anuncios el número de la demanda de empleo en la Oficina del INEM. Al no ser agencias de colocación su actividad puede desarrollarse con ánimo lucrativo, pero deben informar al INEM de sus tareas (arts. 44.3 LBE; art. 2.1 RD 735/1985 y art. 15.1 LISOS).

IV. La ineficacia del contrato

299. Nulidad total y parcial del contrato.—La invalidez de un contrato supone que no desplegará los resultados y consecuencias queridas por las normas. La ineficacia como categoría jurídica se construye en torno a los efectos que normativamente se añan a la violación de normas imperativas, distinguiéndose entre unos supuestos de nulidad y otros de anulabilidad. Ambos significan ineficacia contractual, pero la nulidad tiene efectos generales y la anulabilidad limitados o específicos. Son causas de nulidad la vulneración de normas prohibitivas (contratar a menores de 16 años o a profesionales que carezcan de la titulación, SSTs 15-1-1987, A. 36 y 26-1-1998, A. 1064; o contratar por un salario inferior al del orden normativo de referencia, etc.); y también lo son la ilicitud del objeto y la causa del contrato. La anulabilidad se produce en casos vinculados a la capacidad para contratar y a la manifestación del consentimiento y sus vicios (un supuesto límite, es causa de ineficacia del contrato la anulación de las bases de una convocatoria para formalizar contrato de trabajo en las Administraciones Públicas que puede resolverse extinguiendo el contrato por la vía del art. 52, c, LET, STS 10-3-1999, A. 2124, con interesante voto particular).

La nulidad puede ser instada por cualquiera con interés y reconocida de oficio por el juez y no admite sanación. El contrato anulable puede ser confirmado, convalidado, por la voluntad de las partes (sólo son confirmables los contratos que reúnen los requisitos esenciales, art. 1.310 Código civil). La anulación del contrato exige que la acción sólo pueda ejercitarse por quien sea titular del interés protegido (quien sufre el error o cualquier otro vicio del consentimiento; el representante del menor, pero no quien ha contratado con el menor). Siempre es posible en los supuestos de anulación la convalidación del negocio, completando la capacidad o desapareciendo el vicio del consentimiento.

Cuando existe causa de anulabilidad o de nulidad total del contrato las normas laborales regulan las consecuencias del hecho de haber prestado trabajo

aún bajo la cobertura de un contrato ineficaz: «en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido» (art. 9.2 LET). Cuando todo el contrato es ineficaz por nulo o anulable, no puede sin más volver las relaciones al estado en que se encontraban (efectos *ex tunc* de la ineficacia); tiene lugar la restitución de lo recibido, del trabajo prestado; o sea, el abono del salario adeudado y de ninguna otra consecuencia indemnizatoria.

La nulidad del contrato de trabajo, sin embargo, puede ser parcial y afectar sólo a una parte o cláusula; en este caso, el ordenamiento arbitra una fórmula doble: la conservación del negocio jurídico y la sustitución de las cláusulas o partes del contenido viciadas. Es este realmente el supuesto más corriente en la aplicación de las normas jurídico-laborales: una cláusula, expresa o impuesta por los hechos sobre jornada, salario, ascensos, permisos, vacaciones, etc., que contraviene el orden normativo aplicable (normas legales o convencionales). La vulneración de tales normas imperativas produce, sin duda, la nulidad de una parte del contrato («si resultase nula sólo una parte del contrato, éste permanecerá válido en lo restante», art. 9.1 LET) y su sustitución por la norma jurídica pertinente (se entenderá el contrato «completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número 1 del art. 3 de esta ley», art. 9.1 LET). Existe, por tanto, en la nulidad parcial un peculiar mecanismo legal que permite conservar el contrato de trabajo e integrarlo con las fuentes de la relación laboral fijadas en el propio Estatuto de los Trabajadores (normas legales o convencionales). La sentencia que declare la nulidad parcial debe realizar, pues, una doble operación, declararla y fijar su sustitución por el orden normativo de referencia, extrayendo de estas operaciones las oportunas consecuencias de condena.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, M., «El nacimiento del contrato de trabajo», en AA.VV. Estudios en homenaje a Jornada de Pozas, IEP, Madrid, 1961, vol. 3.
 APARICIO TOVAR, J., «La forma en el contrato de trabajo», REDT, 1980, núm. 1.
 CABRERA BAZÁN, J., «Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo», en Estudios de Derecho del Trabajo (en Homenaje al profesor Bayón Chacón), Tecnos, Madrid, 1980.
 CASAS BAAMONDE, M^a. E. y PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: «La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento de empleo», AL, 1994, núms. 5 y 6.

- FERNÁNDEZ MARQUEZ, O.: La forma en el contrato de trabajo, CES, Madrid, 2002.
 GARCÍA BECEDAS, G., Introducción al Derecho Español del Trabajo. Caracteres y fundamentos, Civitas, Madrid, 1993.
 GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C.: Los derechos de información en el contrato de trabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
 GARCÍA VALVERDE, M. D.: «Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial», DL, 1995, núm. 45.
 GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La presunción de existencia del contrato de trabajo», en AA.VV. Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo (Homenaje al profesor M. Alonso Olea), MTSS, Madrid, 1990.
 GONZÁLEZ POSADA MARTINEZ, E., «La perfección del contrato de trabajo como origen de derechos y obligaciones», PJ, 1986, núm. 1.
 MARTÍNEZ GIRON, J., «El precontrato de trabajo en la jurisprudencia», REDT, 1984, núm. 19.
 —«La admisión del trabajador», AL, 1990, tomo II.
 —«El precontrato de trabajo: límites normativos y práctica judicial», AL, 1994, núm. 42.
 MOLINA GARCÍA, M.: «El derecho de información del trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo» RDS 1999, núm. 7.
 MONTIYA MELGAR, A.: La buena fe en el Derecho del Trabajo, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001.
 OJEDA AVILES, A.: «El servicio público de empleo como servicio social: implicaciones autonómicas», en AA.VV. II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985.
 —«El procedimiento de colocación, revisitado», REDT, 1983, núm. 14.
 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., La nulidad parcial del contrato de trabajo, Tecnos, Madrid, 1975.
 —«Validez del contrato» en AA.VV. Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, FEDERSA, Madrid, 1985.
 PASCUAL ALLEN, C., «Forma, período de prueba y duración del contrato» en AA.VV. (dir. VALDES DAI.-RE, F.) La reforma del mercado de trabajo, Lex nova, Valladolid, 1994.
 PÉREZ DE LOS COBOS, F., «Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo», AL, 1992, núm. 21.
 RAYÓN SUÁREZ, E., «La forma del contrato de trabajo» en AA.VV. Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, FEDERSA, Madrid, 1985.
 RÍEY GUANTER, S. del: «Tratamiento autorizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la intimidad informática del trabajador», RL, 1993, núm. 15.

- RIVERO LAMAS, Y.: «Tipificación y estructura del contrato de trabajo» ADC, 1972, núm. 1.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Discriminación y crisis», en AA.VV. El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica, FDUC, Madrid, 1994.
- «Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo» en AA.VV. Comentario a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores (dirige E. Borrajo), EDERSA, Madrid, 1983, Tomo IV.
- «El deber del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo», RL 2000, núm. 4.
- SALA FRANCO, T.: La libertad empresarial de contratación. IES, Madrid, 1980.
- SÁNCHEZ PEGO, F.J.: «Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral», DL, 1994, núm. 43.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «La preparación del contrato de trabajo», DL, 1991, núm. 34.
- «Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia» en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo (Homenaje al profesor M. Alonso Olea), MTSS, Madrid, 1990.
- VALDES DAL-RE, F., «Tratos preliminares y condiciones de trabajo», RPS, 1976, núm. 111.
- «Proceso de colocación y formación del contrato de trabajo», RPS, 1978, núm. 117.
- «Ingreso al trabajo y sistema de colocación en las leyes de reforma del mercado de trabajo», RL, 1995, núms. 2 y 3.
- VILLA GIL, L.E. de la, «Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa. Aplicación de las relaciones laborales de hecho», RFDUM, 1962, núm. 14.

CAPÍTULO XVIII

MODALIDADES DEL CONTRATO

SUMARIO: I. La duración del contrato.—II. La contratación temporal.—III. Contratos a tiempo parcial, de fijo discontinuo, de relevo y por jubilación parcial.—IV. Contrato a prueba. Bibliografía.

I. La duración del contrato

300. El contrato por tiempo indefinido y los contratos temporales.— En la evolución histórica del ordenamiento español existió, tanto en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 como en la de 1944, la posibilidad de contratar por tiempo indefinido, por tiempo cierto, expreso o tácito, y para obra o servicio determinados. En aquellas leyes no existió una opción legal a favor de uno u otro tipo de contrato; innegablemente, la elección se produjo, a mitad de los años cuarenta, en las Reglamentaciones de Trabajo a favor del contrato por tiempo indefinido y quedó, finalmente, plasmada en el artículo 14 LRL y en el derogado art. 15 LET. El vigente artículo 15 LET dispone que «el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada». Desaparece la presunción del carácter indefinido del contrato, lo que se inserta en el centro mismo del debate sobre la estabilidad en el

empleo. La estabilidad guarda inequívoca relación con la duración y con la existencia o no de causas de justificación para proceder a la extinción del contrato. Nada importaría la duración (temporal o indefinida) de un contrato si la posibilidad de extinción quedara, sin soporte objetivo alguno, en manos del empresario (cfr 409). La situación actual es de desaparición de toda expresión presuntiva sobre el contrato indefinido y la libertad de las partes para contratar con carácter temporal o indefinido. Sin embargo, como la contratación temporal está sometida a unas reglas, legales o convencionales, su contravención supondrá la aparición del contrato por tiempo indefinido, que se queda así como la referencia contractual sin ninguna previa declaración favorable (art. 15.2 y 3 LET).

La duración del contrato, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, se concreta en dos modelos generales de contratación: por tiempo indefinido o temporal. El contrato indefinido es el común y el temporal sólo cabe cuando las partes se acojan a un tipo de contrato de esta naturaleza. La tipología de la contratación temporal puede ser a su vez también producto de otra opción: contratos temporales con fundamento en una expresa causa de temporalidad (contratos temporales causales) o contratos de duración determinada sin justificar la causa (contratos temporales no causales o coyunturales fundados en una decisión normativa de política de empleo).

En España la modernización del sistema productivo coincidió con una crisis económica (1980-1984) y por ello se estructuraron legalmente las formas de trabajo temporal no sólo con fundamento en razones productivas o tecnológicas, sino también como un mecanismo de política de empleo que ayudara en la lucha contra el paro. Así, la reforma del ET de 1984 (Ley 32/1984) apostó por un modelo de contratación temporal de carácter coyuntural, creando la figura contractual del contrato de duración determinada, llamado de «fomento de empleo». Esa modalidad fue la más usada en la contratación laboral española en el decenio 1984-1994 y sobre ella descansó, en esencia, la política de empleo de esos años.

La reforma introducida por la Ley 10/1994 incidió sobre la duración del contrato de manera diferente. No se apoyó, como hasta entonces, en la dicotomía contratación estructural (causal) y conyuntural (razones de política de empleo), desapareciendo en la práctica esta última y con ella el contrato de fomento de empleo. Apareció otra política de empleo: contratación temporal exclusivamente causal y contratación a tiempo parcial. La más sobresaliente incidencia de la reforma de 1994, sobre la duración del contrato de trabajo no tuvo que ver con el carácter indefinido o temporal sino con el carácter a tiempo completo o a tiempo parcial del contrato.

La reforma operada por los Reales Decretos Leyes 8 y 9/1997, de 16 de mayo (luego recogida en las Leyes 63 y 64/1997, de 26 de diciembre), producto directo de la concertación social (Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo), puso el acento, como medida de política de empleo, tanto en la contratación indefinida como en dificultar la contratación temporal causal (menos tipos de contratos y los que quedaron más ceñidos en su causa), desapareciendo definitivamente la temporal no causal (aún queda una residual habilitación legal al Gobierno para que adopte medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores (art. 17.3 LET). En razón a tales premisas, el RDL 8/1997 reguló un peculiar contrato por tiempo indefinido como mecanismo coyuntural de fomento de este tipo de contratación laboral, que por la disposición adicional primera de la Ley 12/2001 adquiere categoría de permanente, sin fecha fija de extinción, pudiendo suscribirse con trabajadores que cumplan determinados requisitos subjetivos (cfr 311); tal contrato encierra sólo una novedad en su general regulación: menos indemnización por las causas de extinción del art. 52 LET, si la decisión empresarial de despido objetivo es judicialmente declarada improcedente. Además, la suscripción de este contrato lleva aparejado el incentivo de bonificar la cotización empresarial a la Seguridad Social (cfr 311).

Esta es la mezcla que, a juicio del legislador de la reforma de 1997, 1998, 1999 y 2001, incentiva el empleo. De tal suerte que la configuración vigente de la duración del contrato es la siguiente:

A) Contrato común de trabajo por tiempo indefinido, recurso libre para la contratación y modelo contractual con fuerza atractiva para recoger aquellas situaciones contrarias a las normas (art. 15.2 y 3 LET). El contrato por tiempo indefinido ya no viene construido como la opción legal ni favorecido por una presunción de existencia. No obstante, la fuerza de atracción del contrato de trabajo común (a tiempo completo y con carácter indefinido) aún está revestida de una presunción *iuris et de iure* (contratación laboral temporal en fraude de ley, art. 15.3 LET) y otra *iuris tantum* (incumplimiento de algún requisito que si bien puede convertir al contrato temporal en indefinido deja la posibilidad al empresario de probar la temporalidad, art. 15.2 LET).

B) Contratación temporal estructural (causal) a la que pertenecen las siguientes especies de contrato de trabajo (art. 15.1 LET, redacción de la Ley 12/2001): para la realización de obra o servicio determinado; para cubrir eventualidades derivadas de circunstancias de la producción; para promover la sustitución de trabajadores con contrato suspendido; y de inserción en la Administración Pública para realizar una obra o servicio de interés general o

social. Todas estas modalidades precisan, por su carácter causal, que existan en la realidad las circunstancias que justifican el carácter temporal de cada una de ellas (STS 21-9-1993, A. 6832).

C) El contrato para el fomento de la contratación indefinida que es, en verdad, un contrato de trabajo común por tiempo indefinido con una exclusiva peculiaridad y que lleva aparejado un sistema de incentivos fiscales y de Seguridad Social (Ley 12/2001).

D) Con carácter indefinido o con alguna de las modalidades temporales, el artículo 12 LET (nueva redacción, Ley 12/2001) regula con flexibilidad la contratación a tiempo parcial y al contrato de relevo.

E) Con otra causa, pero de similar consecuencias en la política de empleo creando cauces para la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, el artículo 11 LET regula los denominados contratos formativos que son dos, «contrato en prácticas» y «contrato para la formación» (cfr 313, 314 y 315).

II. La contratación temporal

301. Contrato para obra o servicio determinados.—La normativa aplicable se encuentra en el artículo 15.1, a, LET (redacción de la Ley 63/1997, 26 de diciembre; desarrollo reglamentario, art. 2 RD 2720/1998). Esta modalidad de contrato temporal tiene por objeto la realización de obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, cuya «ejecución, aunque limitada en el tiempo sea en principio de duración incierta» (art. 15.1, a, LET). Causa del contrato, por tanto, será la realización de una obra o servicio determinado; dada la incertidumbre en cuanto al momento final de la duración, debe identificarse claramente la obra o servicio a realizar (no es una obra o servicio determinado la apertura de un nuevo establecimiento o una nueva línea de producción, STS 23-9-2002, A. 704 de 2003).

La identificación tendrá dos fuentes: a) si el convenio colectivo (sectorial estatal, de ámbito inferior, o de empresa) que resulte de aplicación ha identificado los trabajos o tareas que puedan cubrirse con esta modalidad contractual, se estará a lo dispuesto en el mismo (arts. 15.1 a LET); b) en otro caso, a falta de especificación en convenio, el contrato deberá contener la obra o servicio que constituya su objeto y en su descripción debe primar la claridad que determine el carácter autónomo y la propia sustantividad del servicio o de la obra en la empresa (arts. 15.1, a, LET y 2.1 RD 2720/1998; STS 2-3-1990,

A. 1749; no acredita la obra o servicio la mera determinación del lugar en que ha de prestarse el trabajo, STS 26-3-1996, A. 2494).

Es esencial en este contrato la temporalidad intrínseca de la obra o servicio, de tal manera que la referencia a un período temporal tiene carácter de simple previsión y no de inserción de un término cierto y fatal (si el contrato fijara una duración, esta debe considerarse de carácter orientativo, art. 2, b, RD 2720/1998); caso contrario, el contrato celebrado es fraudulento (STS 18-10-1993, A. 7838) y tampoco es admisible esta modalidad para la ejecución de actividades normales y permanentes de la empresa (STS 26-9-1985, A. 4371 y 22-4-2002, A. 7796).

Puede ser utilizado este contrato por todo tipo de empresas y en cualquier sector de actividad, pero nunca para actividades normales o permanentes, sino de naturaleza autónoma y sustantiva. Dicha autonomía y sustantividad no tienen por qué hacer alusión a actividades novedosas, sino a las propias de la actividad de la empresa, pero que por su contenido económico, duración, intensidad, número de trabajadores destinados a su atención, merezcan la condición de autónomas (la identificación será, como se ha dicho, de origen convencional colectivo o contractual)¹.

La duración del contrato es incierta porque depende de la que requiera la obra o el servicio en cuestión (STS 30-11-1992, A. 9292). La incertidumbre no puede depender exclusivamente de la voluntad del empresario. Sin embargo, puede nacer de una necesidad real de trabajo temporal que es delimitada por la empresa contratista de manera objetiva, conocida por las partes e incorporada con tal descripción al contrato temporal por obra o servicio determinado (STS 8-6-1999, A. 5209). Del mismo modo, la temporalidad de la obra o servicio puede apoyarse en planes, programas, presupuestos o subvenciones que delimiten la duración del contrato (SSTS 2-6-2000, A. 6890 y 19-2-2002, A. 6464). Por la propia naturaleza del contrato, es posible contratar a un mismo trabajador para sucesivos servicios u obras determinados (resulta siempre esencial la expresa y suficiente identificación de la obra o del servicio, STS 19-1-1995, A. 362).

Una vez concluida la obra o prestación del servicio, se extingue con indemnización (cfr 412) y previa denuncia de las partes (art. 49,c, LET). De

¹ La disposición adicional séptima de la Ley 12/2001, modificó el artículo 174, a, de la Ley 13/1986, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, regulando un específico contrato temporal para obra o servicio determinado con las siguientes particularidades: a) la obra será un proyecto específico de investigación; b) los sujetos será personal investigador, científico o técnico y, finalmente, c) los trabajadores serán evaluados anualmente pudiendo ser resuelto el contrato de no superarse favorablemente dicha evaluación».

no mediar denuncia se convierte en indefinido. Si la extinción sobreviene antes de finalizar la obra o la fase para la que fue contratado el trabajador no hay extinción por transcurso del término, sino despido. En lo que a su forma se refiere, deben constar siempre por escrito (art. 6 RD 2720/1998); caso contrario; resultará ineficaz la cláusula de la temporalidad y «el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal del mismo» (art. 8.2 LET).

302. Contrato para trabajos eventuales.—Constituye una modalidad de contratación temporal típica, pues los trabajos llamados eventuales, coyunturales o de corta duración son requeridos con asiduidad por las empresas. La normativa que regula este contrato se contiene en el artículo 15.1, b) LET, (redacción de la Ley 12/2001; desarrollo reglamentario, en lo que no se oponga, art. 3 RD 2720/1998). El carácter temporal de la contratación se define en este tipo de modalidad porque no importa la naturaleza o clase de la actividad a realizar; lo esencial es que la misma presente carácter provisional y no permanente. Ello explica que se utilice fundamentalmente para trabajos que por su propia naturaleza son de corta duración (recolección de frutos, campañas, etc.) o bien, para trabajos que ordinariamente se realizan en la empresa, participando de la naturaleza permanente de la actividad habitual, pero que, sin embargo, superan el volumen normal de trabajo (exceso de pedidos, acumulación de demandas, etc.).

Se define legalmente el contrato eventual como aquel que se celebra «cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieren, aún tratándose de la actividad normal de la empresa» (art. 15.1, b) LET; «la acumulación de tareas» es precisamente la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal de que se dispone, STS 30-4-1994, A. 6312; la jurisprudencia admite la utilización de este contrato para que cualquier empresa supla las tareas de quienes se encuentran de vacaciones, STS 12-7-1994, A. 7156). Con esta configuración legal, quedan fuera de esta modalidad los trabajos de temporada cuando se repiten de manera cíclica, que es una modalidad dentro de los trabajos a tiempo parcial (los tradicionalmente denominados trabajos fijos discontinuos).

La duración del contrato puede oscilar hasta un máximo de seis meses dentro de un período de doce; ahora bien, por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, sectorial de ámbito inferior podrán las partes fijar una duración diferente y un distinto período de referencia (el pacto puede referirse a una u otro o a las dos cuestiones al tiempo, tanto a la duración como al período de referencia, art. 3.2, b, RD 2720/1998). El cómputo temporal se

efectuará a partir del momento en que se produzcan las razones o causas de la eventualidad (art. 15.1, b, LET y art. 3.2, c, RD 2720/1998). Cualquier pacto de duración inferior al máximo legal (seis meses) o convencional (máximo de doce meses) puede ser objeto de una sola prórroga hasta cubrir todo el período de duración (art. 3.2, d, RD 2720/1998). De continuar prestando sus servicios después de transcurrido el plazo máximo regulado en el convenio sectorial o, en su defecto, en la LET, el contrato será indefinido y el trabajador adquiere la condición de fijo, «salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación» (art. 49.1 LET).

El artículo 15.1, b, LET, regula la duración de este contrato con carácter parcialmente dispositivo que, en su medida, cede ante la fijada por convenio colectivo. El convenio colectivo regulador de la duración del contrato de eventuales ha de ser exclusivamente de ámbito sectorial, estatal o en su defecto inferior (el ámbito funcional es inexcusable; en cambio, la eficacia de tal convenio podrá ser general o limitada). Las posibilidades de actuación del convenio sectorial son, dentro de los límites, amplias («podrá modificarse» dice el art. 15.1, b, LET); la amplitud del pacto resulta evidente cuando se observa como el precepto permite alterar por convenio tanto la duración del contrato (aumentar o disminuir los seis meses) como el período de referencia (aumentar o disminuir los doce meses) o ambas cuestiones a la vez, pero con un límite legal: el período de referencia no puede exceder de dieciocho meses y la duración del contrato no podrá superar las tres cuartas partes del citado período referencial y, en cualquier caso, los doce meses. El propio convenio puede fijar, además del pacto sobre la duración y el período de referencia, las actividades en las empresas para las que pueda contratarse trabajadores eventuales o incluso fijar criterios generales para que, dada una plantilla determinada, el número de eventuales no sobrepase un porcentaje (guarda relación esta prescripción legal con las habituales cláusulas convencionales sobre determinación de trabajadores fijos en la plantilla de las empresas, art. 3.1 RD 2720/1998).

La extinción, que será indemnizada (cfr 412), precisa denuncia de alguna de las partes (art. 49.1, c, LET) y a falta de ésta el contrato se considera prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba acreditativa de su naturaleza temporal (STSJ Andalucía 6-3-1992, A. 1378). En cuanto a su forma, el art. 8.2 LET obliga a observar la forma escrita para esta modalidad contractual si es superior a cuatro semanas (art. 6.1 RD 2720/1998).

303. Contrato para sustituciones.—La regulación normativa de esta figura contractual creada para cubrir provisionalmente puestos de trabajo se

encuentra en el artículo 15.1, c, LET: «cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo» podrán celebrarse contratos de interinidad» y, con el tradicional nombre de «contrato de interinidad», en el artículo 4.1 RD 2720/1998: «contrato de interinidad es el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual». Asimismo se podrá celebrar «para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva».

El contrato ha de constar siempre por escrito (art. 6.1 RD 2720/1998) y se hará constar expresamente el nombre del trabajador o trabajadores sustituidos y la causa de la sustitución; en su caso, habrá de identificarse el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna o incluso (muestra evidente de la flexibilidad de esta modalidad contractual) identificar otro puesto de trabajo de un trabajador de la empresa que vendrá a ocupar la vacante del sustituido (art. 4.2, a, RD 2720/1998). La duración se extiende hasta el momento en que subsista el derecho de reserva de puesto de trabajo del trabajador sustituido o la del tiempo del proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto de trabajo, sin que, en tal caso, pueda exceder de tres meses, salvo en los procesos de selección de las Administraciones públicas que durará lo regulado en su normativa específica (art. 4.2, b, RD 2720/1998; puede expirar el contrato de interinidad sin que se haya efectuado la selección, STS 7-3-2000, A. 2608). En consecuencia, la extinción sobreviene con la incorporación efectiva del sustituido; con el vencimiento del plazo legal o reglamentariamente establecido para la reincorporación o por la extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo, sin necesidad de preaviso alguno y sin indemnización (art. 49.1, c, LET, cfr 412).

La naturaleza de la interinidad no determina necesariamente que el sustituto ocupe el mismo puesto de trabajo y realice las mismas tareas que el trabajador objeto de sustitución; lo que se precisa es la identidad de la vacante. El objeto de la interinidad despliega sus efectos incluso con trabajadores que hubieran antes ocupado la actividad con otra modalidad contractual (STS 4-7-1997, A. 5697). Si llegado el término o, exactamente, producidas las causas de extinción, el trabajador continúa prestando sus servicios y sin que medie denuncia alguna, el contrato de interinidad se transformará en otro de carácter indefinido. Al desaparecer la causa del contrato de interinidad, sustitución de otro trabajador ausente, el legislador presume la voluntad empresarial de continuar utilizando con carácter permanente los servicios del trabajador interino.

La modalidad del contrato de interinidad da derecho a reducciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social tanto cuando se celebren para sustituir a trabajadores en excedencia para el cuidado de hijos (disposición adicional decimocuarta LET) como cuando se celebren con desempleados para sustituir a trabajadores que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento en los términos del artículo 48.4 LET (art. 1 RD Ley 11/1998, 4 de septiembre).

304. Normas comunes a los tipos de contratación temporal.—Los diferentes tipos de modalidades contractuales de naturaleza temporal guardan entre sí un conjunto de elementos comunes que, si bien están explicados al tratar de cada uno en concreto, es conveniente, por su importancia, agruparlos. Los más destacados son aquellos cuya vulneración supone incurrir en fraude de ley cuya sanción es la conversión en indefinido del contrato temporal de referencia («se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley», arts. 15.3 LET y 9.3 RD 2720/1998). La posición abusiva, fraudulenta, se refiere al recurso empresarial a la contratación temporal ya para tareas que son normales y permanentes de la empresa ya incumpliendo los plazos máximos de contratación y renovando en cadena el contrato temporal de trabajo (STS 31-3-2000, A. 5138) o, finalmente, celebrando contratos temporales con trabajadores que ya son indefinidos (STS 13-10-1999, A. 7493). De este modo, un contrato temporal inválido por falta de causa o infracción de límites establecidos en su propia regulación, constituye una relación laboral indefinida (es inexcusable la concurrencia de la causa objetiva de cada modalidad temporal, STS 21-2-1997, A. 1572). No se pierde la condición de indefinida ni aún con la novación aparente de nuevos contratos temporales pues todo ello es una sola relación laboral que no se rompe por cortas interrupciones que «buscan aparentar el nacimiento de una nueva» (STS 20-2-1997, Ar. 1457), salvo que los anteriores ceses hayan sido consentidos por el trabajador (STS 23-5-1994, A. 5361 y STSJ País Vasco 5-11-1996, A. 3757). De ahí que en el análisis de una cadena de contrato se ha de analizar la validez del último y de los precedentes salvo que la continuidad se haya roto por un cese de la actividad superior al plazo de caducidad para plantear la acción por despido (veinte días hábiles, SSTS 17-11-1997 y 18-9-2001 A. 8425 y 8446). Debe, finalmente, interpretarse el marco legislativo como la construcción legal necesaria para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada (cláusulas 1 y 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28-6-1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre contratos de duración determinada, DOCE del 10 de julio), estableciéndose para ello en el artículo 15.5

LET (redacción de la Ley 12/2001) una amplia y flexible posibilidad de que por convenio colectivo se establezcan requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal⁴.

Igual puede suceder cuando llegado el término máximo de la temporalidad el trabajador continúa prestando sus servicios, lo que lo convierte en fijo de plantilla, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación (art. 49.1, c, LET). Traerá esa misma carga de probar la naturaleza temporal, si el empresario no hubiera dado de alta a los trabajadores temporales en el sistema de Seguridad Social y transcurra un plazo igual al que legalmente se pudiera fijar para el período de prueba (arts. 15.2 LET y 9.2 RD 2720/1998). Idéntico juego de presunciones se regula para los contratos de duración determinada en los que no se hubiese observado la forma escrita o la obligación de registro en la Oficina de Empleo (arts. 6.3 y 9.1 RD 2720/1998). Ahora bien, el cese, aún invocando un contrato pretendidamente temporal o, incluso, celebrado en fraude de ley, ha de calificarse como despido improcedente (SSTS 25-5 y 2-6-1995, A. 4005 y 4749).

La extinción de los contratos temporales acaece llegado el término o la realización de la obra o servicio y para el contrato de interinidad cuando se reincorpore el trabajador sustituido, se venza el plazo para la reincorporación, se extinga la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo o transcurra el plazo de tres meses, (salvo para las Administraciones que será el de su normativa) para desarrollar el proceso de selección o promoción (art. 8.1 RD 2720/1998). Sin embargo, puede producirse *ante tempus* por alguna de las causas de extinción del contrato previstas en el artículo 49 LET (la temporalidad del contrato necesita precisar la modalidad contractual y la causa y circunstancias concretas de su duración, SSTS 10-5 y 21-9-1993, A. 4046 y 6892).

En razón a la propia autonomía de las causas extintivas, cuando el término llega, finaliza el contrato, que no producirá efectos más allá del mismo (ni siquiera el despido nulo da lugar a la readmisión si el contrato se hubiera extinguido por cumplimiento de la cláusula temporal, STC 104/1987). Tras la reforma causada por la Ley 12/2001, los contratos temporales a su término

⁴ El art. 6 de la Ley 45/2002, introduce un nuevo artículo, el 145 bis de la LPL, que insta a la Entidad Gestora de la Seguridad Social que administre la prestación por desempleo a presentar de oficio ante el Juzgado de lo Social demanda en la que exponga la situación, a su juicio abusiva o fraudulenta de la contratación laboral de una empresa con un trabajador (reiteración de contratos temporales). Si la jurisdicción de lo Social aprecia el abuso o fraude en tal contrato, condenará a la empresa a la devolución de las prestaciones por desempleo que hubiera abonado la Entidad Gestora.

(todos menos los de interinidad, inserción y los formativos) dan derecho al trabajador a percibir una indemnización que será la fijada de convenio o la mínima de ocho días de salario por año de servicio (cfr 412). La extinción *ante tempus* del contrato por despido del trabajador dará lugar, por su parte, a la correspondiente indemnización aunque la declaración de improcedencia recaiga cuando el contrato se hubiera ya extinguido por cumplimiento del término (STS 29-1-1997, A. 641). Por las mismas razones, ninguna causa de suspensión amplía la duración de los contratos temporales, salvo pacto en contrario (art. 7 RD 2720/1998).

La contratación temporal, en su conjunto, no supone ninguna radical diferencia con la contratación por tiempo indefinido, a salvo la propia temporalidad y las particularidades específicas de cada modalidad contractual, de tal suerte que no exista diferenciación en las condiciones laborales entre el trabajo temporal y el del fijo, en especial en materia de retribuciones salariales, jornada de trabajo, descanso e incluso convenio colectivo aplicable (art. 15.6, LET y STS 24-6-1996, A. 5304), aunque, cuando corresponda, algunos derechos podrán ser reconocidos en proporción al tiempo trabajado con igual criterio para todos los trabajadores.

Los empresarios tienen la obligación legal de notificar a los representantes de los trabajadores los contratos temporales suscritos cuando no existe la obligación de entregar copia básica de los mismos (arts. 15.4 LET y 10 RD 2720/1998; con el ámbito del art. 8.3, a, LET, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, sólo quedan excluidos de éste e incluidos en el art. 15.4 LET, los contratos temporales inferiores a cuatro semanas). Los empresarios deben también comunicar al INEM las contrataciones temporales y sus prórrogas (arts. 8.3, a, y 1 b LET, redacción de la Ley 14/2000). Los empresarios deben también informar a todas y cada uno de los trabajadores temporales (incluidos los formativos) de la existencia de vacantes de puestos permanentes, garantizado la igualdad de oportunidades en la promoción a tales puestos (art. 15.7 LET). Los trabajadores temporales deberán, además, estar asistidos por cláusulas en los convenios colectivos que les garanticen la formación profesional continua (art. 15.7 LET). Finalmente, son infracciones graves de los empresarios la transgresión de la normativa (legal, reglamentaria o colectiva) sobre contratación temporal y la utilización de ésta en fraude de ley (art. 7.2 LISOS).

305. Contratación temporal en las Administraciones Públicas. El contrato de inserción.—Cuando la Administración Pública se coloca en la posición de empleador puede contratar personal laboral a su servicio, al margen del

personal funcionario, el cual se rige por su normativa específica, básicamente, la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública. La contratación de trabajadores en las Administraciones Públicas no ha contado, hasta el momento, con una legislación específica, sino la común teñida del carácter público del empresario (cfr 280). Sin embargo, la Ley 12/2001 modifica el art. 15.1 de la LET e introduce precisamente en el seno de las Administraciones Públicas una nueva modalidad de contratación temporal, el contrato de inserción, que se añade al resto de supuestos previstos en el artículo 15 LET. Se trata, pues, de una modalidad de contratación temporal exclusiva de las Administraciones Públicas.

A) *El contrato de inserción.* No se trata de un contrato desconocido para las Administraciones Públicas, pero la Ley 12/2001 (inmediatamente antes el RD Ley 5/2001) ofrece cobertura legal a un tipo de contratos que hasta entonces se encontraban desarrollados deficientemente por Ordenes Ministeriales y Resoluciones administrativas del INEM en el caso de convenios con las Corporaciones Locales o Entidades dependientes o vinculadas a una Administración Local (OO. MM. de 19-12-1997 y 26-10-1998).

El contrato de inserción tiene unos sujetos, un objeto y una causa definidos legalmente: la contratación por parte de una Administración Pública de demandantes de empleo con el objeto de realizar una obra o servicio de interés general o social, dentro del ámbito de sus competencias y con la finalidad de que estos trabajadores adquieran experiencia laboral y mejoren sus niveles de ocupación. Las actividades prioritarias objeto de entre las Administraciones y los servicios públicos de empleo, susceptibles de ser contratados por la modalidad contractual de inserción, se determinan anualmente por Resolución del Director General del INEM (para el año 2002, Resolución 17-10-2001, BOE del 7 de noviembre).

La duración del contrato de inserción será temporal e incierta en razón a lo que dure la obra o servicio de interés general; finalizado el contrato, el trabajador no puede ser contratado de nuevo, con contrato de inserción, por cualquier Administración Pública durante un periodo de tres años. Los servicios públicos de empleo competentes financiarán los costes laborales, salariales y de Seguridad Social, tomando como referencia la base mínima del grupo de cotización al que corresponda la categoría profesional desempeñada por el trabajador. El art. 15.1, d, LET señala que la incorporación de desempleados a esta modalidad contractual estará de acuerdo con las prioridades del Estado para cumplir las directrices de la estrategia europea por el empleo. Esto significa que para poder ser sujeto de estos contratos, el trabajador desempleado debe estar incluido en alguno de los colectivos prioritarios que figuren en el Plan Nacional de Empleo anual que presente el Estado Español en la Cumbre Europea de Jefes de Estado y de Gobierno.

B) *La contratación temporal.* En materia de contratación temporal en las Administraciones Públicas destaca, junto al contrato de inserción, la previsión contenida en el art. 4 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, que establece la posibilidad de utilizar este tipo de contrato para la cobertura temporal de vacantes mientras se realiza el proceso de selección para la cobertura definitiva.

De la contratación temporal se ha venido haciendo uso abundante para cubrir puestos de trabajo que presentan carácter provisional, interino o de corta duración. Sólo que el perfil de los contratos temporales ha sido regulado para la empresa privada y no siempre se ajusta adecuadamente a las necesidades y estructura de las Administraciones Públicas, por lo que su utilización, en ocasiones, se ha tildado de fraudulenta, mientras que, en otros, se ha intentado buscar vías jurídicas que permitieran a la Administración escapar de las consecuencias y efectos inherentes a los incumplimientos contractuales producidos, en ocasiones, hasta de forma inevitable. Así, por la vía del artículo 4.2, b, RD 2720/1998, se permite que en las Administraciones Públicas el nombre del trabajador sustituido en los contratos de interinidad se haga con referencia a una vacante presupuestaria (SSTS 4, 17 y 28-11-1997, A. 8029, 8425 y 8632); por vía jurisprudencial es posible identificar una obra o servicio determinado con la referencia a un programa público de actuación específica (STS 28-7-1995, A. 6346; SSTSJ Canarias 5-9-1996, A. 2885 y Comunidad Valenciana 12-11-1996, A 3823).

La primera y principal consecuencia de los incumplimientos contractuales en la contratación temporal es la transformación de dichos contratos en indefinidos (art. 15.2 y 3 LET). La consideración inicial de los tribunales laborales sobre este efecto dentro de la estructura de la Administración Pública fue radicalmente contraria a su aplicación efectiva, por respeto a los principios de mérito y capacidad que deben presidir el acceso a la función pública (art. 103.3 CE).

Producto de tal apreciación ha sido el disfrute de un trato privilegiado de la Administración frente a las empresas privadas, en cuanto se le ha venido eximiendo de soportar la consecuencia más directa de la contratación temporal irregular (fundamentalmente, por utilización de modalidades de contratación temporal para finalidades no previstas en cada tipo contractual), es decir, la integración de los trabajadores temporales en plantilla fija (SSTS 10-1985, A. 4697; 20-9-1986, A. 5007 y 1-2-1988, A. 544).

La particular exención de la Administración de los efectos inherentes a la contratación en fraude de ley por la prevalencia del precepto constitucional

mencionado, fue superada por una línea jurisprudencial que estima, contrariamente, que el respeto al principio de legalidad también debe inspirar la actuación administrativa y del resto de los poderes públicos, según ordena el art. 9.1 CE, por lo que resulta inevitable que la Administración cargue con las consecuencias de sus actuaciones en el ámbito de la contratación de personal laboral (SSTS 7-3-1988, A. 1864, y 11-2-1991, A. 822).

La línea jurisprudencial más segura es la que afirma, en unificación de doctrina, que las irregularidades formales en que pueden incurrir los contratos temporales de la Administración no transforman la relación laboral en indefinida en razón a los principios de mérito y capacidad que han de respetarse en favor de los que quieran acceder al empleo público. Pero esto no quiere decir que las Administraciones estén exentas de atenerse a la normativa general, coyuntural y sectorial, que regula los contratos temporales (STS 18-3-1991, A. 1875). Los empleadores públicos no pueden eludir el artículo 15 LET y sus normas de desarrollo, que son fuentes reguladoras e inmediatamente generadoras de derechos y obligaciones para ellos. De este modo, por incumplimiento de los requisitos esenciales (contrato en fomento de empleo a un trabajador ni desempleado ni inscrito en la Oficina de Empleo, por ejemplo), se convierte un trabajador temporal en indefinido de la Administración de referencia (SSTS 7 y 23-10-1992, A. 7621 y 7676; en cualquier caso, ha de tratarse de casos «de grave actuación irregular de la Administración», STS, 19-5-1995, A. 3988). Sin duda, y por así preceptuarlo el artículo 15.3 LET, se convierte en indefinida la contratación temporal irregular (contrataciones sin respetar las causas legales de temporalidad o los tiempos máximos, SSTS 3-11-1993 y 11-3-1997, A. 8539 y 2312; es, sin embargo, errónea la doctrina que sostenga la forzosa readmisión del trabajador cuando el empleador sea una Administración Pública, STS 22-9-1993, A. 7026 y STSJ Cataluña 11-12-1997, A. 4637). Los contratos temporales convertidos en indefinidos por las mencionadas irregularidades se mantiene hasta que se cubra el puesto por el sistema de selección reglamentario (contrato de naturaleza indefinida, pero no «fijeza en la plantilla», SSTS 3-2-1999, A. 1152 y 27-5-2002, A. 9893).

Cuando, por otra parte, las propias Administraciones Públicas pongan en marcha procesos selectivos para la consolidación del empleo temporal «estructural y permanente», estos se efectuarán bajo los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y mediante los sistemas selectivos de oposición, concurso o concurso oposición (el art. 39 Ley 50/1998, 30 de diciembre, de acompañamiento, parece la respuesta legislativa a una línea jurisprudencial controvertida, SSTS 21-1 y 26-10-1998, A. 1138 y 7875, que distingue entre contratos de duración indefinida y trabajadores «fijos de plantilla»).

III. Contratos a tiempo parcial, de fijo discontinuo, de relevo y por jubilación parcial

306. Contrato a tiempo parcial.—La figura de la contratación a tiempo parcial aparece originariamente en el Estatuto de los Trabajadores como modalidad que admite la reducción de jornada, preferentemente dentro del contrato de trabajo por tiempo indefinido. Trabajo a tiempo parcial y contrato indefinido eran, pues, dos categorías en estrecha conexión, según la presunción establecida en el art. 9 del RD 1445/1982 que desarrollaba el inicial art. 12 LET, por la cual los contratos a tiempo parcial «se presumirán celebrados por tiempo indefinido, salvo que expresamente (...) se celebren por tiempo determinado».

La reforma del Estatuto, introducida por la Ley 32/1984 y la consiguiente modificación del art. 12 ET, permitió alterar los términos del juego de presunciones, señalándose expresamente que los contratos de trabajo a tiempo parcial podrían celebrarse tanto por tiempo indefinido como por tiempo determinado, en los supuestos previstos en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores. Con esta nueva redacción se posibilitó la utilización de la contratación parcial para todo tipo de contratos, con independencia de su carácter temporal o indefinido; no obstante, hasta 1994 fue escasa la implantación del contrato a tiempo parcial. La reforma del ordenamiento laboral de 1994 actúa sobre el contrato a tiempo parcial, convirtiéndolo en una de las piezas angulares de la política de empleo del legislador de aquella y sucesivas reformas. En 1997 el legislador mantiene las características esenciales de la modalidad contractual y deroga la menor cobertura de Seguridad Social regulada en 1994 para los contratos a tiempo parcial inferiores a doce horas semanales o cuarenta y ocho al mes. El Real Decreto Ley 15/1998, 27 de noviembre, acomoda la LET a los compromisos alcanzado en el acuerdo de concertación social, suscrito el 13 de noviembre de 1998 entre el Gobierno y CC.OO. y UGT, denominado «Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial y Fomento de su Estabilidad», que se ajusta a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997. Finalmente, el RDL 5/2001 primero y, posteriormente, la Ley 12/2001, intentan paliar el escaso predicamento de este contrato construyendo un régimen jurídico más completo y autónomo que el anterior, de menor complicación y rigidez que supone, en suma, la posibilidad empresarial de acudir a fórmulas variables de jornada.

La contratación a tiempo parcial, por tiempo indefinido o de duración determinada, está regulada en el artículo 12 LET (redacción de la Ley 12/2001). La normativa legal vigente admite, pues, el contrato a tiempo par-

cial ya por tiempo indefinido ya de duración determinada; fija su concepto y establece una adecuada protección social a los trabajadores a tiempo parcial, sea cual fuera el número de horas contratadas, incluso permite a quienes acceden a la jubilación compatibilizar la pensión con un trabajo a tiempo parcial, minorando aquella en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista (art. 165.1 LGSS, redacción de la Ley 35/2002 y arts. 9 al 18 del RD 1131/2002).

Caracteriza al contrato a tiempo parcial la prestación de servicios por parte del trabajador durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo «de un trabajador a tiempo completo comparable» que será aquel a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo con igual tipo de contrato y con trabajo idéntico o similar; de no existir el trabajador referente, la comparación se hará con la jornada a tiempo completo prevista en el convenio de aplicación o, en su defecto, con la jornada máxima legal (art. 12.1 LET). Hay, pues, un límite para considerar un contrato a tiempo parcial: que las horas contratadas sean inferior a la jornada ordinaria de referencia; si son iguales, el contrato lo es por jornada completa. El contrato a tiempo parcial permite, así, ofrecer estabilidad en el empleo y, quizás, afrontar nuevas respuestas a necesidades profesionales, familiares y formativas. La esencia del contrato nace de comparar las horas que se contratan con la jornada de un trabajador comparable y se entiende por tal aquel que en la empresa o centro desarrolle a tiempo completo un trabajo idéntico o similar (art. 3.2 Directiva 97/821/CE). Si no existe trabajador comparable, el cotejo será con la jornada convencional de la empresa o sector o, en su defecto, con la legal.

La contratación a tiempo parcial puede convenirse por tiempo indefinido o por alguna de las modalidades de duración determinada (art. 15 LET), lo que significa la posibilidad de utilizar todas las tipos de contratación temporal, excepto el del contrato para la formación (art. 12.2 LET). Cada una de aquellas modalidades podrá ser celebrada a tiempo parcial, con sólo los datos añadidos típicos del contrato a tiempo parcial, jornada reducida y remuneración proporcional. En todos los demás aspectos de su regulación, el supuesto de contratación temporal debe quedar inalterado.

El contrato a tiempo parcial requiere forma escrita, haciendo constar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución. El incumplimiento formal supone la calificación del contrato «como contrato indefinido y a jornada completa», salvo prueba en contrario que acredite el carácter a tiempo parcial de los servicios y su naturaleza temporal (arts. 8.2 LET y 12.4, a, LET). Los trabajadores a tiem-

po parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, salvo las peculiaridades que, en atención a su naturaleza, estén establecidas por ley o puedan determinarse en la negociación colectiva de manera proporcional al tiempo trabajado (art. 12.4, d, LET).

La remuneración en el contrato a tiempo parcial será también proporcional a la establecida, legal (SMIG) o convencionalmente, para el trabajador de la misma categoría profesional que ocupe un puesto de trabajo a tiempo completo, teniendo en cuenta la duración de la jornada y la antigüedad del trabajador en la Empresa. La reducción proporcional de la remuneración salarial repercute en las cotizaciones que deban abonarse a la Seguridad Social: la base de cotización y demás aportaciones que se recauden conjuntamente con aquella estarán constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas, ordinarias o complementarias trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. Para causar derecho a las pensiones por jubilación o por incapacidad permanente, se aplicará el coeficiente multiplicador del 1,5 (disposición adicional séptima de la LGSS, redacción del RD Ley 15/1998; sobre el alcance de la acción protectora de la Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial, arts. 2 a 8 del RD 1131/2002).

La jornada diaria del trabajador podrá realizarse de forma continua o partida; en este último supuesto con sólo una interrupción, salvo pacto en contrario en convenio colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior (art. 12.4, b, LET). No podrán realizar los trabajadores a tiempo parcial horas extraordinarias, salvo las precisas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes (arts. 12.4, c y 35.3 LET).

El límite del periodo de actividad del trabajador a tiempo parcial es, como se ha dicho, la jornada (comparable, convencional o legal) a tiempo completo. Sin embargo, en el modelo legal del contrato a tiempo parcial, el apartado 5 del artículo 12 LET dispone la posibilidad de ampliar la jornada reducida (tiempo parcial) con un pacto de horas complementarias, entendiéndose por tal aquellas que hayan sido acordadas como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial. La regulación de las horas complementarias está extensamente considerada en el artículo 12.5 LET con una mezcla de prescripciones de derecho necesario absoluto, indisponible, y una remisión a la negociación colectiva (convenios colectivos de sector o, en su defecto, de ámbito inferior). Si las partes no dispusieran del margen de autonomía colectiva fijada en el precepto, éste funciona supletoriamente.

El régimen legal de las horas complementarias, es el siguiente: a) el pacto de horas complementarias ha de ser expreso, por escrito, exclusivamente de

carácter individual entre empresario y trabajador (no pueden imponerse estas horas por pacto colectivo) y se podrá acordar en el momento de la celebración del contrato a tiempo parcial o con posterioridad al mismo. b) el pacto de horas complementarias sólo es posible cuando el contrato a tiempo parcial sea de naturaleza indefinida; c) el número de horas no podrá pasar del quince por ciento de las horas ordinarias objeto del contrato; puede fijarse por convenio colectivo otro porcentaje mayor que, en cualquier caso, no podrá exceder del sesenta por ciento de las horas ordinarias contratadas; d) en ningún supuesto, la suma de las horas ordinarias y de las horas complementarias podrá exceder del límite máximo legal del contrato a tiempo parcial, esto es, de la jornada comparable, de la convencional o, en su caso, de la legal; e) la distribución y forma de realizar las horas complementarias se atenderá a los establecido en el convenio de aplicación y en el pacto específico de horas complementarias. El trabajador, salvo que el convenio disponga otra cosa, deberá conocer, con siete días de antelación, el día y hora de la realización de las horas complementarias; f) las horas complementarias se retribuirán como ordinarias; g) el pacto de horas complementarias puede ser extinguido de mutuo acuerdo y corresponde al empresario exigir el trabajador su cumplimiento; h) el trabajador puede renunciar al pacto con un preaviso de quince días y siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: responsabilidades familiares, necesidades formativas o incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial; i) el trabajador puede negarse a realizar las horas complementarias si el empresario incumple los requisitos legales o convencionales.

El artículo 12 LET establece un conjunto de reglas que tienden a asegurar la voluntariedad del contrato a tiempo parcial, con un sistema de información y preferencias en el seno de las empresas que procuren un tránsito flexible del contrato a tiempo completo al contrato a tiempo parcial y viceversa; incluso del retorno a la situación de la que se parta.

La representación de los trabajadores a tiempo parcial discurre por los cauces legales establecidos para el resto de los trabajadores en el T. II LET y la representación legal deberá ser informada trimestralmente de los contratos a tiempo parcial celebrados, de la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial (art. 64.1.1.º LET, redacción del RD Ley 15/1998).

El Derecho Social Comunitario, por su parte, también se ocupa del trabajo a tiempo parcial y la citada Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (DOCE 20-1-1998), en síntesis, sostiene que: a) debe garantizarse la supresión de discriminación contra los trabajadores a tiempo parcial; b) trabajador a tiempo parcial será el asalariado que tenga una dura-

ción de trabajo inferior al de un trabajador a tiempo completo ya sobre la base semanal ya sobre la anual y c) los Estados miembros deben eliminar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que limiten las posibilidades de trabajo a tiempo parcial.

307. Contrato de fijo-discontinuo.—La normativa (art. 15.8 LET, redacción de la Ley 12/2001) pretende imprimir sustantividad propia a un concreto modelo de contrato a tiempo parcial, aquél que se concierta, también con forma escrita, para realizar trabajos que sean fijos, pero que, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, no se repitan en fechas ciertas. Ciertamente no es otra cosa que una modalidad del contrato a tiempo parcial al que, con afán nominalista, se le dota de denominación propia y se integra, sin embargo, entre los contratos de duración determinada regulados en el artículo 15 LET. Al tiempo, con el mismo carácter de indefinido, se denomina contrato a tiempo parcial de naturaleza indefinida no al descrito sino, exclusivamente, a aquel que se suscribe a tiempo parcial por empresas que realizan actividades de temporada o campaña que se repiten en fechas ciertas (art. 12.3 LET). Para completar esta confusa dicotomía, los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar la utilización del tiempo parcial en los fijos discontinuos que no se repitan en fechas ciertas (art. 15.8 LET).

La doble descripción enunciada del trabajo discontinuo reúne en común todas sus notas características, al menos desde el plano del objeto: actividad habitual de la empresa que sucede de forma periódica o que intermitentemente se incrementa. La regulación legal distingue entre: a) contratos de trabajo con empresas que por su propia naturaleza («dentro del volumen normal de actividad de la empresa», art. 12.3 LET) realizan actividades de temporada o campaña de manera fija y periódica; b) contratos con empresas que cíclicamente, pero sin saber las fechas con certeza, tengan un incremento de la actividad (art. 15.8 LET). Ambos supuestos de discontinuidad en el trabajo tienen naturaleza indefinida, pero con irregular distribución anual de la jornada.

Las dos formas descritas resuelven un problema de fronteras entre los trabajos fijos-discontinuos y los contratos de duración determinada ya por obra o servicio determinado, ya eventuales por circunstancias de la producción. De esta suerte, el contrato indefinido de carácter discontinuo se produce cuando la necesidad de trabajo es habitual, pero intermitente a intervalos temporales separados y reiterados aún sin fecha cierta. En el contrato de obra o servicio y en el eventual, la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular (SSTSJ de Madrid 12-3-1998, A. 796; de Canarias 22-1-1998, A. 1178 y de Andalucía 4-3-1998, A. 788), de tal manera

que contrataciones eventuales enjanzadas de forma cíclica, reiterándose en el tiempo aún cuando se reconozca que tales contrataciones se producen por acumulación de tareas en un período determinado, forman un panorama que la jurisprudencia no duda en incluir entre los fijos-discontinuos (SSTSJ Andalucía 27-11-1997, A. 4107 y Cataluña 23 y 27-3-1998, A. 2316 y 412).

De este modo, en la doble característica del trabajo de fijo - discontinuo, las referencias a la distribución irregular de la jornada en el año y al carácter de indefinido del contrato, se convierten en la auténtica razón de ser de la modalidad que hacen comprensibles los elementos peculiares en torno a la ejecución de la prestación e incluso a la extinción del contrato. Tal característica doble no es un capricho legislativo sino un elemento técnico puesto al servicio de una realidad objetiva ya se regule en un solo precepto (art. 12 LET, en la redacción de la Ley 55/1999) ya en dos (arts. 12,3 y 15.8 LET, en la redacción vigente de la Ley 12/2001): hay actividades empresariales de carácter habitual que han de prestarse sólo de forma cíclica o que, periódicamente, incrementan su actividad. El tiempo de trabajo pactado en el contrato no será sólo producto de la libertad de pactos sino que, objetivamente, será inmediata consecuencia de la propia naturaleza de la actividad que va a realizarse.

Los trabajadores fijos-discontinuos cuya actividad no se repita en fechas ciertas, tienen el derecho a ser llamados para la siguiente campaña o temporada en el orden y la forma que determinen los respectivos convenios colectivos (art. 15.8 LET). El llamamiento es, pues, un derecho que asegura la reanudación del trabajador en la actividad interrumpida, consecuente con la suspensión en la que se encuentra el contrato de trabajo del fijo-discontinuo cuando se interrumpe la actividad a la espera que se reanude el siguiente ciclo. El aparato formal de este derecho lo remite el legislador a la negociación colectiva, sin precisar el ámbito de la misma pudiendo ser, de este modo, de empresa o nivel superior a la empresa. La forma será, cuando menos, la precisa para dejar constancia del llamamiento, sirviendo al tiempo de prueba al empresario cumplidor y de preaviso al trabajador. El orden hará referencia, a criterios objetivos que permitan adaptarse a las necesidades organizativas de la empresa y que, al tiempo, proscriban la arbitrariedad e impidan la indefensión del trabajador. El derecho al llamamiento tendrá, pues, contenido doble: a reanudar la actividad y a hacerlo en un determinado puesto en el orden de llamada de acuerdo con un procedimiento previamente conocido. El llamamiento se produce exclusivamente en uno de los supuestos de los fijos-discontinuos, en el de la actividad irregular cuyo incremento se producirá; pero no es exigible cuando sólo hay mera incorporación al trabajo, lo que se produce en la otra modalidad de fijos-discontinuos, la que se refiere a actividad periódicamente cierta.

El empresario puede incumplir con la obligación que tiene de producir el llamamiento de tres formas posibles: a) no respetar la forma o el orden dispuestos en la negociación colectiva; b) omitir el llamamiento; c) negarse a incorporar al trabajador, a que éste reanude la actividad a la que tiene derecho. Fijar esta triple forma de incumplimiento es una operación interpretativa necesaria por cuanto la norma apareja al incumplimiento el ejercicio de la acción de despido por parte del trabajador («pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido», art. 15.8 LET). Y ciertamente, hay una versión de incumplimiento, el que se refiere a la vulneración de la forma o del orden que, sin más, puede no constituir un despido, una voluntad expresa de resolver el contrato. Sin embargo, el procedimiento de reclamación puede ser el de despido y, por ello, la STS 6-2-1995, A. 2004, llama a esta acción del fijo-discontinuo «especialísimo despido», en la que conviene detenerse.

La omisión en el llamamiento no es necesariamente una conducta extintiva del empresario (sí lo es si se produce una vulneración del derecho a la ocupación efectiva, STSJ Murcia 27-1-1998, A. 1076) y la propia negociación colectiva puede establecer una correlación entre llamamientos y necesidades de la actividad y llamar con retraso respecto a otros años, convocar a nuevos fijos o terminar antes. Tales supuestos no equivalen a despido; aún más, en tales casos, si hay pruebas de postergación o arbitrariedad en el llamamiento, el trabajador puede ejercitar una reclamación de salarios por el procedimiento ordinario (caso ejemplar de un no llamamiento esporádico, tras el cual sí fue llamado el trabajador, SSTSJ Andalucía 16-3-1998, A. 1996).

Ante la voluntad extintiva del empresario, expresa o presunta, el trabajador tiene para ejercitar la acción un plazo de veinte días hábiles (plazo de caducidad, art. 59.3 LET) que comienza a contarse «desde el momento en que tuviera conocimiento de la falta de convocatoria» (art. 15.8 LET). El espacio de lo presunto debe aquí ser considerado con amplitud y, por tal motivo, tiene notable importancia la opción que se le concede al trabajador entre proceso ordinario o modalidad procesal por despido («pudiendo», dice el art. 15.8 LET).

En la consideración del fijo discontinuo como una modalidad de contrato a tiempo parcial, el periodo de actividad no podrá nunca superar la jornada anual comparable o, en su caso, la convencional o la legal. Por otra parte, en el modelo legal del contrato a tiempo parcial, el apartado 5 del artículo 12 LET, dispone la posibilidad de ampliar la jornada reducida (tiempo parcial) con los pactos de horas complementarias entendiéndose por tal aquellas que hayan sido acordadas como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial. Este pacto es, evidentemente, posible en el contrato del trabajador fijo-discontinuo (sobre la acción protectora de la Seguridad Social, arts. 2 a 8 del RD 1131/2002).

308. Contratos de relevo y por jubilación parcial.—

A) *El contrato de relevo.* El contrato de relevo surge como una modalidad de contratación de evidente naturaleza temporal. Fue en la reforma del ET de 1984 cuando aparece esta modalidad contractual como una específica medida de reparto de empleo de, hasta hoy, muy escaso uso práctico. Está regulada esta modalidad en el art. 12.6 LET (redacción de la Ley 12/2001; en los apartados de Seguridad Social, por el art. 166 LGSS, redacción de las Leyes 24/2001 y 35/2002, con desarrollo reglamentario por el RD 1131/2002).

En la figura del contrato de relevo, pensada como una medida de reparto del empleo, juegan simultáneamente dos realidades contractuales: una, la del trabajador que concierte con su empresa (novación del contrato, por tanto) una reducción de la jornada de trabajo y de su salario entre un mínimo del veinticinco por ciento y un máximo del ochenta y cinco por ciento, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida. Se precisa, por tanto, el concurso de un primer trabajador que cumpliendo todos los requisitos para acceder a la jubilación, salvo la edad, esté dispuesto a reducir, en el margen de proporción indicado, tanto su salario como su jornada habitual de trabajo.

La otra realidad contractual es, exactamente, la del contrato de relevo; esto es, el contrato celebrado por el empresario con un desempleado inscrito en la Oficina de Empleo o con un trabajador temporal de la propia empresa. La reducción de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada con el trabajador sustituido. La modificación del contrato celebrada con el jubilado parcialmente y el contrato de relevo deben coexistir en el tiempo, pues dispone el artículo 12.6 LET que para poder realizar este contrato la empresa concertará simultáneamente un contrato de trabajo con otro trabajador y quedará obligada a mantener cubierta, como mínimo, la jornada de trabajo sustituida... [hasta que cumpla la edad establecida con carácter general por el Sistema de Seguridad Social para causar derecho a la pensión de jubilación]. El horario de trabajo del relevista podrá completar el del sustituido o simultanearse con él (art. 12.6, b, LET) y el puesto de trabajo será el mismo o similar (grupo profesional o categoría equivalente) del sustituido. Sobre esta modalidad contractual, ciertamente poco usada en la práctica, recayó el compromiso, alcanzado en el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo (7-4-1997), de ser potenciada «en el marco de la negociación colectiva» (art. 3.3), hoy reafirmado en el artículo 12.6, d, LET («en la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo»).

El trabajador a tiempo parcial que se jubile percibirá una remuneración salarial proporcional al tiempo trabajado, resultando compatible dicha percepción con la pensión que por tal concepto pudiera corresponderle hasta el momento en que cumpla la edad para acceder a la jubilación, momento en que se extinguirá la relación laboral con la Empresa (art. 12.6, a, LET). Si el trabajador jubilado parcialmente continuara en la empresa, el contrato del relevista podrá prorrogarse, de mutuo acuerdo, por periodos anuales, extinguiéndose al finalizar el año en que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

La cuantía de la pensión de jubilación será el resultado de aplicar a la que le corresponde al trabajador en el momento de la jubilación parcial el porcentaje pactado con el empresario de reducción de la jornada y salario, sin que, en ningún caso, la pensión resultante sea inferior a la cuantía que resulte de aplicar aquel porcentaje de reducción al importe de la pensión mínima vigente en cada momento (art. 12 RD 1131/2002). Con el fin de impedir que el trabajo a tiempo parcial suponga perjuicios ante la Seguridad Social para el jubilado anticipado, la norma contiene dos reglas: una, si el trabajador fallece o se le declara en incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, se tendrá en cuenta las bases de cotización del tiempo parcial trabajado incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que le hubiera correspondido durante dicho periodo a tiempo completo; otra, computará como cotizaciones, con su específico régimen, las del periodo de tiempo que medie entre la jubilación parcial y la ordinaria, incrementadas también hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido de haber trabajado durante dicho periodo a tiempo completo (art. 18 RD 1131/2002).

Se formalizará por escrito, según modelo oficial, haciendo constar el nombre, edad y circunstancias profesionales del trabajador sustituido. La extinción del mismo coincidirá con el cumplimiento de la edad para la jubilación del sustituido (art. 12.6, a, LET y disposición adicional primera RD 1131/2002; será una extinción indemnizable, según lo dispuesto en el art. 49.1, c, cfr 412). No obstante, la extinción requiere denuncia previa de las partes (art. 49.1, c, LET) y a falta de la misma operará la continuidad en la contratación, pasando a convertirse en contrato ordinario el anterior de relevo.

B) *Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial.*— Los trabajadores a tiempo completo que reúnan las condiciones generales para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación pueden suscribir con su empresario un contrato a tiempo parcial sin que sea imprescindible la simultánea suscripción de un contrato de relevo. Esta especialidad del contrato a tiempo parcial está pensada no tanto como una medida de reparto de empleo sino más bien como una fórmula de fomento de la propia jubilación (jubilación flexible, compatibilidad entre trabajo a tiempo parcial y pensión del jubilación, Ley 35/2002).

El régimen jurídico es, en esencia, el general del contrato a tiempo parcial, con una reducción de la jornada actual del trabajador entre un mínimo de veinticinco por ciento y un máximo de un ochenta y cinco por ciento, con salario proporcional al tiempo que se trabaje. El trabajo así realizado y remunerado será compatible con la pensión por jubilación parcial que se le reconozca al trabajador (art. 166.2 LGSS y arts. 4 a 8, RD 1132/2002). La pensión será el resultado de aplicarle el porcentaje de reducción de la jornada. La jubilación total del trabajador es causa específica de extinción del contrato a tiempo parcial.

IV. Contrato a prueba

309. El periodo de prueba: régimen jurídico.—Un contrato de trabajo válidamente constituido puede ser sometido a prueba por decisión bilateral de los sujetos. Ha de ser una expresa manifestación del consentimiento concorde de las partes (ni es decisión unilateral, ni pacto que siempre haya de existir) que sólo puede emitirse en la hora de concluir el contrato de trabajo escrito o de iniciarse la relación laboral («podrá concertarse por escrito un periodo de prueba», art. 14.1 LET). Hay, pues, que analizar la duración, el contenido y las consecuencias jurídicas del pacto sobre el período de prueba. Se trata, en cualquier caso, de un régimen jurídico que la reforma del Estatuto de los Trabajadores realizada por la Ley 11/1994, ha configurado como de derecho dispositivo para la presencia reguladora de convenios colectivos. La duración del período de prueba será la fijada en convenios colectivos. La libertad de pacto será completa, las partes no estarán vinculadas por ninguna previa regulación legislativa. Sólo si hay defecto de convenio, los plazos serán los del artículo 14.1 LET. El contrato individual (el pacto de prueba, exactamente) tiene el exclusivo papel de mejorar (reducir) los plazos del convenio colectivo o, en su defecto, de la LET³.

La regulación jurídica del período de prueba está hecha con un concreto objetivo: que cualquiera de las partes pueda durante la duración de la prueba

³ Hay, además, unos específicos plazos del periodo de prueba para los siguientes supuestos contractuales: a) en el contrato en prácticas, salvo lo dispuesto en convenio colectivo, un mes para los contratados con título de grado medio y dos meses para los contratados con título de grado superior; b) en las relaciones laborales de carácter especial de altos cargos, no podrá exceder de nueve meses (art. 5, RD 1382/1985); en el servicio del hogar familiar, de quince días (art. 4.3, RD 1424/1985); en el de los deportistas profesionales, no podrá exceder de tres meses (art. 5 RD 1006/1985) y en el de los artistas profesionales no será superior a cinco días en los contratos no superiores a dos meses, de diez días en los no superiores a seis meses y quince días en los restantes.

resolver el contrato sin dar explicación alguna, sin preavisar y sin derecho a indemnización. Esa situación de provisionalidad es la esencia misma de este pacto que favorece al empresario, permitiéndole conocer mejor al trabajador con quien va a convenir (a la inversa es igualmente correcto desde el plano de los conceptos, pero desusado por la facilidad legal que tiene el trabajador para dimitir de su puesto de trabajo).

El pacto (inexcusablemente por escrito en el propio contrato o aislado, pero siempre a la firma del contrato o al inicio de la prestación, STS 5-10-2001, A. 9590) tendrá la duración que fija el convenio colectivo de aplicación; no hay, de este modo, ningún límite temporal más allá de lo razonable (toda la duración del contrato no podrá ser a prueba, por ejemplo). La duración de la prueba queda a la regulación del convenio colectivo y a las partes, en el pacto individual expreso, sólo les cabe cumplirlo o mejorarlo, situándose en periodos inferiores. Sólo cuando no hay convenio colectivo, las partes deberán sujetarse en su acuerdo a la duración máxima fijada en la ley: el periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados; los demás trabajadores tendrán, en general, un plazo máximo de prueba de dos meses o de tres, si pertenecen a empresas de menos de veinticinco trabajadores (art. 14.1 ET). Estos plazos de la LET, que se aplicarán sólo en defecto de convenio colectivo, pueden ser mejorados por pacto individual, pero no les afectará lo dispuesto en Ordenanzas de Trabajo mientras permanezcan vigentes (STS 20-10-1985, A. 5190 y STC 71/1993).

La duración del período de prueba fijada en el convenio, en su defecto en la LET, y plasmada o mejorada en el contrato sólo puede interrumpirse por enfermedad del trabajador («las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, y adopción y acogimiento que afecten al trabajador durante el período de prueba interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes», art. 14.3 LET). La enfermedad tiene que ser constatada por los servicios de la Seguridad Social, únicos que pueden definir como incapacidad temporal a un estado patológico del trabajador y que tendrá una duración máxima de 18 meses. Son, por consiguiente, unas concretas causas de suspensión del contrato de trabajo (incapacidad temporal, maternidad, adopción y acogimiento) las que interrumpen el cómputo del período de prueba (art. 45.1.c y d, LET). Además, la interrupción por tales causas requiere, a su vez, un pacto expreso dentro del propio acuerdo sobre el período de prueba.

El contrato sometido a prueba puede ser de cualquiera de las modalidades de contratación laboral, por tiempo indefinido o determinado. La temporalidad de un contrato no impide el pacto de un período de prueba, incluso aunque coincida exactamente (dentro de los límites legales y convencionales del

contrato temporal y de la propia prueba) la duración del contrato con la de la prueba (STS 12-7-1988, A. 5805). No cabe, por el contrario, someter a período de prueba a un trabajador que ya haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación (el pacto de prueba será nulo, art. 14.1 LET; se incluye en este supuesto de ilicitud del período de prueba la anterior prestación de servicios a la empresa a través de Empresa de trabajo temporal, STSJ País Vasco 8-10-1996, A. 3710). Se admite, sin embargo el período de prueba si el trabajador pasó unos cursos impartidos por el empresario como tratos preliminares o, en cualquier caso, antes de la iniciación del contrato, (STSJ Cataluña 15-11-1991, A. 6437); también será válido el período de prueba pactado con una Administración Pública aún después de superar alguno de los procedimientos selectivos de oposición, concurso o concurso oposición (STSJ Canarias 26-3-1993, A. 25).

Las consecuencias jurídicas del período de prueba son exclusivamente dos: la existencia de unas concretas obligaciones durante la duración de la prueba y la posibilidad de resolver el contrato en cualquier momento y por cualquiera de las partes. El artículo 14.1 LET obliga al empresario y al trabajador a realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba. La importancia real de ese mandato legislativo sólo se sabe cuando se pone en relación con los fundamentos de la voluntad extintiva durante el período de prueba (art. 14.2 LET).

Es, por principio, una decisión extintiva que no precisa ser justificada (no guarda relación alguna con el despido del trabajador y de ahí que no necesite ni motivos ni carta, SSTs 27-12-1989, A. 9088 y 15-11-1991, A. 6187); no hay, por otra parte, ninguna vulneración al principio de igualdad y prohibición de no discriminación del artículo 14 CE, siempre que la resolución empresarial «tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales» (SSTC 94/1984, 166/1988 y 173/1994). Existe, por consiguiente, un solo límite a la decisión extintiva del empresario (y, en su caso, del trabajador), un único argumento que puede generar su ineffectividad: que se funde o esté motivada en razones discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales (se equipara a despido nulo la voluntad empresarial de resolver un contrato sometido a prueba al acreditarse que se fundó en el embarazo de la trabajadora, lo que es una discriminación por razón de sexo ajena al propio trabajo, STC 166/1988; por el contrario, la resolución de un contrato a prueba adoptada al constatarse «la escasa disposición de la actora para atender funciones del puesto de basculero» no es discriminatoria, STC 198/1996).

Si la parte que haga uso de la libertad de resolución del contrato no viola aquellos derechos constitucionales no tendrá que explicar por qué las expo-

riencias objeto de la prueba no dieron resultado. En cualquier caso, la extinción no da lugar a ningún tipo de indemnización y sí, evidentemente, al abono de todas las percepciones, salariales o extrasalariales, generadas entre tanto el contrato de trabajo desplegó sus efectos.

Mientras el contrato se mantenga «el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe, como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso» (art. 14.2 LET). Si el período de prueba se supera o sencillamente transcurre el espacio temporal en que lícitamente se puede acotar la prueba sin que se haya producido el desistimiento, «el contrato producirá plenos efectos» (art. 14.3 LET). Son tres las notables consecuencias de la superación del período de prueba; la primera, y más importante, la desaparición de la provisionalidad y otras dos más encadenadas a ésta: el período de prueba se computa a los efectos de evaluar el tiempo de los servicios prestados «en la antigüedad del trabajador en la empresa» (art. 14.3 LET) y, finalmente, el empresario no podrá despedir por la causa objetiva del artículo 52, a, LET, porque la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. «Especial monográfico dedicado al trabajo a tiempo parcial» en RL 1998, núm. 15-16.
- AA.VV. La contratación temporal (Director GARCIA NINET), Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- AA.VV. «La reforma del contrato a tiempo parcial» en RMTAS, 1999, núm. 18.
- AA.VV. Los contratos de trabajo a tiempo parcial, Lex Nova, 1999
- ALARCON CARACUEL, M., «Trabajo a tiempo parcial y fijos discontinuos» en AA.VV. La reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García, AEDTSS y Marcial Pons, Madrid, 1995.
- ALONSO OLEA, M.: «Resolución del contrato de trabajo en periodo de prueba y discriminación por razón de embarazo». REDT, 1988, núm. 36.
- BALLESTER PASTOR, I: El período de prueba, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G., La sustitución del trabajador con derecho de reserva. El contrato de interinidad, Civitas, Madrid, 1986.

CAPÍTULO XXI

PRESTACIÓN DE TRABAJO (2) EL TIEMPO DE TRABAJO

SUMARIO: I. El tiempo de trabajo.—II. La jornada de trabajo.—III. Jornadas de trabajo especiales.—IV. Horario de trabajo.—V. Horas extraordinarias.—VI. Descansos.—VII. Vacaciones anuales.—VIII. EL calendario laboral.—IX. Interrupciones no periódicas. Bibliografía.

I. El tiempo de trabajo

332. **El tiempo de trabajo objeto del contrato.**—El contrato de trabajo como acontecer social es evidente que se desarrolla en el tiempo. Puede observarse la influencia radical del tiempo, ya en la duración del contrato (contratos de trabajo indefinidos o por tiempo determinado), ya en el cumplimiento de las obligaciones que nacen en la relación laboral. Se trata ahora, específicamente, de estudiar el discurrir temporal del cumplimiento de la obligación de trabajar. Son, por tanto, dos cuestiones de índole diferente: la duración del contrato y el tiempo de trabajo. Este último hace referencia a un elemento esencial del objeto del contrato, a los períodos durante los que un trabajador viene obligado a poner su actividad laboral a disposición del empresario.

La jornada, como sucede con el salario, aparece, inequívocamente, como elemento esencial del contrato, como objeto de las obligaciones que, según lo predicable de cualquier contrato, ha de ser cierto (art. 1.261, 2º Código Civil). En un contrato de duración como el de trabajo, constituyen posiciones jurídicas básicas del trabajador saber qué y cuánto trabajo ha de dar; del empresario saber por cuánto dinero recibe ese trabajo (intercambio de trabajo por salario). Ha de quedar ahora fija la atención en averiguar la certeza de cuánto trabajo debe el trabajador; la medida cierta del tiempo de trabajo, de la jornada de trabajo.

La lucha histórica por la disminución de la jornada de trabajo está inscrita en los orígenes y en el desenvolvimiento del movimiento obrero organizado y constituye siempre una muestra de las primeras manifestaciones del Estado en su labor de integración del conflicto que genera el trabajo por cuenta ajena. Sobrepasan ya el siglo las intervenciones del legislador en materia de jornada. Entre la Ley Benot de 24 julio 1873 y la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de modificación del Estatuto de los Trabajadores, hay hitos legislativos que jalonan la historia de la reducción del número de horas en el trabajo por cuenta ajena. Disminuir la duración del trabajo, como necesidad para proteger la integridad física o moral del trabajador, se configura como una reivindicación colectiva resuelta sobre todo por la intervención del Estado, pero con la colaboración de la negociación colectiva.

Hoy el acento quizás oscile de la disminución de las horas de trabajo hacia la mejor distribución del tiempo ocupado, configurando, en primer lugar, el trabajo de lunes a viernes y la jornada continuada como logros a obtener por cada vez más amplias capas de la población activa. Por otra parte, el horario flexible (*flexi-time, temps choisi*) y la redistribución de la jornada en diversas épocas del año (incluso de los descansos: reparto de las vacaciones no sólo en el verano), constituyen un nuevo modelo de administración del tiempo de trabajo con enorme juego de la autonomía de la voluntad y alejándose de las jornadas a tiempo completo y uniformes para la inmensa mayoría (entre las medidas flexibilizadoras de la jornada debe incluirse la Directiva CEE 93/104, de 23 de noviembre, DO 13-12-1993). En esta línea se encuentra la reforma que la Ley 11/1994 acometió en los artículos 34 a 38 LET, completada por la aprobación del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (RDJ), que ha flexibilizado la regulación del tiempo de trabajo, dejando en poder del empresario y en la negociación colectiva importantes facultades de ordenación. En el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo (7-4-1997) las partes firmantes llegaron al escaso acuerdo «de considerar necesario y oportuno estudiar todo lo relacionado con la gestión del tiempo

po de trabajo, la duración y retribución de la jornada, orientada a contribuir a la mejor evolución del empleo». El tratamiento del reparto del trabajo queda aún abierto en la concertación social. Sin duda, y como una importante fórmula de gestión de la jornada de trabajo, aparece la modalidad contractual a tiempo parcial (art. 12 LET, redacción del RDL 5/2001, cfr 306).

La regulación de la jornada cumple dos objetivos esenciales: uno, como instrumento de protección de la salud y seguridad de los trabajadores (por ejemplo, el art. 36 LET sobre trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo que transpone la Directiva 93/104) y, otro, como elemento esencial para determinar el trabajo debido y, desde esta perspectiva, es ingrediente de la política de empleo en la medida en que el reparto de trabajo y las posibilidades de mayores contrataciones guardan relación con la capacidad de adaptación de lo dispuesto sobre jornada. En ambos casos, la regulación ha de tener en cuenta todo el tiempo durante el que se permanece en el trabajo «a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad» (art. 2 Directiva 93/104/CE).

II. La jornada de trabajo

333. Fuentes de regulación de la jornada.—La estructura de la regulación de la jornada de trabajo se configura en torno a las tres fuentes de la relación laboral: la intervención normativa del Estado, los convenios colectivos y la voluntad de las partes. Las normas estatales se han constituido históricamente como normas mínimas de derecho necesario, por tanto inderogables e indisponibles para cualquier otra fuente (convenio, contrato de trabajo o decisión unilateral). El mínimo legal no puede empeorarse sino, al contrario, ha de cumplirse en sus términos o mejorar la propia regulación estatal.

La evolución de las fuentes reguladoras de la jornada ha sido, históricamente, la de lograr su disminución y, en la actualidad, además, su mejor distribución. Se trata, en suma, de regular uno de los aspectos más sobresalientes del poder de dirección del empresario: fijar el tiempo de trabajo que necesita para llevar adelante el sistema de producción de bienes o servicios que quiere colocar en el mercado. Entre organizar el trabajo rentabilizando los medios de producción y las exigencias vitales del trabajador como persona (no sólo con soportes economicistas de que a partir de determinado límite la productividad es negativa, sino como reivindicación del derecho al tiempo libre), han discurrido las tensiones cuya dureza inicial aún pervive en el lenguaje: lo importante era lograr disminuir, acotar, el trabajo de cada día, de cada jornada. Esta tensión y la necesaria protección de los intereses vitales del

trabajador están recogidos en el propio texto constitucional cuando, como principio rector, exige de los poderes públicos una política que garantice «el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada» (art.40.2 CE).

Sin necesidad de caminar aquí el largo proceso histórico de la legislación sobre jornada, basta con señalar que el intervencionismo estatal ha actuado siempre, como no puede ser de otra forma en razón al objetivo que busca, en la necesaria fijación de mínimos formando, ciertamente, una regulación coherente del tiempo de trabajo (arts. 12,23 y 34 a 38 LET). La especificación de estas reglas, en suma, constituye el marco, el canal, por el que discurre la regulación jurídica de la jornada; se fijan, pues, las pautas que relacionan las fuentes de su regulación, en especial de la legal con la convencional colectiva y éstas con la individual.

Por otra parte, con referencia a la voluntad colectiva y a la individual como fuentes de regulación de la jornada, la STC 210/1990 ha dejado claramente establecido que «en lo que atañe a la jornada de trabajo, la preeminencia de la Ley, por lo que hace a la fijación de los límites en la misma, ha sido expresamente consagrada en el artículo 40.2 CE, de manera que los convenios colectivos, y no sólo los contratos de trabajo, han de respetar ineludiblemente el límite legal, en las condiciones establecidas en la propia ley». En todo caso, el incumplimiento de los límites legales o convencionales en materia de tiempo de trabajo constituye infracción grave (art. 7.5 LISOS).

Se constituye un peculiar sistema de interrelación entre las fuentes de la relación laboral: los convenios colectivos y los contratos individuales pueden mejorar lo regulado, con carácter mínimo, en las normas estatales (STS 23-2-1988, A. 1453), pero no empeorarlas en materia de jornada. Sólo en el seno de esa relación de complementariedad entre Ley y convenio colectivo y contrato de trabajo ha de interpretarse el artículo 34.1 LET: «La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contrato de trabajo». El papel de los convenios colectivos en materia de jornada será siempre primordial por cuanto unifica situaciones y establece pautas de igualdad entre los trabajadores e incluso fija criterios o sistemas para el control del trabajo efectivo. La normativa legal establece el máximo legal, insuperable, de la jornada, pero la negociación colectiva (convenio o acuerdos de empresa) será la encargada de fijar la distribución desigual o irregular de la jornada a lo largo del año. La LET pondrá, sin duda, algunos límites a esa distribución pero, en esencia, quedará a la autonomía colectiva su implantación efectiva. En cualquier caso, las normas en materia de jornada establecidas por disposiciones legales y reglamentarias del Estado, por convenios colectivos y contratos de trabajo o por usos y costumbres locales y profesionales que fueran

eran más favorables que las establecidas en el RDJ no se entenderán modificadas, «subsistiendo en sus propios términos, sin perjuicio de su ulterior modificación en la forma en que en cada caso proceda» (D. adicional 1ª RDJ).

La presencia de la regulación convencional, colectiva o individual, tiene su inicial justificación en el campo amplio, extenso, que la regulación legal permite al juego de la autonomía de la voluntad por cuanto aquélla no acota, ni mucho menos, todos los supuestos que integran una regulación unitaria de la jornada. Por tanto, la licitud radical de los pactos se encuentra en el acomodo de los mismos al principio que permite regular las relaciones de trabajo con fundamento en la autonomía de la voluntad. Otra cuestión será la confluencia, y posible contradicción, entre la regulación en convenio colectivo y lo acordado en pacto individual. El juego de la autonomía individual ha de desarrollarse en el segmento de mejora que deja lo articulado en convenio; bien entendido, que la mejora de las condiciones permite un innegable «margen de apreciación y valoración subjetiva» (Auto Tribunal Constitucional, 1074/1988, de 26 de septiembre). Sin embargo, la voluntad individual de los trabajadores, aceptando una oferta de la empresa, no puede modificar el contenido de lo pactado, con carácter general o sobre distribución de la jornada en el convenio colectivo aplicable (STC 105/92). El innegable campo de actuación de la negociación individual sobre jornada será el de adecuar la distribución del tiempo de trabajo; en cualquier caso, será nulo el pacto individual que conceda exclusivamente al empresario la facultad de fijar la jornada, ya los días de la semana ya el turno, en que deban acudir los trabajadores (STSJ Cataluña 26-4-1993, A. 1874).

334. La jornada máxima legal y su distribución.—Las normas hoy vigentes están esencialmente recogidas en los artículos 34 a 38 LET que cuentan con desarrollo reglamentario en el RDJ. Tales normas legales y reglamentarias tienen especialmente en cuenta las prescripciones de la Directiva 93/104, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación y limitación del tiempo de trabajo como elementos determinantes de la salud laboral (Directiva 89/391).

De los preceptos citados, conviene ahora destacar la regulación de la jornada máxima ordinaria (art. 34.1 LET), que se construye sobre tres pilares: a) la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual; b) no se podrán realizar más de nueve horas ordinarias de trabajo efectivo, salvo pacto, en convenio colectivo, sobre distribución de la jornada (STS 30-9-1994, A. 7267); c) entre el final de la jornada y el comienzo de la siguiente

debe mediar como mínimo doce horas. Son éstas, pues, las normas básicas que, juntamente con las que configuran el descanso semanal o anual, diseñan el máximo de trabajo ordinario exigible de un trabajador y, al tiempo, el mínimo mejorable convencionalmente. Los preceptos que regulan la jornada ordinaria máxima son de derecho necesario, salvo en lo que ella misma permite la presencia de la negociación colectiva.

La fijación de la jornada máxima se hizo históricamente en torno al cómputo semanal que ya la LRL de 1976 lo fijó en cuarenta y cuatro horas (había ya quedado sentado este módulo muchos años antes en el convenio de la OIT n.º 47 del año 1935, no ratificado por España). El ET, en 1983, dejó el módulo en 40 horas semanales. La reforma de 1994 continúa en esta línea y fija en cuarenta horas semanales de trabajo la jornada máxima legal, pero permite romper el estricto módulo semanal para computar el límite de las cuarenta horas de trabajo efectivo en cómputo anual (art. 34.1 LET). La respuesta del artículo 34 LET a las demandas de adaptación de la regulación de la jornada no ha estado, como se ve, en la duración máxima y sí en su distribución. La distribución irregular de la jornada a lo largo del año sólo corresponde a la autonomía colectiva, convenio o, en su defecto, acuerdo de empresa (art. 34.2 LET). La distribución regular será, de este modo, cuarenta horas semanales y un máximo de nueve diarias; la irregular a lo largo de un año distribuida por convenio colectivo o acuerdo de empresa y deberá respetar los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la LET, con las excepciones reguladas en el artículo 2 RDJ sobre regímenes de descanso alternativos. El límite diario que proviene de la necesidad de descanso es el de doce horas entre jornada y jornada. Dentro de este límite indisponible de descanso y del semanal, la autonomía colectiva, en la distribución irregular, puede establecer horarios superiores a nueve horas diarias (art. 34.3 LET).

El expresado régimen jurídico se modifica al regular la fijación de la jornada máxima de los menores de dieciocho años. Aquí se vuelve a la construcción legal anterior a 1994: jornada semanal de cuarenta horas semanales y la distribución diaria tiene dos límites indisponibles; uno, el trabajo diario no puede ser superior a ocho horas de trabajo efectivo y, dos, el descanso mínimo semanal será de día y medio ininterrumpido.

Los menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso el tiempo dedicado a la formación. Incluso esas ocho horas diarias será el máximo posible, aunque el menor trabaje para más de un empresario (art. 34.3 LET). El menor de dieciocho años no podrá, por otra parte, ser sujeto de la aplicación de las normas del RDJ sobre regímenes de descanso alternativos, ampliaciones de jornada y trabajo a turnos.

La jornada así establecida de cuarenta horas semanales tiene la característica de ser considerada como máxima ordinaria. Quien trabaja más horas para un empresario lo hará con carácter extraordinario y así deberá de ser remunerado. Trabajar menos horas tiene, a su vez, una doble posibilidad de tratamiento jurídico: la menor jornada es producto de un pacto, individual o colectivo (jornada pactada; por tanto, ordinaria para el trabajador, empresa o sector a que se refiera el pacto) o bien, el módulo aplicable es el máximo legal y trabajar menos significa, sencillamente, percibir un menor salario (trabajo a tiempo parcial).

La duración de la jornada ha pasado de tener como parámetro la del día a la de la semana. Este traslado tiene una obvia razón justificativa: la mejor distribución del tiempo de trabajo. Carecería de toda lógica pasar del módulo diario al semanal si se trabajase en la semana seis días: la jornada diaria y la semanal darían como consecuencia el mismo margen de maniobra. Sin embargo, aumentando el descanso semanal (día y medio o los dos días usuales en la negociación colectiva) el conjunto de la jornada en cada semana permite un reparto acorde a las necesidades de las partes en el trabajo diario. Esa mayor posibilidad de combinaciones para una mejor distribución del tiempo de trabajo encuentra en la jornada anual su mejor campo de aplicación.

El artículo 34.2 LET no precisa el alcance del cómputo anual de horas (como lo hizo la concertación social en España; el AMI, estableció para 1980, una jornada anual de 1980 horas; para el año 1982, de 1880 horas; el AI lo redujo, para 1984, a 1826 horas y 27 minutos). Lo que autoriza el precepto es la distribución irregular de la jornada, rompiendo incluso el molde de las nueve horas diarias; puede trabajarse más, pero siempre descansando doce horas entre jornada y jornada. En la distribución irregular lo que la negociación colectiva debe concretar son los tiempos efectivos de trabajo a lo largo del año. El pacto tendrá, claramente, como contenido un promedio entre lo trabajado en todo el año; el pacto permite la consideración de ciclos más largos que el semanal para determinar la jornada exigible. Ahora bien, en un período de referencia de cuatro meses, la duración media del trabajo no superará las cuarenta y ocho horas semanales (arts. 6 y 16.2 Directiva 93/104/CE). De tal suerte que, en ese promedio, el número de horas de trabajo será el resultado de multiplicar la jornada fijada por los días reputados como laborables (menos los descansos, las vacaciones y los catorce festivos anuales), sin que, finalmente, con respecto a los diversos cómputos dentro de los distintos períodos de referencia, arroje cifra mayor de cuarenta horas por las semanas hábiles del año.

335. Trabajo efectivo.—El artículo 34.5 LET dispone que «el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jor-

nada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo». Es un precepto que pretende organizar la duración de la jornada. Se computa el tiempo de trabajo a partir del momento en que el trabajador se incorpora a su puesto de trabajo.

Hay, por consiguiente, una serie de tiempos que, tanto al principio como al final del trabajo, no se reputan jornada tales como aseo, cambio de ropa, ir y volver al trabajo, bocadillo, etc. Sobre tales periodos de tiempo se establece la regla general de su no cómputo como jornada, pero las posibilidades de pactos individuales y colectivos, que absorban estos periodos temporales en la jornada, son múltiples y adaptados a cada empresa o sector concreto. Se trata, en suma, de saber cómo se mide la jornada, el tiempo de trabajo para que éste sea efectivo.

Queda fuera del cómputo de la jornada (no es exactamente tiempo exigible) la disponibilidad del trabajador a ser llamado al trabajo fuera de la jornada normal. La libre disponibilidad no es una cuestión de jornada de trabajo (STS 11-7-1989, A. 6094), sino una prestación que no se valora en relación al tiempo; éste se valorará cuando efectivamente tenga que desarrollarse el trabajo, en el momento en que la disponibilidad permanente se traduzca en efectiva reincorporación al trabajo (STS 23-4-1991, A. 3383; la obligación de estar localizado se retribuye si específicamente lo establece una norma o pacto, STS 3-3-1993, A. 1700).

Se verá a continuación cómo la consideración del trabajo efectivo tiene una incuestionable influencia en la regulación de las denominadas jornadas especiales.

III. Jornadas de trabajo especiales

336. Ampliaciones, limitaciones y reducciones de la jornada.—En razón a la habilitación legal del artículo 34.7 LET, el Gobierno ha regulado, previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, las denominadas jornadas especiales que, por razón de la actividad en que se desarrolla el trabajo, han de tener un régimen jurídico que difiere en algunos extremos del común (RD 1561/1995, de 21 de septiembre, modificado por el R. Decreto 285/2002, para el trabajo en el mar).

A) *Ampliaciones de jornada.* La regulación específica de las ampliaciones de jornada nace de las peculiaridades del trabajo. El RDJ tiene las siguientes características, generales a todos los supuestos de ampliación de jornada

las normas especiales se aplican en primer lugar y sólo en su defecto el régimen general de la jornada ordinaria; los regímenes especiales de jornada no se aplican en las relaciones laborales especiales enumeradas en el artículo 2 LET (art. 1.2 RDJ). La necesidad y presencia de la negociación colectiva en la regulación de estas particulares jornadas se ven potenciadas por el RDJ.

La especialidad de la jornada, que el RDJ reúne en torno a los que considera sectores en los que se amplía la jornada máxima legal de cuarenta horas semanales, gira normalmente en torno a dos básicas consideraciones: a) no todo el tiempo de trabajo ha de computarse como jornada y b) el trabajo puede acometerse durante un tiempo que exceda de las cuarenta horas semanales.

Se distingue entre trabajo efectivo y trabajo de presencia en los diferentes sectores del transporte y en el trabajo en el mar: se considerará, en todo caso, tiempo de trabajo efectivo aquel en el que el trabajador se encuentra a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad y realizando funciones de conducción u otros trabajos en relación con el medio de transporte o trabajos auxiliares efectuados alrededor del medio de transporte, sus pasajeros o carga (art. 8.1 RDJ). La duración máxima del tiempo de trabajo efectivo será de cuarenta horas semanales, con los límites establecidos para realizar horas extraordinarias en el artículo 35 LET; los trabajadores no podrán realizar una jornada diaria de trabajo efectivo, computando incluso las horas extraordinarias, superior a doce horas diarias, salvo supuestos de fuerza mayor o apremiante necesidad para el buque o la carga (arts. 8.2 y 16 RDJ).

Se considera tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentra a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo. La figura del tiempo de presencia sirve para regular los períodos de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta y otros similares. Las horas de presencia serán en cada caso conceptuadas como tales en convenio colectivo, no tienen la categoría de horas extraordinarias y no se computan a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria. En ningún caso, podrán exceder de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes y se distribuirán con arreglo a criterios que se pacten colectivamente. Las horas de presencia se abonarán, salvo que se pacte individual o colectivamente su compensación con períodos de descanso, con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias (art. 8.1 y 3 RDJ).

Las disposiciones comunes sobre trabajo efectivo y tiempo de presencia sirven luego al RDJ para regular las distintas situaciones en el transporte por carretera, ferroviario, marítimo o aéreo y en el trabajo en el mar. El tiempo de trabajo efectivo no puede exceder, por ejemplo, de cuatro horas seguidas de

conducción en el transporte por carretera, teniendo derecho a una pausa de cuarenta y cinco minutos sin realizar trabajo efectivo y el tiempo máximo de conducción no deberá exceder normalmente de nueve horas diarias (art. 1 RDJ). En el mar no podrá realizarse una jornada total diaria superior a doce horas(art. 16 RDJ)¹.

En otros sectores la ampliación de jornada no viene causada por la diferencia entre trabajo efectivo y tiempo de presencia sino, exclusivamente, porque se trata de actividades en las que, por razón del tipo de trabajo, la jornada ordinaria se ve aumentada: empleados de fincas urbanas (art. 3 RDJ), guardas vigilantes no ferroviarios (art. 4 RDJ) y trabajo en el campo (en circunstancias estacionales y se compensarán o abonarán según lo establecido para las horas extraordinarias en el art. 35.1 LET). Otras veces la ampliación de la jornada viene por la necesidad de trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás, por el tiempo estrictamente necesario en la forma y mediante la compensación que se establezca por pacto (art. 20 RDJ). Finalmente, en los trabajos que se realicen en situaciones especiales de aislamiento o lejanía (en repetidores y emisoras de radiotelevisión, puntos de tránsito viario, vigilancia forestal, etc.), por acuerdo colectivo, podrá adaptarse las disposiciones de la LET a las necesidades específicas de las actividades, computándose los descansos entre jornadas y semanal por períodos que no excedan de ocho semanas; salvo situaciones excepcionales, deberá respetarse el descanso de diez horas entre jornadas (art. 21 RDJ).

B) *Limitaciones de jornada.* Por razón de la actividad el RDJ limita el tiempo de trabajo con fundamento en la tutela de la integridad física del trabajador: riesgos ambientales singularmente nocivos, circunstancias excepcionales de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad que no puedan remediarlo utilizando la protección eficaz. En tales supuestos empresario y trabajadores (o representantes de los trabajadores) deben ponerse de acuerdo en cuanto a la limitación de la jornada; caso contrario resolverá la autoridad laboral. Las limitaciones no traerán consigo reducciones salariales (art. 23 RDJ).

Específicamente, el RDJ fija limitaciones de jornada para concretos sectores de la actividad. Así, en el trabajo del campo cuando se exija extraordinario esfuerzo físico o concurren especiales circunstancias de penosidad derivadas de condiciones anormales de temperatura o humedad, la jornada ordi-

¹ Véase las Directivas 1999/63/CE, 21 de junio, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar y la 1999/95/CE, 13 de diciembre, sobre el cumplimiento del tiempo de trabajo en los buques que hagan escala en los puertos de la Unión Europea y el RD 825/2002, 19 de junio, sobre el control de tal tiempo de trabajo.

na no podrá exceder de seis horas y veinte minutos diarios y treinta y ocho horas semanales de trabajo efectivo; si el trabajo se realizara con los pies en agua o fango y en las de cava abierta, la jornada ordinaria no podrá exceder de seis horas diarias y treinta y seis semanales de trabajo efectivo (art. 24 RDJ). En el trabajo en el interior de las minas la duración máxima de la jornada será de treinta y cinco horas semanales y la jornada de trabajo subterráneo reducida a seis horas o cinco horas diarias cuando concurren circunstancias de especial penosidad o se ejecute el trabajo completamente mojado (art. 25 RDJ).

En los trabajos en cámaras frigoríficas y de congelación: a falta de pacto, el artículo 31 RDJ regula descansos de recuperación de diez minutos cada tres horas de trabajo ininterrumpido (trabajo en cámaras de hasta cinco grados bajo cero) o de quince minutos por cada hora trabajada, con un máximo de permanencia de seis horas, en cámaras de menos de cinco grados y hasta dieciocho grados bajo cero. En las cámaras de dieciocho grados bajo cero o más, la permanencia máxima será de seis horas con descansos de quince minutos cada cuarenta y cinco de permanencia. El artículo 29 RDJ establece limitaciones, como si de trabajo de minas se tratase, para los trabajos subterráneos de construcción y obras públicas. Contiene, por último, el artículo 30 RDJ una regulación, por remisión a la OM de 20 de enero de 1956, del trabajo en los «cajones de aire comprimido».

C) *Reducciones de jornada.* El artículo 37.4 y 5, LET, regula un especial tiempo de trabajo derivado no de genéricas condiciones de trabajo sino de personales circunstancias del trabajador. Estas reducciones se articulan como derecho del trabajador afectado quien puede o no hacer uso de ellos. Son tres: la disminución de la jornada por lactancia de un hijo menor de nueve meses; la reducción de jornada por razones de guarda legal de menor o disminuido físico, psíquico o sensorial; el cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Están regulados los tres supuestos en el artículo 37.4 y 5, b, LET, según redacción de la Ley 39/1999 (cfr 397).

El artículo 37.4 LET regula el derecho de la mujer trabajadora a una hora diaria de ausencia del trabajo por lactancia de un hijo menor de nueve meses (es una auténtica reducción de la jornada, aunque sistemáticamente la LET lo sitúa bajo el epígrafe de permisos, cfr 348). El derecho dura, por tanto, hasta que cumpla el hijo nueve meses; la filiación puede ser por naturaleza o por adopción; como no cabe duda de que la norma es, en primer lugar, protectora del menor, si el parto es múltiple la mujer tendrá derecho a una hora por cada hijo lactante. Esa hora diaria puede dividirla la trabajadora en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho, que es retribuido, por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma

finalidad (no para funciones distintas; la no ejercida no es acumulable a efectos de su posterior disfrute). La titularidad de este derecho es del padre o la madre siempre que ambos trabajen (desde luego, en todo caso de la madre; sólo del padre, si ambos trabajan y la madre renuncia; la constitucionalidad del precepto en su redacción primitiva, la de la Ley 8/1980, por tratarse de una discriminación positiva que otorgaba el derecho sólo a la mujer trabajadora, en STC 109/1993).

En los supuestos del nacimiento de hijo prematuro o que por cualquier causa deba permanecer hospitalizado, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Igualmente tendrán derecho en estos casos a reducir la jornada hasta un máximo de dos horas diarias con disminución proporcional del salario (art. 37.4 bis LET, redacción Ley 12/2001).

El apartado 5 del artículo 37 LET contempla un supuesto de reducción de jornada por guarda legal de menor o disminuido físico o psíquico. Es un derecho de duración limitada hasta que el menor cumpla seis años y de duración indefinida para el supuesto de cuidado de minusválidos. Es un derecho cuyo titular es quien tenga la patria potestad o la tutela como supuesto de guarda y protección de la persona de los menores de seis años o minusválidos (no cabe, por definición del art. 37.5 LET, la guarda de hecho del art. 303 del Código Civil). El contenido del derecho es la reducción, con disminución proporcional del salario, de la jornada, que no puede ser inferior a un tercio ni exceder de la mitad de la jornada.

A igual reducción de la jornada y disminución proporcional del salario tienen derecho quienes tengan a su cargo el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. Estos supuestos, dan lugar a un derecho de reducción de la jornada del que es titular el trabajador, sea cual fuere su sexo. Si dos o más trabajadores de un mismo empresario generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario pondrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. En los casos anteriores, el derecho a concretar el horario, a determinar el periodo por lactancia y a fijar en los respectivos supuestos la reducción horaria corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria. Cuando el trabajador se reincorpore a su normalidad horaria debe preavisarlo con quince días de antelación (art. 37.6 LET).

Hay aún otros supuestos posibles de reducción de jornada: asistencia a cursos de formación profesional (art. 23.1 LET); las previstas en el contrato

para la formación (art. 11.2 LET); en los contratos a tiempo parcial (art. 12.1 LET); o en los contratos de relevo (art. 12.4 LET).

337. El proceso en materia de reducciones de jornada por motivos de lactancia y familiares.—En caso de desacuerdo para concretar el horario de la lactancia o para determinar la reducción de jornada por hospitalización de neonatos o por motivos familiares, el trabajador, en el plazo de 20 días a contar de la comunicación de disconformidad del empresario con la corrección o fijación del periodo de disfrute, deberá presentar demanda ante el Juzgado de lo Social (art. 138 bis, LPL, redacción dada por la Ley 39/1999). Claramente, la pretensión procesal deberá versar exclusivamente sobre la concreción horaria o sobre el periodo de disfrute. Por otra parte, no es una modalidad procesal exenta del requisito de la conciliación previa (art. 64 LPL). El procedimiento será urgente y de tramitación preferente, debiendo celebrarse la vista oral en el plazo de cinco días desde la admisión de la demanda y dictarse sentencia en el plazo de tres días (art. 138 bis LPL). Contra la sentencia, no cabe recurso (art. 189. 1 LPL, redacción de la Ley 39/1999).

IV. Horario de trabajo

338. Concepto y fijación del horario.—La fijación de la jornada de trabajo se remite a módulos, legales o pactados, de naturaleza semanal o anual. La duración de tales módulos temporales puede, a su vez, sufrir variaciones a lo largo del año (más trabajo en unas semanas que en otras, en una estación que en otra, jornada intensiva de verano, por ejemplo). Sin embargo la citada duración, o incluso su distribución en el año, precisa ser más concreta y referirla a cada día en que se trabaja (recuérdese siempre que un año-módulo máximo de referencia se compone de días laborables y días no laborables que pueden, como se verá, denominarse de descanso, festivos o de vacaciones; la duración de la jornada siempre está referida a su distribución en los días laborables). El horario de trabajo no es, pues, otra cosa que la distribución de la jornada.

Es tanto una realidad fisiológica como productiva la necesaria limitación del trabajo diario. Interesa —con interés desde luego contrapuesto— al empresario organizar el sistema productivo y al trabajador tener certeza de cuánto tiempo ha de dedicar cada día al trabajo concertado. La certeza del trabajo diario la da el horario de trabajo: cuándo se inicia, interrumpe y finaliza cada día el trabajo. El horario fija el trabajo de carácter ordinario de cada día: la prestación en horas extraordinarias tiene otro tratamiento, pero a partir, sin duda, del término del horario ordinario.

La fijación del horario es competencia inicial del empresario y le nace de su facultad de organizar el trabajo. La decisión sobre el horario es o producto de un pacto, individual o colectivo, o adhesión al ya establecido, que, además, no tiene por qué ser uniforme para todos los trabajadores. Una vez fijado el horario por decisión del empresario (alguna vez podrá ser producto de un auténtico pacto individual y, sin duda, será objeto normal de la negociación colectiva) se incorpora al contrato de trabajo con naturaleza de «condición sustancial» (art. 41.1.b, LET) y, por tanto, indisponible desde el plano de la unilateralidad empresarial. De ahí la importancia de fijar con certeza el horario y el rechazo, por abusivas, de las cláusulas contractuales ambiguas sobre horario. Aún más, pactado en convenio colectivo el horario de trabajo no puede ser alterado por la contratación individual ni siquiera inicialmente (STSJ Cantabria 13-3-1995, A. 1058). El horario de trabajo es un concepto cercano al de jornada, pero es este último el que tiene mayor importancia pues determina nítidamente el tiempo de trabajo (STS 27-7-1995, A. 6325).

Los trabajadores vienen, así, obligados a cumplir su prestación de trabajo dentro de un espacio temporal predeterminado e invariable aunque sea irregular. Puede fijarse, incluso, un horario flexible. Lo flexible hace referencia a la posibilidad de elección de horario para cumplimentar el trabajo diario exigido. Se refiere a la jornada ordinaria y nada tiene que ver (aunque podían coexistir) con el trabajo a tiempo parcial. La elección es individualizada: esto es, cada trabajador, dentro de unos márgenes indisponibles y previamente establecidos, elige el horario de su trabajo. La fijación del horario flexible será objeto de pacto entre empresa y trabajador y ha quedado tal distribución huérfana de cualquier regulación específica (como la del derogado art. 36, ET) y deberá someterse a las reglas generales sobre jornada y al contenido del pacto.

El horario diario puede desarrollarse prestando el trabajo de forma continuada o en régimen de horario partido (esta fue la terminología, en esencia, usada por el art. 24.1 LRL y por el derogado art. 34.2 LET). La diferencia entre uno y otro estriba en que el periodo de descanso se sitúe entre los dos tiempos del horario o dentro del espacio continuado de trabajo. Desde la perspectiva de la reforma de la Ley 11/1994, el artículo 34.4 LET sólo regula la pausa que haya de disfrutar quien trabaje en jornada continuada («siempre que la duración de la jornada continuada exceda de seis horas deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos»; esta pauta es también una exigencia del art. 4 de la Directiva 93/104). No hay ya distinción entre jornada partida y un descanso exigible y jornada continuada.

El horario será o no partido en razón a los pactos sobre distribución de la jornada y sólo si, de forma continuada o no, se trabaja más de seis horas

rá el derecho al descanso ininterrumpido de quince minutos. Esta pausa tiene ya tradición en el ordenamiento español (pausa «para el bocadillo» en el art. 23.6 LRL y en el derogado 34.2 LET). La nueva redacción del artículo 34.4 LET regula los dos problemas que siempre han acompañado a esta pausa: si es o no trabajo efectivo y si es o no remunerado. En efecto, sólo si se establece en convenio colectivo o en contrato de trabajo, la pausa de quince minutos tendrá la consideración de tiempo efectivo y, por tanto, retribuido. Son, de este modo, tres al menos las cuestiones a pactar: el momento del disfrute, la consideración de tiempo efectivo y su retribución (los problemas vendrán de los pactos individuales implícitos: se fija el descanso, pero no se indica nada sobre la retribución o sobre si incluye o no determinados complementos, STS 10-6-1993, A. 1865; si existe pacto, el valor económico de la pausa se iguala a los períodos de descanso computables como de trabajo a los que se refiere el art. 26.1 ET, STS 23-12-1992, A. 10360).

La jornada continuada de los menores de dieciocho años tiene una particular regulación al aumentar la pausa (de quince a treinta minutos) y disminuir el número de horas para considerar a la jornada como continuada (de exceder de seis horas a exceder de cuatro horas y media): «en el caso de trabajadores menores de dieciocho años, el período de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media (art. 34.4, segundo párrafo, LET).

339. Trabajo nocturno.—El tiempo de trabajo puede prestarse durante la noche y se entenderá trabajo nocturno el que se desarrolla entre las veintidós y las seis horas (art. 36.1 LET); este horario de trabajo está prohibido a los menores de dieciocho años (art. 6.2. LET) y a la mujer embarazada, a la que ha dado a luz y a la que está en período de lactancia, si de la nocturnidad se deriva un riesgo específico para tales situaciones (art. 26 LPRL; según la Directiva 76/207 y la STJ de la CE 25-7-1991, asunto Stoeckel, los Estados miembros no pueden prohibir lícitamente el trabajo nocturno de las mujeres -no embarazadas, no púerperas y no lactantes- si no lo hacen al mismo tiempo para los hombres; recoge estos principios la STC 229/92). Los límites de la nocturnidad son de derecho necesario absoluto y el empresario que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno deberá informar de ello a la autoridad laboral (art. 36.1 LET).

La regulación del trabajo nocturno del artículo 36 LET añade, a la tradicional consideración de unir al trabajo nocturno una específica remuneración, otras importantes limitaciones que tienen su origen en la Directiva 93/104. La primera limitación (art. 36.1, segundo párrafo, LET) viene de la máxima

duración de la jornada: «la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un período de referencia de quince días». En este caso, a diferencia de la regla general sobre fijación de la jornada máxima, los criterios de distribución están claramente fijados por la norma (derecho necesario mejorable por convenio o pacto individual): no más de ocho horas diarias computadas en quince días; se rompe el cómputo semanal, pero sólo hasta un espacio de dos semanas y, en su suma, resultará una jornada diaria inferior a la posible para los trabajos diurnos.

La segunda e importantísima limitación viene de la definición legal del trabajador nocturno (por tanto, sujeto del sistema de remuneración específico por nocturnidad): «se considerará trabajador nocturno aquél que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquél que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual» (art. 36.1, tercer párrafo, LET; STS 1-12-1997, A. 8921).

La tercera limitación: los trabajadores nocturnos no podrán realizar horas extraordinarias (el trabajador adjetivado de nocturno no podrá realizar horas extraordinarias ni en el periodo nocturno ni en el diurno de su jornada, art. 36.1 LET). Puede ampliarse el cómputo de 15 días y realizarse horas extraordinarias en los supuestos de ampliación de jornada (arts. 3 a 22 RDJ), cuando resulte necesario para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes y en los casos de irregularidades en el relevo de turnos por causas no imputables a la empresa (art. 32.1 RDJ). Dispone también el artículo 32.2 RDJ que, en estos casos de ampliación del trabajo nocturno, deberá reducirse la jornada de los trabajadores afectados en los días subsiguientes hasta alcanzar el insuperable promedio de ocho diarias de trabajo nocturno en cómputo de cuatro meses (supuestos especiales de ampliación de jornada) o de cuatro semanas (todos los demás).

El artículo 36.1, cuarto párrafo, LET reserva a la potestad reglamentaria del Gobierno la posible fijación de limitaciones y garantías adicionales para el trabajo nocturno, pero deberá ejercerlas en ciertas actividades o para determinadas categorías de los trabajadores, en función de los riesgos que comporten para su salud y seguridad.

El horario nocturno de trabajo, aunque lo realice un trabajador no nocturno, tendrá una retribución específica «que se determinará en la negociación colectiva», pudiendo hacerlo no por retribución en sí misma sino compensando el trabajo nocturno por descansos. La retribución específica (sín límites) o predeterminaciones legales, a fijar por convenio y, en su caso, mejorada por convenio,

trato) no existirá si el salario se ha fijado atendiendo a que el trabajo es nocturno por su propia naturaleza (art. 36.2 LET; en tal caso, no deberá influir sobre el salario el carácter nocturno de la jornada, STS 25-2-1994, A. 1519).

El empresario tendrá respecto de los trabajadores nocturnos unas particulares obligaciones: el trabajador nocturno deberá gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, con unos servicios de protección y prevención equivalentes a los de los trabajadores diurnos; el empresario garantizará a los trabajadores nocturnos una evaluación gratuita de su salud «antes de su afectación al trabajo nocturno y, posteriormente, en intervalos regulares en los términos que se establezcan en la normativa específica en la materia; finalmente, al trabajador nocturno al que se le reconozcan problemas de salud derivados de tal condición tendrá derecho a ser destinado a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sea profesionalmente apto, de acuerdo con las reglas de movilidad y modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 36.4 LET y art. 9 de la Directiva 93/104; el puesto de trabajo diurno no ha de ser necesariamente de igual categoría, sin perjuicio de no producir merma en la retribución, STSJ Castilla-La Mancha 1-7-1999, A. 3194).

340. Trabajo a turnos y ritmo de trabajo.—La definición legal (art. 36.3 LET), prácticamente tomada del artículo 2.5 Directiva 93/104, encierra tres notas que hacen peculiar el trabajo a turnos: a) organización de trabajo por equipos o grupo de trabajadores; b) ritmo sucesivo o rotación de los trabajadores con referencia a un mismo puesto de trabajo; y c) la prestación de servicio en horas diferentes en un periodo determinado de días o semana. El trabajo a turnos de la definición legal no aparece, por tanto, ni en los casos de trabajadores que realizan siempre un mismo horario de trabajo ni en empresas que, aun funcionando en dos o tres horarios diferentes, sus trabajadores están siempre adscritos a unas horas determinadas (mañana o tarde, por ejemplo).

La definición legal del trabajo a turnos se articula para, a continuación, constituir un régimen jurídico del que nacen algunas limitaciones: primera, en empresas con ciclos de veinticuatro horas (estrictamente, cuando entre los turnos haya horario nocturno), ningún trabajador estará en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria y, segunda, las empresas que en sus turnos incluyen sábados y domingos, podrán efectuar sus turnos bien por equipos de trabajadores que desarrollan su actividad por semanas completas o contratando personal para completar los equipos necesarios durante uno o dos días a la semana (art. 36.3 LET). En el trabajo a turnos el empresario contraerá la responsabilidad de tener en todo momento un

nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza del trabajo y los servicios de protección y prevención deben ser equivalentes en todos los turnos (art. 36.4 LET).

Los trabajadores a turnos, cuando así lo requiera la organización del trabajo, podrán acumular por períodos de hasta cuatro semanas el medio día de descanso semanal (art. 37.1 LET) o separarlo del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana (art. 19.1 RDJ). En las empresas de trabajo a turno, si al cambiar el trabajador su turno, no puede disfrutar del descanso mínimo de doce horas (art. 34.3 LET), puede reducirse el mismo hasta un mínimo de siete horas, compensándose la diferencia en los días inmediatamente siguientes (art. 19.2 RDJ).

Implantar el régimen de trabajo a turnos a trabajadores que no los hacen o alterar los turnos existentes es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.1.c, LET).

El artículo 36.5 LET, al margen de los trabajos a turnos, dispone que si se organiza la producción «según un cierto ritmo» (cadenas de montaje o repetir una labor cada un cierto y determinado tiempo; trabajos llamados «acompañados», art. 13 Directiva 93/104) deberá el empresario tener en cuenta el principio general de adaptar el trabajo a la persona, atenuando el trabajo monótono y repetitivo, particularmente a la hora de determinar los descansos. Deben adaptarse esos ritmos a las exigencias en materia de salud y seguridad de los trabajadores.

V. Horas extraordinarias

341. Concepto y régimen jurídico.—Limitar el tiempo de trabajo, tanto el ordinario como el extraordinario, ha sido una tarea históricamente ardua cuando queda regulado el horario normal, puede aparecer la desmesura en el extraordinario, convertido en habitual. Se trata, para el legislador y para los empresarios y sindicatos, de fijar las pautas del tiempo de trabajo, los módulos ordinarios y, excepcionalmente, en qué condiciones y a qué coste puede darse el trabajo extraordinario. Hay dos segmentos en la regulación y en el control de la jornada: el ordinario y el extraordinario. Se reputa excepcional, extra, el que se ejercita más allá del ordinario: es hora extraordinaria cada hora de trabajo que se realice «sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo» (art. 35.1. LET). Y esa jornada ordinaria puede ser, obviamente, la legal o la pactada. Es hora extraordinaria la que sobrepasa las nueve diarias, salvo que por convenio o acuerdo de empresa, se haya establecido una

distinción del trabajo que, respetando la jornada, ya semanal ya anual, de lugar a mayor horario de trabajo.

Realizar el trabajo extraordinario, horas extraordinarias, ha de ser, por regla general, voluntario, bilateralmente voluntario, de libre ofrecimiento por el empresario y de libre aceptación por el trabajador: «la prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria» (art. 35.4. LET y STS 9-6-1987, A. 4312). Justamente de la regla general del consenso, de la voluntariedad, nace la existencia de una específica y excepcional clase de horas extraordinarias: las obligatorias.

Resulta ser hora extraordinaria obligatoria aquella que se haya pactado en convenio colectivo o en contrato individual de trabajo (art. 35.4 LET). La consensualidad, individual o colectiva, existe, pero sin olvidar que se legitima el poder empresarial para exigir el trabajo extraordinario, que será, de esta suerte, trabajo convenido. Dentro de las horas extraordinarias obligatorias aparece el concepto de horas estructurales que ha tomado carta de naturaleza sobre todo a efectos de cotización a la Seguridad Social. Son horas que derivan de la naturaleza de la actividad (períodos imprevistos, puntas de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno u otras circunstancias de carácter estructural), han de ser determinadas por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores y comunicadas a la autoridad laboral (STS 23-5-1991, A. 4166). El artículo 111 LGSS establece una cotización adicional para las horas extraordinarias con independencia de su cotización a efectos de riesgos profesionales. Para el año 2000, la cotización adicional será del tipo del 28.3 por ciento sobre el valor de todas las que se realicen incluidas las estructurales que sobrepasen el tope máximo de las ochenta anuales (art. 95.3 Ley 54/1999).

Las horas extraordinarias necesarias para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes son también obligatorias (art. 35.3 LET; la fuerza mayor puede, incluso, acaecer en empresa ajena pero cliente de la propia). No sólo es en este caso excepcional la jornada sino que ha de serlo el trabajo y de tal manera es así que no se reputan horas extras a efectos del límite legal, pero la legislación ha previsto que, realizadas, se compensen como si se tratase de horas extraordinarias (tienen también este tipo de horas extraordinarias una cotización adicional pero de un tipo menor que el anterior, del 14 por ciento para 1999, art. 91.3 Ley 49/1998).

Se consideran también como horas extras, sólo a efectos económicos, las necesarias para abrir y cerrar el trabajo de los demás; horas trabajadas, excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, en festivos o equivalentes

tes de descanso semanal y horas para recuperar trabajo perdido por causa de fuerza mayor o extraordinarias no imputables al empresario, previo pacto siempre posible. No se reputará como horas extras la situación en la que el trabajador está localizable y a disposición de la empresa, aunque si es llamado a trabajar percibirá por el tiempo invertido la remuneración propia de las horas extraordinarias (STS 29-11-1994, A. 9246).

El legislador impone cuatro límites indisponibles en la regulación de las horas extraordinarias: a) no las podrán realizar los menores de dieciocho años (art. 6.3 LET); b) no las podrán realizar, en ningún caso, los trabajadores nocturnos (art. 36.1 LET y a salvo los supuestos del art. 32.1 RDJ; hay que resaltar la naturaleza de la prohibición, se refiere a trabajadores calificados como nocturnos y no a la posibilidad de que otros trabajadores hagan horas extras entre las veintidós y las seis horas); c) tampoco podrán realizar horas extraordinarias los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos (art. 12.4, c, LET; podrán realizar estos trabajadores horas extraordinarias por motivos de fuerza mayor). Y el límite más importante, d), el número de horas (voluntarias o pactadas en convenios o contrato) no podrá exceder de ochenta al año (art. 35.2 LET). Ese cómputo tiene, por su parte, un peculiar régimen jurídico. Se reputan horas extraordinarias las realizadas sobre la jornada ordinaria, la legal o la pactada y, en este caso, ya sea semanal o anual el cómputo. El parámetro para contar las horas extras es la determinación de la jornada ordinaria. Para el cómputo del número de horas extraordinarias, no se tendrán en cuenta aquellas que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización (será, ciertamente, un fenómeno de distribución irregular de la jornada, art. 35.2, segundo párrafo, LET). Finalmente, el exceso de las horas trabajadas para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes no se computarán en el límite de las ochenta horas anuales (art. 34.3 LET; otro caso será que deban ser compensadas como tales horas extraordinarias).

Con referencia al número de horas, han de hacerse aún tres precisiones: primera, el Gobierno tiene la habilitación legal para reducir o ampliar jornadas especiales, lo que supone poder incidir sobre el número de horas extraordinarias posibles en las actividades que se reseñan (art. 34.7 LET; arts. 37, 28, 32 RDJ); segunda, el Gobierno tiene también otra habilitación legal, de la que hasta la fecha no ha hecho uso, «para suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso» (art. 35.2, tercer párrafo, LET; expresamente, las partes firmantes del Acuerdo

Interconfederal para la Estabilidad del Empleo solicitarán del Gobierno la apertura con carácter inminente de un periodo de consultas con el fin de establecer el procedimiento de aplicación de este precepto); tercera, el empresario, a efectos del cómputo, tiene la obligación de registrar cada día el número de horas y totalizarlas cada mes (periodo de retribución), entregando al trabajador copia del resumen con la hoja de salarios (art. 35.5 LET; las horas extraordinarias deben ser acreditadas, con medios de prueba que demuestren su realización y el número de ellas, por el trabajador que las reclama, STS 11-6-1993, A. 4665).

En la retribución de las horas extraordinarias introdujo una notable modificación la Ley 11/1994. Arranca la norma (art. 35.1 LET) de una pauta mínima, en verdad evidente: las horas extraordinarias en ningún caso podrá abonarse con un valor inferior a la hora ordinaria. A partir de esa decisión normativa, el convenio colectivo o, en su defecto, el contrato individual de trabajo fijará la cuantía, el valor, de la hora extraordinaria. Aún más, la negociación colectiva o el pacto individual no sólo pueden fijar la cuantía de las horas extraordinarias sino optar o por abonarlas o por compensarlas mediante descanso (con otra pauta mínima del legislador: la compensación ha de ser, al menos, equivalente, horas de trabajo por horas de descanso). El momento del descanso compensatorio habrá que fijarlo en el pacto, colectivo o individual, que ha perfeccionado la opción; en ausencia de esa precisión, el descanso debe disfrutarse dentro de los cuatro meses siguientes a la realización de las horas extraordinarias.

VI. Descansos

342. Descanso diario.—Se refiere el epígrafe no a las ya estudiadas pausas dentro del horario diario de trabajo, variables según sea continuado o partido; se refiere al descanso entre un día y otro de trabajo, entre dos días laborales. Se trata de un descanso que limita el poder de distribución de la jornada del empresario y protege la salud del trabajador; el artículo 34.3 LET lo regula así: «en todo caso entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediará como mínimo doce horas». Es un mínimo, indisponible en su duración y en su indivisibilidad, mejorable por pacto, individual o colectivo. Puede alterarse este descanso en algunos sectores o actividades: la marina mercante y la pesca (descanso mínimo de ocho y seis horas respectivamente) que varía si el buque está o no en puerto y, en todo caso, se compensarán con descanso en cómputo de cuatro semanas ampliable hasta ciento ochenta días por convenio colectivo (art. 17 RDJ); en las labores agrícolas, forestales o pecuarias, el descanso mínimo puede ser de diez horas, compen-

sándose la diferencia en un periodo de cuatro semanas (art. 5.3 RDJ); en los cambios de turnos en empresas con tal régimen cuando el trabajador no pueda disfrutar del descanso entre jornadas se podrá reducir el mismo, en el día en que ocurra el cambio de turno, hasta un mínimo de siete horas, compensándose la diferencia hasta las doce horas en los días inmediatamente siguientes (art. 19.2 RDJ); en general, en aquellas actividades con jornadas fraccionadas en el sector servicio que sin exceder en su duración de la jornada máxima diaria pueden extenderse de forma discontinua por un periodo diario de más de doce horas. En estos casos, mediante acuerdo entre la empresa y los representantes legales pueden pactarse un descanso mínimo entre jornadas de hasta nueve horas, pero siempre bajo la condición que entre una y otra de las fracciones diarias de la jornada medie al menos cinco horas (art. 22 RDJ).

343. Descanso semanal.—La necesidad fisiológica y cultural, religiosa en su raíz, de descansar cada semana, se encuentra recogida en el artículo 37.1 LET: «los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce 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». Se trata de un descanso que ha de tener lugar cada semana y, en general, coincidente con el domingo (STC 19/1985: el domingo como día de descanso, no por motivos religiosos, sino por la tradición) y de forma ininterrumpida; se trata de un descanso retribuido (art. 1 RD 2548/1994 sobre SMI).

El convenio colectivo o el contrato individual pueden introducir otro sistema de descanso semanal acumulándolo por períodos de hasta catorce días (art. 37.1 LET). Reglamentariamente podrán también establecerse ampliaciones, limitaciones y regímenes de descanso alternativo para actividades concretas o, más exactamente, compensatorios². En cualquier caso, la duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos (art. 37.1 LET).

Las Leyes 24, 25, y 26/1992, de 10 de noviembre, que convierten en normas de este rango a los acuerdos, respectivamente, del Gobierno con las

² Los descansos alternativos no admiten compensación económica (art. 2.2 RDJ) cuando se producen reducciones en el descanso diario o semanal, sólo cabe compensar con otras horas días de descanso en un ciclo temporal, obviamente más amplio, denominado período de compensación: RDJ, arts. 3, empleados de fincas urbanas; 4, guardas y vigilantes; 5, trabajo en el campo de comercio y hostelería; 9, transporte en general; 11.4 y 5, transporte por carretera; 13, transporte ferroviario; 18, trabajo en el mar; 19, trabajo a turnos para el medio día semanal de descanso; 27 para el descanso semanal en las minas.

Iglesias Evangélicas, la Comunidad israelita y la Comisión islámica españolas, permiten que por pacto entre empresario y trabajador de alguno de los anteriores credos religiosos pueda alternarse el día de descanso (tarde del viernes y sábado para los de las Iglesias Evangélicas; al menos y a cuenta del descanso semanal interrumpir el trabajo el viernes desde 13'30 horas hasta las 16'30 horas para los de religión islámica; y, finalmente, la tarde del viernes y todo el día del sábado para los de confesión judía).

344. Fiestas laborales.—Sin exceder, en ningún caso, de catorce al año (art. 37.2 LET), hay que añadir al descanso semanal los días festivos, de carácter retribuido y no recuperables, cuya regulación es producto de una historia complicada y de la presencia en esta materia de las competencias de las Comunidades Autónomas. Su regulación actual se contiene en el artículo 37.2 LET y en los artículos 45 (redacción del RD 1346/1989, de 3 de noviembre), 46 y 47 del RD 2001/1983, de 28 de julio, declarados vigentes por la disposición derogatoria única RDJ. Así, en cualquier caso, se respetarán como fiestas de ámbito nacional la de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre como Fiesta Nacional de España. Son cuatro, por tanto, las fiestas inamovibles que, si cayeran en domingo, se trasladarán al lunes siguiente.

Las restantes diez fiestas tienen un peculiar y complicado régimen jurídico: dos de ellas serán fijadas por los Ayuntamientos con ámbito local; las otras ocho deberán ser, en primer lugar, fijadas reglamentariamente (art. 45 R. Decreto 2001/1983); una vez precisadas, el Gobierno cada año puede pasar a lunes las que caigan entre semana y si caen en domingo deberá pasarlas al lunes posterior a efectos del descanso. Las Comunidades Autónomas no podrán intervenir en las cuatro fiestas nacionales; si podrán sustituir, por otras de arraigo en la Comunidad, algunas de las cinco fiestas así declaradas por el Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 (apartado d, art. 45.1 R. Decreto 2001/1983); no podrán hacerlo, sin embargo, respecto a alguna de las otras cuatro fiestas del Acuerdo con la Santa Sede, especificadas en el apartado e del citado precepto.

Las Comunidades Autónomas podrán hacer uso de la facultad de trasladar a lunes las fiestas que señalen e incluso contar con otra más de las catorce (en este caso, recuperable) si no puede establecer alguna de sus fiestas tradicionales por no coincidir ese año en domingo un número suficiente de fiestas nacionales (SSTC 7/1985 y 144/1988). Se regula igualmente un deber de colaboración e información entre la Administración Central y las Autonómicas para publicar una resolución administrativa de información del con-

junto de los días de fiestas en España (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de octubre de 2002, BOE del 31) que dispone la publicación de las fiestas de ámbito nacional y de Comunidad Autónoma para el año 2003. Cuando por razones técnicas u organizativas el trabajador no disfrute del día de fiesta, la empresa dará descanso compensatorio o abonará las horas trabajadas en el día festivo con un incremento del setenta y cinco por cien (art. 47 RD 2001/1983 y disposición derogatoria única del RD 1561/1995).

VII. Vacaciones anuales

345. Vacaciones anuales. Régimen jurídico.—El derecho a descansar anualmente durante un periodo prolongado fue una histórica reivindicación del movimiento obrero. A descansar y a que se retribuía ese descanso por el empresario. El descanso anual retribuido es un derecho que deben garantizar los poderes públicos: «fomentarán una política que garantice... las vacaciones periódicas retribuidas» (art. 40.2 CE). Las vacaciones se insertan, pues, en la determinación del tiempo de trabajo: la jornada anual, el trabajo exigible, no sólo se limita con la precisión de cuánto trabajo se ha de prestar, sino con los descansos diarios, semanal, días de fiestas y periodo de vacaciones. Así se construye la certeza de jornada, determinando y distribuyendo los periodos de trabajo y no trabajo exigibles.

El artículo 38.1 LET regula que «el periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituibles por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales». El párrafo segundo de este precepto da las pautas para determinar la fijeza temporal del disfrute de vacaciones (la Directiva 93/104 CEE también fija el derecho a las vacaciones anuales retribuidas en cuatro semanas). De estas disposiciones, a completar con el convenio 132 de la OIT (1970, ratificado por España, BOE 5 julio 1974), nace el esquema que explica las vacaciones: duración y obligatoriedad; retribución de las mismas y fijación del momento de su disfrute.

Todo trabajador tiene derecho a treinta días anuales de vacaciones retribuidas. Son días naturales, no excluyéndose de su cómputo los domingos y festivos que puedan entrar. Es un derecho anual y para ser titular del mismo se precisa, por tanto, haber trabajado un año; el disfrute es dentro de cada año natural y si se ha trabajado menos tiempo, se disfrutarán las vacaciones proporcionalmente al tiempo trabajado (art. 4.1 Convenio 132 OIT; por ser las vacaciones anuales y no compensables económicamente «va caducando in-

misiblemente cada año el derecho a las que no se hayan disfrutando», STS 30-11-1995, A. 8771). El tiempo de trabajo que da derecho a vacaciones se computa desde el primer día de actividad (art. 7.1 Directiva 93/104 y STJCE 26-6-2001, asunto C-173/99). Por otra parte, se considera tiempo de trabajo para completar el año que da derecho a vacaciones, la ausencia del trabajador por enfermedad, común o derivada de accidente o maternidad (art. 5.4 Convenio 132 OIT: «las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del periodo de servicios» art. 16.2 Directiva 93/104 CE); tampoco reduce proporcionalmente las vacaciones el tiempo consumido en el ejercicio de huelga legal (vid. Auto T.Co. 189/1983, de 27-4 y STSJ Madrid 16-1-1990, A. 12).

Inicialmente, el periodo de vacaciones es unitario, pero puede ser dividido en dos por acuerdo de empresario y trabajador (uno de los periodos habrá de ser como mínimo de dos semanas ininterrumpidas, art. 8 Convenio 132 OIT). No se interrumpe el periodo de vacaciones aunque durante su disfrute el trabajador quede en situación de incapacidad temporal (salvo pacto en contrario, STSJ Valencia 15-9-1993, A. 3928; de igual manera, la trabajadora cuyo permiso por maternidad coincide con el periodo de vacaciones colectivos de toda la empresa, no tiene derecho a la fijación individual de sus vacaciones, STS 30-11-1995, A. 8771).

Es obligatorio tomar las vacaciones anualmente y no es posible ni la acumulación de un año para otro ni el abono en metálico o en especie (art. 38.1 LET) salvo que se extinga el contrato de trabajo, en cuyo caso se debe la compensación económica proporcional al tiempo de prestación de servicios en el año de referencia que comienza a contarse el día primero de enero de cada año (STS 17-9-2002, A. 10551). El nacimiento del derecho a la prestación por desempleo no se producirá hasta que haya transcurrido el periodo de tiempo abonado como vacaciones al finalizar el contrato, considerándolo como periodo por el que ha de cotizarse y al trabajador en situación asimilada al alta (arts. 209.3 y 210.4 LGSS, redacción de la Ley 45/2002). Finalmente, no es posible al empresario reducir las vacaciones por sanción al trabajador (art. 58.3 LET).

Las vacaciones son retribuidas. La retribución (que es, sin duda, salario por el que además se cotiza a la Seguridad Social) ha de ser la que perciba en un mes normal el trabajador (art. 7.1 Convenio 132 OIT; STS 30-5-2000, A. 2075). No hay, pues, disminución en los ingresos económicos del trabajador; constituyen excepción a este principio aquellos conceptos salariales de carácter extraordinario establecidos, también, para compensar actividades extras

que únicamente se realizan cuando se despliega trabajo efectivo (SSTS 7-10, 20 y 23-12-1991, A. 7203, 9093, 9097 y 9-3-1992, A. 1632). Sin embargo, por convenio colectivo puede fijarse con precisión los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones y sustraerse válidamente alguno o algunos de los emolumentos correspondientes a la jornada ordinaria. Es lícito, por tanto, dejar a un lado por pacto colectivo la regla de la remuneración normal o media del periodo de vacaciones «siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indispensables de derecho necesario» (STS 29-10-1996, A. 8181).

El periodo de disfrute de las vacaciones esta regulado en el artículo 38.2 LET: a) habrá de respetarse, en primer lugar, la planificación anual de las vacaciones pactada en convenio colectivo; en ese marco, b) el periodo o periodos de disfrute se fijarán en concreto para cada trabajador de común acuerdo con el empresario. El derecho al disfrute de las vacaciones prescribe al año (STS 30-11-1995, A. 8771).

346. El proceso por vacaciones.—Si hay desacuerdo para determinar el periodo de las vacaciones, la jurisdicción social «fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente» (art. 38.2, segundo párrafo, LET). Como modalidad procesal, los artículos 125 y 126 LPL articulan el procedimiento para la fijación «individual o plural de las fechas de disfrute de vacaciones».

La pretensión deberá versar exclusivamente sobre el momento del disfrute de las vacaciones de uno o de varios trabajadores (STS 29-3-1995, A. 2349). No será objeto de esta modalidad procesal ni la duración del descanso, ni la retribución ni podrá referirse a la interpretación de una norma colectiva de la que se infiera el disfrute de las vacaciones (en este caso lo correcto será la modalidad procesal de conflicto colectivo). Para accionar no se exige ningún requisito de procedibilidad (ni conciliación ni reclamación previa arts. 64. 1 y 70 LPL). El plazo para formular la demanda es de 20 días desde la fecha en que se fijó, por pacto colectivo o por decisión unilateral, el calendario de vacaciones; si no hay pacto, el plazo es de otra naturaleza: debe el trabajador de interponer la demanda con dos meses de antelación, al menos a la fecha en que pretenda disfrutar las vacaciones.

La demanda no sólo habrá de dirigirse contra el empresario sino también contra los trabajadores a los que se les hubiera atribuido convencionalmente preferencias; si se esgrime la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado habrá de discutirse en esta modalidad procesal de reclamación por vacaciones (art. 182 LPL). Admitida la demanda, la vista deberá celebrarse en los cinco días siguientes y dictarse sentencia dentro de los tres

siguientes (o de viva voz al terminar el juicio oral, salvo que se haya alegado violación de un derecho fundamental, art. 50.1 y 2, LPL). Contra la sentencia no cabe recurso, (art. 126 LPL); a salvo, desde luego, el de aclaración (art. 267.1.2 LOPJ) y no es inconstitucional que en este procedimiento no se autorice recurso (Auto T.Co. 951/1986, de 12 de noviembre).

VIII. El calendario laboral

347. Regulación del calendario.—Es el documento en que se fijan los tiempos de trabajo y de descanso en cada empresa o centro de trabajo y anualmente se elaborará por la empresa, «debiéndose exponer un ejemplar del mismo en lugar visible de cada centro de trabajo» (art. 34.6 LET). Es una obligación de la empresa sin intervención de la autoridad laboral. El empresario deberá consultar a los representantes de los trabajadores y estos emitir informe antes de la elaboración del citado calendario laboral (disposición adicional tercera RDJ). El contenido razonable del calendario, sin que lo concrete ninguna norma, deberá ser el siguiente: el horario de trabajo, la distribución anual de los días de trabajo, los festivos, los descansos, semanales o entre jornadas y otros días inhábiles en razón, todo ello, de la jornada máxima legal o, en su caso, de la pactada (la STS 18-9-2000, estima que no existe mandato legal alguno que obligue al empresario a incluir los horarios en el calendario laboral).

IX. Interrupciones no periódicas

348. Los permisos retribuidos.—El trabajador tiene derecho a interrumpir la prestación de trabajo, sin menoscabo de su salario, en los supuestos contemplados en el artículo 37.3 LET, allí calificados de ausencias del trabajo con derecho a remuneración; de este modo, todos ellos se configuran como auténticos derechos sin nada que ver con situaciones de mera liberalidad empresarial. Son los siguientes: quince días naturales en caso de matrimonio (art. 37.3, a, LET); dos días en los casos de nacimiento de un hijo (art. 37.3, c, LET), por fallecimiento accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad que, en estos casos, si precisa desplazamiento, el plazo será de cuatro días (art. 37.3, b, LET, redacción de la Ley 39/1999); un día por traslado del domicilio habitual. Estos supuestos de fácil comprensión, pueden ser mejorados por convenio colectivo y precisarse de preaviso al empresario, de la oportuna jus-

tificación posterior y si alguno de los días de ausencia cae en festivo no se trasladarán a día hábil. Son, sin duda, los casos de interrupciones no periódicas más claros y sencillos. Hay, en el propio artículo 37.3 LET, supuestos de más complicada aplicación y, además, en otros lugares de la LET aparecen circunstancias de ausencias retribuidas similares a las contempladas en este último precepto.

El apartado d) del artículo 37.3 LET regula como permiso retribuido «el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal comprendido el ejercicio del sufragio activo». El trabajador ha de realizar el contenido de un deber que acaba en breve tiempo, de carácter personal e inexcusable (lo que no quiere decir, aunque lo diga, estrictamente obligatorio) en el plano de las exigencias normativas y que, además, haya de realizarse en horas de trabajo: votar en elecciones políticas convocadas o participar en el proceso electoral - interventor, miembro de mesa -; atender citaciones procesales -testigo, perito o parte -; asistir a reuniones de órganos públicos para los que ha resultado cargo elegido o desempeñar la función de jurado (art. 7.2 LO 5/1995). Las precauciones que respecto a este tipo de permiso toma el Estatuto son las siguientes: primera, si el cómputo trimestral de las ausencias supera el 20 % de merma del trabajo, el empresario tiene la facultad de pasar al trabajador a la situación de excedencia forzosa (STJ 19-3-1986, A. 1352; no puede computarse en ese tiempo, como absentismo, el usado para ejercer sufragio activo STC 189/1993); segunda, si por el desempeño del deber o cargo público se percibe una indemnización, «se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa», aunque, en conjunto, sin menoscabo salarial para el trabajador (STSJ Cataluña 17-7-2002, A. 2990).

El apartado e) del artículo 37.3 LET regula como permiso retribuido las ausencias «para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente». Este apartado encierra todos los problemas que luego afronta el artículo 68, e) LET y los artículos. 9.2 y 10.3 LOLS. Por tanto, se refieren a las garantías de crédito horario de los representantes de los trabajadores y a su estudio pormenorizado ha de remitirse este epígrafe (cfr 192).

El apartado f) del artículo 37.3 LET, introducido por la disposición adicional undécima de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, regula como permiso retribuido el tiempo indispensable para que la mujer trabajadora pase exámenes prenatales y técnicos de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo (art. 25.4 Ley 31/1995).

Por último, fuera del artículo 37.3 LET aparecen otras ausencias retribuidas tales como permisos, que serán regulados en convenio colectivo, para asistir a exámenes o cursos si el trabajador realiza «con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional» (art. 23.1 y 2, LET); el de cuatro días de estancia en el domicilio familiar por cada tres meses de desplazamiento (art. 40.4, LET); o, finalmente, la de seis horas a la semana para buscar nuevo empleo en caso de despido por circunstancias objetivas (art. 53.2 LET).

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., Estudios sobre la jornada de Trabajo, ACARL, Madrid, 1991.
 AA.VV., Vacaciones, monográfico, TS, 1994, núm. 38.
 ALARCON CARACUEL, M. R., La ordenación del tiempo de trabajo, Tecnos, Madrid, 1988.
 — «Tiempo de trabajo en la reforma laboral» RL, 1994, núm. 17-18.
 ALONSO OLEA, M., «Jornada de trabajo y temas conexos» RPS, 1981, núm. 141.
 — Tiempo para votar y quién lo haya de pagar. (Crónica, comentario, crítica), Civitas, Madrid, 1992.
 AGES DA SILVA, M., «Algunas consecuencias de la separación entre los órdenes penal y disciplinario laboral: efectos», AL, 1993, núm. 24.
 ARGUELLES BLANCO, A. R. M., «La regulación del derecho a vacaciones: ¿una redefinición del papel del convenio 132 de la OIT?», AL, 1998, núm. 41.
 CARRERA BAZAN, J., «Trabajo y tiempo» RPS, 1979, núm. 121.
 CHIARRO BAENA, P., El derecho a las vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo, MT y SS, Madrid, 1993.
 — «El pacto de no competencia postcontractual», RL, 1995, núm. 2.
 DURAN LOPEZ, F., «Ordenación del tiempo de trabajo», en El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario (F. DURAN, A. MONTÓYA-T. SALA), MTSS, Madrid, 1987.
 — La duración de la semana de trabajo a efectos del cálculo del valor de las horas extraordinarias», RL, 1989, núm. 23.
 ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», RL, 1999, núm. 4.
 FERRER ORTEGA, F., Límites legales a la jornada de trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

CAPÍTULO XXIV

LA MODIFICACIÓN Y SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

SUMARIO: I. La modificación del contrato.—II. La sustitución del empresario.—III. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo.—IV. La movilidad geográfica.—V. La suspensión del contrato. Bibliografía.

I. La modificación del contrato

381. Concepto y límites.—Los cambios o alteraciones del contrato de trabajo a lo largo de su propio acontecer es algo inserto en la naturaleza misma de este conjunto de relaciones obligacionales que no se agotan en un solo acto. El contrato de trabajo no sólo tiene vocación de perdurabilidad sino que, por definición, genera relaciones jurídicas complejas: prestar trabajo bajo el poder de dirección del empresario y recibir de éste el salario no es algo que pueda resumirse o realizarse de una sola vez.

Las alteraciones posibles del contrato de trabajo hacen referencia sólo a una parte del elemental ciclo de todo conjunto de obligaciones que se constituyen, desarrollan y extinguen: se concretan en los cambios que puedan afectar al desa-

rollo del contrato. Las fases que pueden observarse en el acontecer de un contrato, englobadas todas ellas en la expresión vicisitudes de la relación obligatoria, precisan ahora ser acotadas en un aspecto, el que se refiere a modificaciones en el sujeto o en la prestación de trabajo. La modificación del contrato de trabajo aparece con perfiles autónomos que explican con unidad los fenómenos relevantes del cambio. La modificación dota de coherencia jurídica a acontecimientos referidos a alteraciones subjetivas o cambios en el contenido de las prestaciones laborales. Serán, desde luego, modificaciones fundamentales en el equilibrio de las contraprestaciones, dejando ahora a un lado aquellos cambios que, en uso del poder de dirección, puede el empresario introducir unilateralmente.

Se trata, pues, de modificaciones que producen efectos novatorios de tal suerte que las relaciones jurídicas afectadas (desde luego no necesariamente todo el contrato) son sustituidas por otras. Afectarán al sujeto del contrato o a elementos de certeza sustanciales en la vida de la relación laboral tales como que trabajo realizar, en qué horario o jornada o qué salario percibir. Es evidente que el trabajador tiene derecho a conocer con certeza sus condiciones de trabajo, (Directiva CEE 91/533, 14 octubre 1991). Las vicisitudes de la relación jurídica laboral están reguladas legalmente para conseguir el objetivo final de la mayor estabilidad en el empleo en función del mantenimiento del mismo contrato, sin que aparezcan alteraciones unilaterales que lo hagan irreconocible y, por tanto, perjudicial para el trabajador. Se precisa, en estos casos, de la aceptación inequívoca de la modificación por parte del trabajador (STS 21-7-1992, A. 5645).

Hay dos cuestiones que, al hilo de explicar la estructura legal de la modificación del contrato, necesitan de aclaración porque constituyen límites a la misma: una, la imposibilidad del cambio subjetivo del trabajador en el contrato y, otra, la característica de derecho necesario que como mínimo legal tiene la conformación de las vicisitudes del contrato de trabajo. Es de sobra conocido que la modificación de las relaciones puede darse por cambio de uno de los sujetos ya sea acreedor (cesión, transmisión o subrogación de créditos) ya deudor (asunción de deudas). En el contrato de trabajo las modificaciones subjetivas tienen un plano y rotundo límite: no es posible producir efectos novatorios en tal contrato sustituyendo al trabajador por otro en su lugar. El contrato de trabajo supone la vinculación cierta de una concreta persona quien, al prestar trabajo, compromete enteramente su presencia física y síquica; es, por tanto, un contrato personalísimo. No sólo se extingue el contrato por desaparición, incapacidad o jubilación del trabajador (art.49, e y f, LET) sino que los fenómenos de sustitución del trabajador constituyen verdaderamente, un nuevo contrato de trabajo (art. 15.1.e. LET). En la modificación de las relaciones laborales hay, pues, un límite infranqueable: la sustitución de la persona del trabajador. Hay igualmente otro límite que opera en

la modificación del contrato: las normas de derecho necesario. La construcción positiva de estas reglas nace por cuanto en el desarrollo del contrato no todas las modificaciones se hacen de mutuo acuerdo; al contrario, cabe y es frecuente la modificación unilateral del contenido del contrato por parte del empresario.

La modificación bilateral no debe tener otra barrera que la de cualquier manifestación concorde de la voluntad en el contrato de trabajo: las disposiciones legales, las reglamentarias y los convenios colectivos (art. 3.1 LET). La modificación unilateral ha de someterse a ciertas reglas y garantías que arrancan del previo reconocimiento de un derecho del empresario a concretar y variar las condiciones de trabajo (arts. 5.c y 20.1 y 2 LET, el *ius variandi*). La decisión empresarial que constituya algo más que especificar el trabajo y afecte a elementos sustanciales del objeto de la prestación ha de ser causal y sometida a un determinado procedimiento (modificaciones sustanciales y movilidad geográfica). Por otra parte igual cabe decir de la general libertad para cambiar la titularidad de la empresa (estrictamente, para modificar el sujeto del contrato denominado empresario), pero sometiendo a los mecanismos de sucesión empresarial y responsabilidad solidaria del artículo 44 LET.

II. La sustitución del empresario

382. Sucesión de empresa: concepto.—En el contrato de trabajo un tercero puede adoptar la posición de empresario, acaeciendo entonces un efecto subrogatorio en virtud del cual el nuevo se coloca en lugar del antiguo empresario con unas determinadas garantías que procuran el respeto de los derechos y obligaciones laborales preexistentes. Se modifica el contrato de trabajo exclusivamente en la vertiente subjetiva del correspondiente empresario. La Ley 12/2001, de 9 de julio, ha redactado de nueva planta al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que había permanecido inalterado desde 1980. La nueva redacción normativa es, en gran medida, una exigencia de la legislación comunitaria. En efecto, desde 1986 (entrada de España en la Unión Europea) el entonces vigente artículo 44 del Estatuto convivió, hasta 1998, con la Directiva comunitaria 77/187/CE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos todo o parte de empresas o de centros de actividad. Es pacífico admitir que el artículo 44 LET, en la versión originaria de 1980, era perfectamente compatible con la Directiva Comunitaria 77/187.

Sin embargo, la Directiva 98/50CE, del Consejo, de 29 de Junio de 1988, da nueva redacción a algunos artículos de la citada 77/187 y ambas, la modificada y

la que modifica, son codificadas en una única Directiva, hoy vigente, la 2001/23CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001. La comparación del artículo 44 LET en su versión de 1980 y la vigente Directiva arroja una conclusión si no clara en todos sus términos si lo suficiente operativa: la legislación española, el art. 44 LET, necesitaba ser adaptada para cumplir así los mandatos contenidos en la Directiva 2001/23. De ahí la transposición acometida que ha dado lugar al vigente artículo 44 LET. Para exponer sistemáticamente su contenido es preciso analizar los siguientes cinco aspectos: a) qué ha de transmitirse para quedar incluido en el supuesto del artículo 44 LET; b) qué instrumentos legales son válidos para operar la transmisión; c) cuáles son las medidas de carácter individual que garanticen la continuidad de los derechos de los trabajadores afectados; d) cuáles las de carácter colectivo que protejan los derechos de los trabajadores y, e), qué derechos de información y consulta tienen los trabajadores afectados por la transmisión.

383. Delimitación del objeto que se transmite.—El artículo 44.2 LET dispone que se considera que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados que llevan a cabo una actividad económica, esencial o accesorio. Hay que interpretarlo con referencia a centros de actividad empresarial que, al menos, precisan un soporte patrimonial (STS 25-10-1996, A. 7793) ya se refiera a la empresa en su totalidad, al centro de trabajo (configurado funcionalmente como expresión de la descentralización empresarial) o a la unidad productiva autónoma, concebida como realidad productiva adecuada para conseguir unitariamente fines económicos propios. En esta línea, ni la contrata de obras y servicios ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 LET, salvo entrega al concesionario o contratista de una infraestructura o organización empresarial básica para la explotación (SSTS 14-12-1994 y 23-5-2000, A. 10093 y 4624). De este modo, resulta evidente que la subrogación legal del empresario se produce por transmisión de la unidad productiva y no por el cambio de titularidad del derecho a prestar el servicio (mera transmisión de «la contrata», STS 3-10-1998, A. 7804). Por tanto, fuera de los supuestos que engloban a la auténtica transmisión de elementos patrimoniales, soporte de una actividad, la sucesión empresarial sólo se producirá por determinar así expresamente un convenio colectivo, el pliego administrativo de condiciones de la concesión (STS 23-1-1995, A. 403) o por aceptado los trabajadores (subrogación contractual, STS 30-4-2002, A. 5688).

Se trata pues de una jurisprudencia consolidada, en línea con la del Tribunal europeo¹, la que como transmisión la entrega efectiva, ya sea total o parcial del conjunto de elementos esenciales que aseguren la continuidad de la actividad

que venía, desarrollándose; se debe transmitir un conjunto organizado de personas y elementos que permitan el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio. No basta, de este modo, para el Tribunal Supremo que se transfiera una actividad empresarial; es preciso que la transmisión suponga la entrega de la correspondiente organización (STS 6-2-2002, A. 4279). Se observa esta posición jurisprudencial cuando detecta situaciones fraudulentas (fraude de ley: ficticiamente desaparece una empresa, pero en verdad continua con otro titular, SSTS 12-12-1988, A. 9592 y 15-3-1991, A. 1862).

La transmisión ha de ser, pues, de una empresa o unidad de la misma, pero no de una mera prestación contractual realizada para un tercero (figura de la contrata); por tanto, el cambio de contratista o concesionario de servicios no es, sin más, una transmisión de empresa que sólo se produce cuando lo dispongan la normativa sectorial o, en las Administraciones Públicas, los pliegos administrativos de concesión, con entrega al concesionario de la infraestructura precisa para desarrollar la actividad: en los supuestos de gestión indirecta de obras o servicios es requisito de la subrogación legal la transmisión de elementos patrimoniales, o entrega al concesionario o contratista siguiente de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación (SSTS 5-4-1993 y 23-2-1994, A. 2906 y 1227); en ningún caso puede hablarse de sucesión de empresa ni en relación con aquella Administración Pública que no realice otra actividad que extinguir y luego otorgar una concesión o autorización administrativa (STSJ Canarias, 31-7-1993, A. 3910) ni con referencia a actividades que se desarrollen en la sede física y con elementos mecánicos de una anterior empresa cuyos contratos de trabajo fueron extinguidos con la correspondiente autorización (STSJ Andalucía 14-7-1993, A. 3528). Tampoco es un supuesto de subrogación empresarial la propia descentralización productiva que acomete un empresario (STS 23-10-2001, A. 1507 de 2002) ni la extinción de una contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad hasta entonces descentralizada (STS 17-6-1997, A. 4758).

384. Cambio de titularidad.—El cambio al que se refiere el artículo 44 LET es, claramente por actos «inter vivos». Los cambios producidos por

¹ Es de sobra conocido el importantísimo papel que ha jugado en la redacción de la Directiva 2001/23 CE (y, evidentemente, en la 2001/23 CE) la influencia de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en especial en la regulación del objeto de la transmisión y del artículo 1.1.a, de la Directiva es consecuencia directa e inmediata de una evolución jurisprudencial (vid. SSTJCE, 18-3-86, ast. 24/85; 14-4-1994, ast. 392/93; 7-5-1996, asts. C-171 y 172/94 y 10-12-1998 (dos), asts. C-127/96, C-229/96, C-74/97 y C-173/96 y C-247-96 y 14-9-2000, ast. C-343/98) cuando dice: «Se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva si de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida con un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad, ya fuera esencial o accesorio».

actos «mortis causa» permanecen inicialmente extramuros del artículo 44 LET pero, en su caso, verificadas determinadas circunstancias, pueden acabar cayendo en el ámbito de imputación normativa del citado precepto. El sistema sucesorio que se pone en marcha a la muerte del empresario produce el traslado patrimonial de un conjunto de bienes a quien legalmente resulte adjudicatario (heredero o legatario). Ese conjunto de bienes puede continuar o no como actividad empresarial a voluntad del heredero. Si éste decide la no continuación de la empresa el contrato de trabajo se extingue por muerte del empresario (art. 49.1, g, LET). Si el heredero continúa la actividad empresarial se produce el cambio en la titularidad de la empresa y, por tanto, el efecto subrogatorio del artículo 44.1 LET (igual conclusión ha de aplicarse para los supuestos extintivos de la relación laboral referidos a la jubilación e incapacidad del empresario individual: si la actividad continúa, opera la sucesión de empresa; caso contrario, los contratos se extinguen según el art. 49.1, g, LET).

Los supuestos a englobar en el artículo 44.1 LET por actos «inter vivos» son variados por cuanto la expresión legal «cambio de titularidad» es ambigua y no sólo recoge las figuras que se engloban en el campo de aplicación de la Directiva CEE 2001/23 (cesión convencional o fusión de empresas) sino que, virtualmente, supone alargar los supuestos para incluir todos los casos en que se mantenga la entidad económica de la empresa (está comprendido en el artículo 44 LET, la segregación de una unidad productiva para constituir una empresa filial, SAN 12-12-1995, A. 4974). En esta línea de ampliación de la cobertura, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las dos referidas sentencias 10-12-1998, establece que el criterio decisivo para determinar la existencia de transmisión de una empresa o de parte de ella es el mantenimiento de la identidad económica: que el nuevo empresario continúe o retome las mismas o análogas actividades económicas. Así se incluye la compraventa, la permuta, el traspaso o la donación de la empresa, del centro de trabajo o unidad productiva como fórmulas contractuales evidentes para producir el cambio de la titularidad. En el cambio de titularidad se incluyen supuestos como el arrendamiento de empresa (STS 14-5-1990, A. 4320; no hay necesidad, por tanto, de un cambio en la titularidad dominical); la sucesión de un empresario individual por una sociedad de responsabilidad limitada de composición familiar (STS 19-9-1988, A. 6920); una peculiar subrogación es la que acaece cuando un servicio de limpieza de edificios y locales deja de hacerse por una empresa y se ejecuta por otra y sus problemas, ciertamente fronterizos, son resueltos normalmente en la negociación colectiva (STS 10-7-2000, A 8295 y STJCE 24-1-2002, asunto C-51/00); si no existe una obligación subrogatoria que nazca de un convenio colectivo, la realización de unos servicios de lavandería y plancha en un centro sanitario no «sucesión de titularidad empresarial, STS 30-12-1993, A. 10078).

Se incluyen, también, supuestos de cambio de titularidad que vienen configurados por el término de una concesión administrativa si la Administración continúa el servicio (STS 21-3-1992, A. 1860). No hay sucesión cuando la gestión del servicio público se entregó sin organización empresarial y, luego, es asumida directamente por la Administración (STS 9-7-1991, A. 5879). En los mecanismos administrativos de transferencia de servicios del Estado a las Comunidades Autónomas, hay un cambio de titularidad y un efecto subrogatorio (STS 3-6-1992, A. 4737; un fenómeno más confuso, la integración del personal de las desaparecidas Cámaras de la Propiedad en el Ministerio de Fomento, SSTS 23-9-1997, A. 6582 y 14-10-1998, A. 7811).

No cabe duda de que los mecanismos de cambio de titularidad y sus efectos subrogatorios se producen en caso de fusiones de sociedades, ya sea fusión por absorción ya por constitución de una nueva sociedad (art. 1.a, de la Directiva 98/50). Resulta evidente que en la adquisición de acciones de una sociedad, manteniendo ésta su personalidad, no hay cambio de titularidad (SSTS 19-1-1987, A. 65 y 29-11-1994, A. 9245).

Por último, en los supuestos de transmisión intervivos hay que llamar la atención sobre el peculiar sistema de la venta judicial en pública subasta de la empresa o parte de ella. Si lo subastado es la actividad, o el conjunto de bienes capaces para continuar la empresa, operará la sucesión de empresa (art. 51.11 LET); si lo que se subasta son bienes aislados o desmembrados, incapaces para un funcionamiento económico unitario, no se producirá la sucesión empresarial y los contratos de trabajo podrán, en su caso, quedar sometidos a los supuestos de extinción fundados en causas económicas o tecnológicas.

385. Garantías individuales y colectivas.—Los cambios de titularidad por actos intervivos producen, en primer lugar, un efecto subrogatorio: el nuevo empresario se coloca en el lugar del anterior asumiendo todos los derechos y obligaciones laborales. Hay, pues, una sucesión contractual que, por obra de la Ley, coloca al nuevo sujeto en la misma posición del anterior empresario, desplazándolo pero permaneciendo el mismo contrato de trabajo. El nuevo empresario se subroga en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones y los de seguridad social complementaria adquiridos por el cedente (art. 44.1 LET).

Hay otra consecuencia más unida al cambio de titularidad y se refiere al sistema de responsabilidades que se articula para proteger derechos y créditos de los trabajadores. En efecto, cedente y cesionario responden solidariamente durante tres años «de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas» (art. 44.3 LET). La solidari-

dad supone, obviamente, que la responsabilidad se comparte entre aquéllos en plano de igualdad y los trabajadores que resulten acreedores pueden exigir la a cualquiera de los dos deudores indistintamente, de tal forma que no están obligados a demandar a ambos en un mismo proceso; pueden exigir la deuda a sólo uno de ellos (STSJ País Vasco 1-9-1993, A. 4113).

Comprende el precepto, por tanto, todas las obligaciones de origen laboral vivas y exigibles a la hora de la transmisión (no se olvide que las obligaciones derivadas del contrato de trabajo prescriben al año, art. 59.1 LET). Se incluyen en obligaciones laborales los salarios, las indemnizaciones, (por tener tal naturaleza indemnizatoria, se incluyen los denominados salarios de tramitación), la seguridad social complementaria y los denominados compromisos de pensiones (RD Legislativo 1/2002 y STJCE 4-6-2002, asunto C-164/2000). Respecto a las cotizaciones y prestaciones de la Seguridad Social de las que era responsable el empresario cedente, funciona el sistema de solidaridad cedente-cesionario de los artículos 127.2 LGSS y 10 del Reglamento General de Recaudación de cuotas de la Seguridad Social (STS 18-7-1995, A. 5623). Estas obligaciones han de venir referidas a los trabajadores con contrato en vigor al momento de la transmisión y son reclamables indistintamente a uno u otro empresario, cumpliéndose así la función garantista de este sistema de responsabilidad (es presupuesto necesario que los contratos de trabajo no se hayan extinguido con anterioridad a la transmisión, SSTS 24-7-1995, A. 6331 y 27-5-1997, A. 6128). La responsabilidad del nuevo empresario alcanza hasta hacerse cargo de las consecuencias de una contratación laboral fraudulenta realizada por el anterior (STS 30-9-1997, A. 7185).

El efecto subrogatorio se produce para las obligaciones nacidas hasta el momento de la transmisión; las que nazcan con posterioridad al cambio de titular no estarán, como regla general, amparadas por el sistema de solidaridad descrito, salvo que la cesión fuese constitutiva de delito (art. 44.3 LET) en cuyo caso cedente y cesionario responderán, también solidariamente, de las obligaciones posteriores a la transmisión².

² El Código penal tipifica como delito la conducta de «los que en el supuesto de transmisión de empresas con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, impongan las referidas condiciones impuestas por otro», esto es, si cedente y cesionario incurren en la figura delictiva de «mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual» (art. 311.1º y 2º CP). Como es obvio, «si se insta la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario por ser delictiva la cesión realizada, será preciso que el responsable competente en el orden penal declare la existencia del delito». STS 30-6-1993, A. 4939

En el plano de las garantías colectivas el art. 44. LET contiene dos regulaciones específicas: una, sobre el convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados por la transmisión y, otra, referida a la continuidad del mandato de los representantes unitarios de los trabajadores.

El artículo 44.4 LET dispone que las relaciones laborales afectadas por la sucesión «seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación a la empresa, centro de trabajo o unidad autónoma transferida»; lo que se mantendrá «hasta la fecha de expiración de tal convenio o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transferida». Esta continuidad de los efectos del convenio puede dejarse sin efecto, mediante «pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión», pacto que se hará «mediante acuerdo entre el cesionario y los representantes de los trabajadores» (STS 8-4-2002, A. 6151). La norma deja a la voluntad de las partes la determinación de la norma paccionada que deberá aplicarse después de la transmisión, regulando un mecanismo de concurrencia de convenios y no una peculiar regulación de la ultraactividad (cfr III).

Por otra parte y sobre la representación de los trabajadores, el artículo 44.5 LET dispone que cuando la empresa, centro de trabajo o unidad autónoma transmitida «conserva su autonomía», el cambio de titularidad «no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad». Lo que supone la continuidad del mandato representativo de la totalidad de los representantes existentes hasta el final de su periodo electoral salvo que la unidad (empresa o centro) transferida pierda su entidad organizativa y sea absorbida, disuelta, en la empresa cesionaria.

386. Derechos de información y consulta.—Los representantes legales del cedente y los del cesionario o directamente los trabajadores si aquellos no existen, deben ser informados para reforzar sus garantías y dar seguridad en sus derechos, de los siguientes extremos: fecha prevista de la transmisión y motivos de esta y consecuencia jurídicas, económicas y sociales y medidas previstas. La información ha de facilitarse con la suficiente antelación antes de la realización de la transmisión y si se trata de supuestos de fusión o escisión de sociedades, cedente y cesionario habrán de dar la información al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales de accionistas (arts. 44.6, 7 y 8 LET; el incumplimiento de este deber constituye infracción grave, art. 7.11 LISOS). Además, el art. 64.1.5 LET da a los representantes legales

el derecho a emitir informe en los supuestos de fusión, absorción o modificación del status jurídico de la empresa que «suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo» (cfr 185).

Configura también el artículo 44 LET un deber de consulta si con motivo de la transmisión se pretende adoptar cambios en el régimen jurídico de las condiciones de trabajo. Así, en tal caso, empresario (cedente o cesionario, quién vaya a producir el cambio) y representantes legales vendrán obligados con la suficiente antelación a abrir un periodo de consultas y negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo. Si lo previsto son traslados colectivos o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento de este periodo de consulta será el establecido en los artículos 40.2 y 41.4 LET.

III. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo

387. **Causas y requisitos.**—Conviene inicialmente manifestar que la fijación de la prestación de trabajo es un derecho del empresario (art. 20.1 LET), pero ese poder de dirección tiene unos límites que son, entre otros, los que nacen de no alterar sustancialmente el trabajo convenido. El empresario delimita el trabajo a realizar. Sin embargo, no puede realizar unilateralmente variaciones en el contenido del contrato que produzcan en éste efectos novatorios. La posición normal de subordinación del trabajador y de dirección del empresario se estudian en las posiciones jurídicas básicas que nacen del contrato. En cambio, la decisión que atañe sustancialmente al contenido del contrato, la modificación con efectos novatorios, tiene su lógico lugar de estudio dentro de las vicisitudes del contrato, en razón a la concreta regulación legal de las alteraciones que afectaran al contenido de la prestación, con evidente contraposición de interés entre empresario y trabajador.

El artículo 41 LET realiza una triple operación que tiende tanto a facilitar la modificación como a servir de control a la intervención novatoria del empresario: a) enumera qué ha de entenderse por modificación sustancial; b) establece cuales son las causas de justificación que permiten modificar sustancialmente las condiciones de trabajo y, c), establece tres diferentes procedimientos (controles) según sea el origen de la condición (colectivo en dos variantes e individual) que pretenda modificarse.

A) *Qué condiciones de trabajo pueden ser modificadas sustancialmente.*

Los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo están enumerados en el art. 41.1 LET como lista abierta («entre otras»): jornada, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración de traba-

jo y rendimiento, y de funciones cuando excedan los límites que para la movilidad funcional regula el artículo 39 LET. Esta lista legal es, por ambigua, amplia y meramente ejemplificativa. Se refiere a condiciones que, alteradas sustancialmente, suponen una transformación de aspectos básicos de la relación laboral, pasando a ser otras distintas de modo notorio (STS 15-3-1991, A. 1861 y STSJ Cataluña 18-10-2002, A. 3580).

El propio concepto «modificación sustancial» lleva inherente un límite: la alteración será importante, notoria, sustancial, pero no podrá originar — en términos económicos o de la propia prestación de trabajo — otra relación obligacional distinta. En este caso la modificación no sería sustancial sino claramente extintiva y, de este modo, se entra en otra vicisitud del contrato, su extinción (ejemplo, la conversión unilateral del empresario de un contrato a tiempo completo a parcial no es una modificación sino una extinción contractual, SSTSJ Baleares 22-3-1995, A 1170 y Comunidad Valenciana 16-2-1999, A. 5355).

B) *Cuáles son las causas que justifican las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.*

No es posible al empresario proceder a modificar sustancialmente determinadas condiciones de trabajo sin una justificación, la previa existencia de unas causas legalmente enumeradas («probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción», art. 41.1 LET). En el mismo precepto el legislador define qué entiende por tales razones: concurren las causas «cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta en las exigencias de la demanda» (art. 41.1, segundo párrafo, LET; sobre los requisitos de las causas, STSJ La Rioja 15-11-1995, A. 4246)¹.

¹ La enumeración de estas causas se repite cuando el legislador exige justificación para el traslado y desplazamiento de trabajadores (art. 40.1 y 4 LET); para la suspensión del contrato (arts. 45 y 47 LET); para el despido colectivo (arts. 49, i y 51 LET) y para el despido objetivo, amortizando puestos de trabajo (art. 52.e, LET). Las causas son ciertamente las mismas: causas económicas (situación en la que es preciso mejorar las expectativas de la empresa para asegurar su viabilidad económica); causas técnicas (obsolescencia y necesaria reposición de la tecnología usada en la empresa); causas organizativas (mejor utilización de los recursos materiales, humanos que ayuden a ajustar la competitividad de la empresa) y causas productivas (transformar el ciclo productivo de bienes o servicios o disminuir la propia producción por contracción de la demanda). Lo que no es, ni puede ser igual, es su interpretación adaptada a cada opción empresarial (modificar condiciones, trasladar o desplazar, suspender o extinguir contratos). Es una cuestión de proporcionalidad entre la gravedad de la causa y la medida empresarial; cuanto más grave sea cualquiera de los motivos en su afección a la viabilidad del proyecto empresarial más justificada quedará la decisión empresarial, incluso la más traumática de ellas: el despido colectivo (cfr 434).

C) Origen de las condiciones sustanciales de trabajo: individual y colectivo.

La modificación individual está referida a condiciones de trabajo que disfrutan los trabajadores a título individual, que procedan de un reconocimiento personal, ya en el propio contrato de trabajo ya por decisión unilateral del empresario (condición más beneficiosa de origen contractual, STS 6-5-1996, A. 4709; cfr 148).

La modificación colectiva puede, a su vez, tener un doble origen: a) estar referida a condiciones reconocidas a los trabajadores por acuerdo o pacto colectivo, esto es, un acuerdo que no sea convenio colectivo, sino pacto extraestatutario o informal o, simplemente, decisión unilateral del empresario «de efectos colectivo» (a todos o a un grupo de trabajadores de manera uniforme) y, b), cuando las condiciones de trabajo tienen su origen en un convenio colectivo negociado y acordado conforme al Título III LET. En este caso, la modificación se califica también de colectiva, pero se restringe exclusivamente a cuatro posibles materias que pactadas en convenio puedan ser modificadas sustancialmente: horario, régimen de trabajo a turnos, sistemas de remuneración, de trabajo y de rendimiento. No es, finalmente, posible al empresario modificar cualquier condición de trabajo que tenga su origen en disposiciones legales o reglamentarias.

Sin embargo, se excluyen de la consideración de colectivas, a los efectos del apartado 4 del art. 41 LET, las modificaciones de horario y funciones que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores inferior a diez en empresas con menos de cien, al diez por ciento en empresas de cien a trescientos trabajadores, o a treinta en empresas de más de trescientos. Asimismo se adoptan garantías para evitar que este último caso pueda articularse a través de una mera suma de modificaciones individuales. Así, el artículo 41.3 LET establece que las modificaciones sustanciales en períodos sucesivos de noventa días en números inferiores a los citados, sin que concurren causas nuevas que las justifiquen, se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto.

D) Procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de origen individual.

La modificación pretendida deberá ser notificada al trabajador afectado y a sus representantes legales con un mínimo de treinta días de antelación a la fecha de su efectividad. Es susceptible el control judicial, no obstante su efectividad, de la justificación de la causa alegada por el empresario en los casos en que el trabajador no esté de acuerdo con la decisión modificativa y no opte por la rescisión del contrato, opción que sólo es posible en las modi-

ficciones de jornada, horario y régimen de trabajo a turnos. Si realiza esta opción tiene derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de nueve mensualidades, siendo considerado el trabajador en situación de desempleo (art. 208, e, LGSS).

E) Procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo reconocidas por acuerdo o pacto colectivo.

Distingue el artículo 44.2 LET el origen colectivo según provenga de pactos o de convenios colectivos del Título III del Estatuto. La modificación sustancial de condiciones contenidas en un pacto extraestatutario, informal o en la decisión unilateral del empresario de efectos colectivos (STS 15-1-2001, A. 770) supone para el empresario, partiendo de la existencia de causa de justificación, abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores de duración no inferior a quince días. En el período de consultas las partes deben negociar de buena fe «con vistas a la consecución de un acuerdo» (art. 41.1 LET). Si no se alcanza el acuerdo, podrá el empresario establecer de forma unilateral la modificación pretendida.

El art. 41.4 LET establece que las modificaciones colectivas deberán ser negociadas con los representantes de los trabajadores mediante un procedimiento igual al que se establece para los traslados colectivos en el art. 40 LET, con la única salvedad de que no hay que notificar a la autoridad laboral la apertura del período de consultas ni el resultado del mismo, por lo que carece la Administración de intervención alguna en estas modificaciones.

El pacto requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos (art. 41.4 LET; redacción muy parecida a la del art. 87.1 LET; esto es, los requisitos de legitimación para negociar un convenio colectivo de empresa). Deberá negociarse durante el período de consultas de buena fe «con vistas a la consecución de un acuerdo» (art. 41.4 LET; ha de ponerse de relieve que parecida fórmula aparece en los arts. 40.2, 51.4 y 89.1.3, LET). El acuerdo que se alcance tendrá carácter vinculante, como producto de la negociación colectiva, con eficacia general y carácter normativo.

F) Procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo reconocidas en convenio colectivo regulado en el Título III del Estatuto.

Ha de recordarse que, hasta la reforma del ET de 1994, no era posible afectar las condiciones de trabajo de origen convencional (STS 11-4-1991, A. 3262 y STC 92/1992). El artículo 41 LET regula que tales condiciones pueden modificarse de forma sustancial siempre que se cumplan dos estrictos

requisitos: a) que la condición a modificar se refiera a cuatro concretas materias: horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y funciones; b) que la modificación venga establecida por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (art. 41.2, párrafo 3º, LET). Se abre, así, un camino negociado para adaptar cualquier convenio colectivo (no importa el ámbito) a las necesidades de la empresa (la modificación sustancial sólo es posible en este caso cuando existe acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, STSJ Galicia 21-2-1995, A. 602).

Finalmente, el artículo 85.1 LET dispone, como posibilidad de los negociadores, que puedan articularse en los convenios colectivos «procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consultas previstos en los artículos 40 (movilidad geográfica), 41 (modificación sustancial de condiciones), 47 (suspensión por causas económicas) y 51 (extinción por causas igualmente relacionadas con la viabilidad de la empresa) LET. Añade el citado artículo 85.1 LET que los laudos arbitrales (uno de los procedimientos posibles para resolver las discrepancias es el arbitral) que puedan dictarse «tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el período de consultas». Aún más, si no existiera disposición en el convenio aplicable que regule estos sistemas de solución extrajudicial de conflictos, las partes pueden incluso recurrir al órgano o procedimiento de solución de conflictos regulados en un acuerdo interprofesional o en uno sobre materias concretas, ambos en el ámbito territorial de referencia (Disp. adicional decimotercera LET).

388. Aspectos procesales de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.—La ejecutividad de la modificación sustancial decidida unilateralmente (origen individual o colectivo no procedente de convenios) o acordada con los representantes legales (origen en convenios colectivos del Título III LET) se hará efectiva a los treinta días o, exactamente, deberá ser notificada a los trabajadores afectados (y a sus representantes legales) con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad (art. 41.3 y 4, cuarto párrafo, LET).

Como sistemas de reacción ante la medida empresarial la norma dispone sustancialmente dos: optar por la extinción del contrato con indemnización o por la impugnación judicial. La opción extintiva se fundamenta en dos pilares: aceptar la medida modificativa acordada y manifestar el trabajador que resulta perjudicado por la modificación (art. 41.3 LET). El trabajador ha de optar entre la extinción indemnizada y la impugnación judicial, mostrándose ambas excluyentes si fueran ejercidas simultáneamente: por el contrario, si la resolución judicial es desfavorable a la impugnación pretendida, el trabajador puede formular una posterior petición extintiva (STS 21-12-1999, A. 1426 de 2000).

En cualquier caso, si se opta por la rescisión del contrato sólo podrá hacerse si «el trabajador resultase perjudicado» (SSTSJ Andalucía 29-5-1995, A. 2114 y Cataluña 15-6-1995, A. 2396), lo que se configura como una decisión unilateral de éste, y siempre que la modificación se refiera concretamente a jornada de trabajo, horario o régimen de turnos. Deberá ejercitar el derecho a pedir la extinción indemnizada en el plazo de treinta días desde que le han notificado la modificación; la extinción pedida por el trabajador dará lugar a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio y con un máximo de nueve meses.

El trabajador, si muestra su disconformidad con la medida adoptada puede impugnarla ante la Jurisdicción de lo Social. La acción para interponer la demanda, previa conciliación o reclamación previa, es de veinte días hábiles y el plazo será, a todos los efectos, de caducidad (art. 59.4 LET y 138.1 LPL); el plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de la notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del período de consultas (STC 214/2002 y STS 22-7-1999, A. 6165). El ejercicio de esta acción es de notable característica individual pues está construida como una garantía jurisdiccional contra, incluso, los propios representantes legales. En efecto, el trabajador demandará, obviamente, al empresario, pero en relación litisconsorcial pasiva deberá también demandar a los representantes de los trabajadores cuando la medida modificativa cuente con el acuerdo de estos (art. 138.2 LPL).

El procedimiento será urgente y de tramitación preferente (art. 138.4 LPL). El desarrollo del proceso es el habitual del proceso laboral ordinario y las auténticas novedades de esta modalidad procesal quedan para la sentencia y su ejecución. La sentencia se dictará en el plazo de diez días desde la celebración de la vista oral (art. 138.4 LPL) y calificará a la medida modificativa (la de origen individual o la de origen colectivo) de justificada, injustificada o nula.

Cuando la medida es calificada de justificada, el control judicial confirma la bondad de la decisión unilateral o acordada y la medida continuará desplegando sus efectos (no ha de olvidarse la ejecutividad de la modificación). La modificación puede ser declarada injustificada porque no han quedado acreditadas, respecto a los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa. La sentencia, en tal caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo.

Será declarada nula la modificación adoptada en fraude de ley, eludiendo las normas establecidas para las de carácter colectivo (si la pretensión de nulidad se fundara en la violación de la libertad sindical o de otro derecho fundamental, la modalidad procesal que corresponde es la del art. 175 y sigts LPL).

Se reconocerá igualmente el derecho del trabajador a desempeñar el trabajo con las anteriores condiciones de trabajo.

En la ejecución de la sentencia que declara la modificación injustificada pueden producirse algunas vicisitudes. Si en la ejecución el empresario no procede a reintegrar al trabajador en su anteriores condiciones o lo hace irregularmente, éste puede solicitar del Juzgado la ejecución del fallo y, conjuntamente, la extinción del contrato «por causa de lo previsto en el artículo 50.1.c. LET» y por el procedimiento establecido para la ejecución de la sentencia de despido. Terminará, pues, si se prueba el incumplimiento pleno o la irregularidad de la ejecución, en una extinción del contrato indemnizada en 45 días de salario por año de servicio (art. 138.6 LPL) y la posibilidad añadida de la indemnización adicional a que se refiere el artículo 279.2. b. LPL.

La ejecución de la sentencia que declara nula la medida se mueve en torno a una opción que tiene el trabajador: exigir que la sentencia se ejecute en sus propios términos o solicitar la extinción indemnizada de 45 días de salario por año de servicio (art. 138.7 LPL).

El artículo 41.4, penúltimo párrafo, LET, introduce otra posibilidad impugnatoria que está exclusivamente referida a las modificaciones calificadas como colectivas. Frente al derecho a accionar, conferido individualmente a cada trabajador, ante cualquier modificación sustancial, el citado párrafo dispone que «contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo». Esto es, para la defensa de intereses generales aquellos representantes legales o sindicales, que no hubieran acordado con el empresario la modificación sustancial de condiciones de origen colectivo, podrán interponer la modalidad procesal de conflicto colectivo (arts. 151 a 160 LPL). La interposición de esta demanda paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta la resolución del proceso de conflicto colectivo. Por último, si en el período de consulta hubieran surgido discrepancias y se hubiera acudido a un procedimiento arbitral (art. 85.1 LET), el laudo dictado para dirimir la controversia podrá ser impugnado «por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos» (art. 91, cuarto párrafo, LET y arts. 161 a 164 LPL).

Aún el ordenamiento guarda otra posibilidad de rescisión del trabajador ante la modificación sustancial, o sea una tercera distinta a la de la opción indemnizatoria o a la de la impugnación judicial. En efecto, si la modificación sustancial redunde en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad del trabajador, éste podrá demandar ante la Jurisdicción de lo Social la extinción del contrato por incumplimiento del empresario (art. 41.1 LET, en relación con el art. 50.1.a, LET, cfr 450).

IV. Movilidad geográfica

389. Concepto.—Es cierto que el proceso productivo empresarial puede estar sujeto a variaciones que afecten incluso a las personas y a su lugar de trabajo. Pero es igualmente rotundo que resulta una exigencia básica para el trabajador saber dónde ha de prestar su trabajo. La movilidad geográfica del trabajador es, claramente, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que tiene, sin embargo, su especial regulación en el art. 40 LET. Así, el lugar de la prestación laboral asume un especial relieve en la LET, planteándose el problema de la extensión de los poderes del empresario de determinar dicho lugar y la posición del trabajador frente a una orden de cambio del mismo.

El cambio de lugar de trabajo puede ser dispuesto de manera unilateral sin necesidad de consentimiento por parte del trabajador. Ahora bien, el ejercicio de tal poder está sujeto a limitaciones, de ahí que el legislador exija que los cambios geográficos encuentren justificación en la existencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 40.1 LET). La movilidad geográfica, desde la perspectiva de la iniciativa empresarial, está enmarcada en el art. 38 CE, es decir, dentro del ejercicio de la libertad de empresa y la defensa de la productividad. Pero las consecuencias de las facultades de organización del empresario no son absolutas. De hecho provocan consecuencias muy relevantes sobre la vida de relación del trabajador, existiendo, pues, razones subjetivas y aún objetivas que justifican el interés del trabajador a la inamovilidad. La regulación de la movilidad geográfica significa la prevalencia de los intereses de la empresa respecto a los del trabajador, portador de un interés contrario en cuanto dirigido a la conservación del originario lugar de trabajo y tutelado a través del control judicial de la decisión empresarial. De las posibles variaciones de la prestación laboral (forma, tiempo, modo y lugar), la movilidad geográfica hace referencia al lugar, y en este sentido, supone una modificación forzosa del lugar de trabajo, que exige un cambio de residencia o de localidad, ya de forma definitiva, ya temporal.

Se trata, a su vez, de una modificación «objetiva» porque varía el contenido de la relación, viéndose afectada la modalidad respecto al lugar de trabajo, pero conservándose la fuente y el momento de nacimiento de aquélla. El legislador ha situado en la unidad productiva o centro de trabajo el lugar de la prestación laboral. Por tanto, el cambio de centro de trabajo es uno de los datos definitivos para considerar la existencia de la movilidad geográfica, bien entendido que el contrato de trabajo ha de hallarse vivo y existir, en consecuencia, un originario lugar de prestación. En la LET se recogen diversos tipos de movilidad geográfica en atención a los distintos intereses tutela-

dos. En el art. 40.1 y 2, LET, el traslado, tanto individual como colectivo, del trabajador, y en el art. 40.4, LET, el desplazamiento del mismo, otorgando una tutela privilegiada a los representantes legales en el apartado 5 del propio art. 40, LET. Los cambios dentro del mismo centro de trabajo, los que no impliquen cambio de residencia y los que tengan su causa en el propio contrato (concertados para prestar servicios en empresas con centros móviles o itinerantes), no figuran en el art. 40, LET, quedando incluidos, por tanto, en los arts. 5.c) y 20,1 LET.

Hay cuatro supuestos concretos de movilidad geográfica: traslados ordinarios (art. 40.1 y 2 LET), desplazamientos (art. 40.4 LET), traslados por sanción, derivados del ejercicio de las facultades disciplinarias empresariales y desplazamientos transnacionales de la Unión Europea (Ley 45/1999). El art. 40.1, 2 y 4, LET, concierne a todos los trabajadores y tutela sus intereses individuales conectados a la pertenencia a una unidad productiva. El art. 40.5 LET responde, por su parte, a la exigencia, de carácter sindical, de evitar el alejamiento del representante de la unidad productiva en la que viene desarrollando su propia actividad. Es una prioridad de permanencia a aplicar en los supuestos de traslados colectivos que afecten a la categoría o grupo profesional; no es de aplicación si el traslado se justifica por razón del concreto puesto de trabajo que ocupe el trabajador.

Por otra parte, el apartado 3 del art. 40 LET, establece una preferencia o derecho al traslado para el cónyuge, trabajador de la misma empresa, cuando el otro haya cambiado de residencia por la misma razón, siempre que hubiere a puesto de trabajo en la misma localidad.

La movilidad geográfica, traslados y desplazamientos, es, además de una vicisitud del contrato, un elemento clave en cualquier política de empleo y debe ser observado en sus vertientes sociológica y económica. La disposición transitoria séptima de la Ley 45/2002, regula un programa de fomento de la movilidad geográfica para trabajadores desempleados y estos, las empresas y organizaciones empresariales podrán beneficiarse de subvenciones que faciliten la contratación laboral que implique desplazamientos o traslados de residencia para atender los gastos del propio desplazamiento y mudanza y para facilitar el alojamiento de los trabajadores.

390. Los traslados.—El traslado, en sentido estricto, es el cambio permanente del trabajador a distinto centro o lugar de trabajo de la misma empresa para prestar sus servicios, viéndose obligado por ello a cambiar su domicilio. Exige, pues, cambio de la residencia habitual del trabajador (art. 40 Código Civil).

A) *Traslados individuales*

Sólo se permite (art. 40.1 LET) cuando venga motivado por «razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial». Causas que se entienden concurrentes, según el propio art. 40 LET, cuando la medida «contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda». Su elemento determinante es el carácter indefinido, si bien, por prescripción legal, tendrán la consideración de traslados todos los que «en un período de tres años excedan de doce meses». (art.40.4, último párrafo, LET).

El empresario tienen una facultad originaria para ordenar el traslado, pudiendo el trabajador afectado impugnar judicialmente la medida en caso de disconformidad. La decisión empresarial, que deberá ser notificada al trabajador y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días, podrá someterse al control jurisdiccional de legalidad.

El trabajador que es objeto de una orden de traslado podrá optar entre el traslado con compensación de gastos (puede incumplir la orden si no le anticipa la empresa los gastos de viaje y desplazamientos, STSJ Andalucía 25-9-1995, A. 3373) o la extinción del contrato con derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio y con un máximo de doce mensualidades (art. 40.1, párr. 4º LET). Si el traslado se concreta en un perjuicio grave por daño causado a la formación profesional del trabajador o a su dignidad, es de aplicación el art. 50.1 a) LET, en cuyo caso el trabajador puede instar la resolución del contrato de trabajo, con indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, máximo de cuarenta y dos mensualidades.

Si ante el traslado legítimo se opta por la extinción, el contrato de trabajo quedará extinguido desde que el trabajador se lo comunique al empresario, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, pudiendo dejar de prestar servicios desde tal comunicación. Ahora bien, si la situación se refiere al supuesto del art. 50.1 a) LET, habrá de instarse la resolución del contrato ante la Jurisdicción de lo Social, debiendo, por tanto, el trabajador, permanecer en la empresa.

B) *Traslados colectivos*

El apartado 2 del artículo 40 LET se dedica a regular los traslados colectivos que serán, a los efectos previstos en la Ley, aquellos que afecten a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores, o al menos a diez trabajadores, en empresas de hasta cien, al diez por

ciento en empresas entre cien y trescientos, o a treinta en empresas de trescientos o más trabajadores. En este supuesto, el traslado precisa de una formalidad añadida al requisito de la justificación causal que consiste en la necesidad de que el empresario, antes de tomar la decisión, abra un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores que deberá notificar a la Autoridad Laboral, junto con las posiciones de las partes una vez concluido aquél.

La LET impone la obligación de negociar de buena fe con vistas a alcanzar un acuerdo, el cual requerirá la mayoría de los miembros del comité de empresa, delegados de personal, o, en su caso, de representaciones sindicales que, en su conjunto representen a la mayoría de aquellos. La consulta tendrá una duración no inferior a quince días y versará sobre las causas motivadoras del traslado y sobre la posibilidad de evitar o reducir sus efectos. Una vez finalizada, el empresario notificará su decisión a los trabajadores afectados con treinta días de antelación, pudiendo la Autoridad laboral, a instancia de parte interesada y la vista de las posiciones de las partes y si las consecuencias económicas y sociales lo justifican, ampliar el plazo de incorporación al nuevo puesto hasta un máximo de seis meses (arts. 40.2 y 22 a 26 del RD 43/1996, de 19 de enero).

Los traslados serán colectivos si al menos el número indicado de trabajadores se alcanza en noventa días. Todo traslado, individual o colectivo, permite al trabajador (o a sus representantes) calcular si los efectuados en los últimos noventa días pasan o no el umbral, para calificarlo de una u otra manera, de individual o de colectivo. Aún más, para evitar fraudes (omitir la aplicación del procedimiento más cuidadoso y exigente de los traslados colectivos) ante cada traslado el trabajador debe comprobar si en los últimos ochenta días el empresario ha realizado otros traslados por debajo del umbral de lo colectivo («períodos sucesivos de noventa días»); si fuera así, tendrá que fundarse cada traslado en causas distintas (nuevas causas); caso contrario, los traslados que se pretendan en los siguientes noventa días serán declarados nulos y sin efecto (art. 40.1 LET).

Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo caso de traslado individual o colectivo (arts. 40.5 LET y STS 10-7-1996, A. 5973). El acuerdo con los representantes tampoco obsta la opción individual del apartado 1 del artículo 40 LET de aceptar el traslado o extinguir el contrato.

391. Los desplazamientos.—El apartado 4 del art. 40 LET regula el desplazamiento como un supuesto de traslado, en sentido amplio, de carácter

temporal, que se limita a una duración máxima de doce meses en un período de tres años. Por su carácter de provisionalidad, ha constituido siempre una facultad originaria del empleador, incluida dentro del *ius variandi*.

Además de su carácter temporal, el desplazamiento exige cambio de centro de trabajo y cambio de residencia del trabajador a población distinta de su residencia habitual. El trabajador tiene derecho a los gastos de viaje y dietas y a cuatro días laborables de estancia en su domicilio cada tres meses, en el supuesto de desplazamiento superior a tal período, así como un preaviso de cinco días de antelación, para estos casos. La norma sectorial será la que normalmente fije la cuantía de los gastos de viaje y dietas, y los cuatro días de permiso se pueden disfrutar de forma acumulada, e incluso ser compensados en metálico ya que no se trata de vacaciones.

La justificación legal del desplazamiento viene dada por las mismas causas que se exigen para el traslado: razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial. La orden empresarial es inmediatamente ejecutiva, sin perjuicio de la posterior impugnación ante la jurisdicción competente en caso de desacuerdo con la medida. La diferencia entre traslado y desplazamiento se limita al tiempo de duración y al derecho de opción por la extinción que sólo se da en el primero, ya que en ambos casos se trata de un poder originario empresarial y la orden es inmediatamente ejecutiva, sin perjuicio de recurrir a la jurisdicción acreditando el trabajador las razones que justifican su oposición al cambio. Igualmente que para el traslado, en el desplazamiento los representantes legales de los trabajadores tienen prioridad de permanencia en sus puestos de trabajo (art. 40.5 LET).

392. Los desplazamientos transnacionales en el interior de la Unión Europea.—Los desplazamientos temporales de trabajadores son una consecuencia, cada vez más importante, del principio constitutivo de la Comunidad Europea, la libre circulación (cfr 141). Esa realidad social necesita ser regulada con el objetivo no sólo de permitir los desplazamientos en el marco de una prestación de servicios transnacional, sino hacerlo con un grado adecuado de protección que ha de establecerlo cada Estado al que se dirija el desplazado. Con este criterio se aprobó la Directiva 96/71 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre. Esta es la norma comunitaria transpuesta al derecho interno español por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre (BOE del 30).

Todas las empresas establecidas en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio

Económico Europeo⁴ que desplacen temporalmente a sus trabajadores (no importa cual sea su nacionalidad) a España quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 45/1999. Se entiende por desplazamiento el hecho mismo de venir a trabajar a España al servicio de aquellas empresas ya directamente a una sucursal o centro de trabajo ya a una empresa del grupo. Se incluye en este concepto de desplazamiento el del trabajador de una empresa de trabajo temporal que tenga suscrito contrato de puesta a disposición con empresa usuaria establecida o que ejerza su actividad en España (art. 2 L 45/1999, cfr 288).

El Estado español, en virtud de la Ley 45/1999 y no importa cual sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, garantiza a los trabajadores desplazados los siguientes derechos:

a) Les será de aplicación, como mínimo, las condiciones de trabajo que consten en la legislación o en los convenios colectivos aplicables en el sector o rama de la actividad de que se trate.

b) Les será de aplicación la legislación sobre prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores. El trabajo de los menores se regirá por lo dispuesto en el artículo 6 LET.

c) Tienen derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación (en especial si son trabajadores temporales o a tiempo parcial); al respeto a su intimidad (comprende la protección frente al acoso sexual) y a los derechos de reunión, libre sindicación y huelga.

d) Tienen derecho a ser informados con datos e informaciones precisas, antes del inicio del desplazamiento y con independencia de la duración de este (art. 5 Ley 45/1999).

e) Tienen derecho a ser informadas por la autoridad laboral española competente en el territorio donde vayan a prestarse los servicios y constituyen infracciones laborales las acciones u omisiones contrarias a la Ley 45/1999 (art. 10 LISOS).

Por su parte, las empresas españolas que desplacen sus trabajadores a los Estados miembros de la Unión Europea o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo deberán garantizar las condiciones de trabajo

⁴ Espacio Económico Europeo (EEE), creado por el Tratado de Oporto de 1992, entró en vigor el 1-1-1994 y agrupa a los quince Estados miembros de la Unión Europea y a dos países de la Asociación Europea de Libre Cambio, Islandia y Noruega. Liechtenstein es observador.

dispuestas por el Estado receptor en la legislación de transposición de la Directiva 96/71/CE.

393. Aspectos procesales de la movilidad geográfica.—El artículo 138 LPL comparte una misma modalidad procesal para la modificación sustancial de condiciones de trabajo y para la movilidad geográfica. Sin embargo, es conveniente analizar el mencionado precepto adaptado a uno u otro de las vicisitudes (cfr 387, para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo).

El trabajador que no opte por la extinción, pero disconforme con la orden de traslado o desplazamiento, podrá en los veinte días hábiles siguientes a la notificación de la decisión, impugnarla judicialmente a través del proceso urgente y preferente previsto en el art. 138 LPL, declarando la sentencia que ponga fin al mismo la justificación o no del traslado o desplazamiento y reconociendo, en su caso, el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen. La sentencia puede desestimar la demanda declarando procedente la movilidad geográfica acordada y el trabajador deberá cumplirla en sus términos (en caso de traslado aún puede optar por la extinción indemnizada del artículo 40.1, cuarto párrafo, LET, STS 21-12-1999, A. 1426 del 2000). El incumplimiento de la sentencia, por no reincorporación o reincorporación irregular, dará derecho al trabajador a solicitar la ejecución de la misma y la extinción del contrato conforme al art. 50.1 c) LET, esto es, con la indemnización que corresponde por despido improcedente (cfr 432). Cuando la decisión empresarial sea declarada nula, la ejecución de la sentencia se efectuará en sus propios términos o el trabajador, a su opción, puede pedir que se indemnice la extinción de su contrato en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio.

Tratándose de traslados o desplazamiento colectivos cabe oponerse contra la decisión empresarial a través del procedimiento de conflicto colectivo, sin perjuicio de las acciones individuales que cada trabajador afectado pueda interponer, que quedarán paralizadas hasta la resolución del proceso de conflicto colectivo (arts. 40.2 LET y 151 y 138.3 LPL).

Serán demandados por el trabajador disconforme el empresario y, en su caso (traslados o desplazamientos colectivos) como codemandados, los representantes de los trabajadores que han llegado a un acuerdo con la empresa aceptando la decisión de movilidad geográfica.

En materia de desplazamientos transnacionales será competente la jurisdicción de lo social española cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España y se aplicará la Ley de Procedimiento Laboral en razón de la materia reclamada.

V. La suspensión del contrato

394. Concepto y fundamento.—Los artículos 45 a 48 LET pretenden, y prácticamente lo logran, construir una categoría jurídica de perfiles unitarios en torno a la suspensión del contrato (y, como se verá, en torno a la excedencia del trabajador). Sistematizar la suspensión es dar relevancia a supuestos de inejecución del contrato que, normalmente, serían causa de extinción del mismo. Reforzar la suspensión es, correlativamente, restringir la actuación de supuestos extintivos que se pondrían en marcha por el mecanismo normal de las obligaciones recíprocas: ante el incumplimiento de uno de los obligados, el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación (art. 1.124 Código Civil). La suspensión del contrato de trabajo es un mecanismo jurídico protector del empleo.

La suspensión hace referencia a supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación de trabajo que funcionan bajo un régimen jurídico peculiar: se interrumpen o suspenden los efectos del contrato, sus obligaciones básicas de prestar trabajo y pagar salario («la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo», dice el art. 45.2 LET). Son causas que impiden el cumplimiento de la obligación de trabajar y que nada tienen que ver con aquellas otras interrupciones de la prestación laboral (descansos, fiestas, permisos, vacaciones) relacionadas con la determinación de la jornada de trabajo, con la certeza del trabajo exigible. Ni la causa de la suspensión es la misma que la de las interrupciones ni sus efectos tampoco son iguales.

El fundamento de la suspensión es dotar de la máxima estabilidad al vínculo contractual; se trata de garantizar el empleo, «impidiendo recurrir a la resolución contractual cuando a una de las partes le resulta imposible en forma temporal o transitoria el cumplimiento de la prestación, cuando se da algunas de las causas de suspensión de los contratos que prevé el art. 45 LET» (STS 12-11-1986, A. 6191). La causa de las otras interrupciones antes referidas (descansos, permisos) tiene otro origen: determinar la jornada de trabajo, distinguir el tiempo de trabajo del de no trabajo que no remunerado, que es coste para el empresario. También difieren las interrupciones de la suspensión por su régimen jurídico: en ambas permisos el contrato y no se trabaja, pero las primeras son remuneradas y la segunda no. En la suspensión no hay trabajo y no hay salario mientras dure la causa. Esta afirmación, tan sencilla y clara, debe permanecer así, aunque en algunas causas de suspensión aparezcan mecanismos de cobertura de Seguridad Social sustitutivos del salario.

Es común a todas las causas de suspensión la reserva del puesto de trabajo; esto es, el trabajador tiene derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo, y en las mismas condiciones, una vez finalizada la causa obstativa de la prestación de trabajo. Esta reserva no puede construirse en la indeterminación y será válida y eficaz en la medida y en la extensión que para cada causa se fije legal o convencionalmente (STS 19-11-1986, A. 6691). En cualquier caso, la reserva del puesto de trabajo es un requisito esencial, constitutivo, de la figura de la suspensión. Hasta tal extremo es así que la negativa del empresario (expresa o tácita no dando ocupación efectiva) a la reincorporación faculta al trabajador a solicitar la extinción del contrato por vía del artículo 50 LET (STS 8-11-1993, A. 8559, cfr 450).

Agrupar sistemáticamente las trece causas de suspensión que enumera el artículo 45 LET es tarea ciertamente relevante, pero es al menos tan importante destacar desde ahora que las causas de suspensión y la constitución jurídica de las excedencias (en concreto, la adjetivada de voluntaria; la forzosa es, sin más, una causa de suspensión) son realidades que gozan de similitud, de una cierta y evidente familiaridad, pero que se trata de instituciones diferentes que cumplen funciones distintas, con mecanismos jurídicos igualmente diversos.

Sin duda, mejor que estudiar las causas agrupadas por el origen (la voluntad de las partes, unilateral o concorde, o hecho objetivo extraño a los sujetos) es, sin más, analizar cada una de ellas, bien entendido que ni su regulación está completa en los arts. 45 a 48 LET (necesaria remisión a otras leyes y a otros preceptos de la LET), ni siquiera toda su regulación es de origen legal, pues en este punto es destacado el papel de los convenios colectivos y, en menor medida, del contrato individual.

395. La suspensión por acuerdo entre las partes.—Las causas a) y b) del artículo 45 LET configuran dos supuestos en los que el contrato se suspende por «mutuo acuerdo de las partes» o «por las causas consignadas válidamente en el contrato». Desde luego, la diferencia entre las dos causas es meramente temporal: la primera ha de surgir durante la vida de la relación laboral y la segunda a la firma, al inicio, del contrato de trabajo. Ambas causas deben contener claramente la voluntad bilateral de suspender el contrato; esto es, la expresión rotunda de no dar trabajo y no percibir salario (en este sentido, STS 3-10-1990, A. 7524).

La libertad de pactos (dejando a un lado, por patológicos, los supuestos de abuso de derecho o renuncia por parte del trabajador a derechos indisponibles) es completa y puede referirse tanto a las causas (que serán distintas a las

enumeradas en el art. 45, LET o mejorarán su régimen jurídico, sus efectos) como a las consecuencias. De tal suerte, para las causas a) y b) del art. 45 LET (voluntad bilateral concorde de suspender el contrato) si no hay pacto ha de presumirse la reserva del puesto de trabajo; «se estará a lo pactado» (art. 48,1 LET) para regular el régimen jurídico de la reserva, pero no para negarlo porque en tal caso no sería una suspensión sino otra figura jurídica aun afín (la excedencia voluntaria, por ejemplo).

Un ejemplo notable de la presencia de pactos como fuente especial de regulación de la suspensión se encuentra en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial de los altos cargos. El art. 9.2 del citado RD previene el supuesto de suspensión del contrato de trabajo común cuando el trabajador es promocionado al ejercicio de actividades de alta dirección; ciertamente, se trata de una nueva causa de suspensión del contrato común de trabajo a añadir al art. 45 LET y cuyo régimen jurídico debe de ser construido por pactos, pero su principal efecto está legalmente considerado al recoger el art. 9.3 RD 1382/85 la reserva de puesto de trabajo.

396. Incapacidad temporal y un supuesto de incapacidad permanente.—El apartado c) del artículo 45 LET configura como causa de suspensión del contrato la enfermedad del trabajador. Los efectos de la enfermedad son, pues, suspender el contrato, cumpliendo así el objetivo de estabilizar y garantizar el empleo. Sin embargo, la alteración de la salud del trabajador se construye con una técnica de remisión legislativa que la hará inteligible: sólo será causa de suspensión la enfermedad que da lugar a incapacidad temporal. Se trata de la situación descrita y regulada por la legislación de la Seguridad Social (arts. 128 a 133 LGSS) y será la Administración de la Seguridad Social la que constate la existencia de tal.

Se denomina incapacidad temporal al estado patológico del trabajador que dure un plazo máximo de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación. Sin embargo, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del trabajador haga aconsejable demorar su clasificación como inválido permanente, éste podrá retrasarse hasta un máximo de treinta meses contados desde que se haya iniciado la incapacidad temporal. El acto administrativo de constatación de la enfermedad por la Seguridad Social es el fundamento de esta causa y la suspensión termina cuando se produce el alta médica (se mantiene, si el alta lo es con propuesta de incapacidad permanente, hasta que recaiga resolución del INSS, STS 20-10-1988, A. 8125; si la propuesta es de incapacidad parcial, des-

rece la suspensión, STS 7-6-1988, A. 5241; si lo es de incapacidad permanente total o absoluta, se extingue el contrato, art. 49.1.e, LET; finalmente, el acto administrativo fijando el alta médica es inmediatamente ejecutivo, STS 15-11-1990, A. 8979, por cuanto la simple impugnación judicial de la resolución administrativa no mantiene viva la causa de suspensión, debiendo el trabajador, caso de recurso judicial, «informar al empresario y acreditar la subsistencia de una incapacidad temporal para el trabajo», SSTS 22-10-1991, A. 7745 y 2-3-1992, A. 1609).

Como corresponde a la estructura suspensiva de esta causa, el empresario no abonará salario al no recibir trabajo durante la duración de la incapacidad temporal. El trabajador percibirá una prestación económica de la Seguridad Social y si por imperativo legal (art. 131 LGSS) el empresario abona los días de enfermedad comprendidos entre el cuarto y el decimoquinto de la baja lo hará a título de prestación de la Seguridad Social, no de salario.

La incapacidad permanente total o absoluta (y la gran invalidez) del trabajador es causa de extinción del contrato de trabajo (art. 49.1.e, LET). Sin embargo, puede existir un periodo de tiempo desde tal declaración de incapacidad permanente en que se considera suspendido el contrato de trabajo. El artículo 48.2 LET dispone que al ser declarado un trabajador inválido permanente en los grados de total o absoluta (y gran invalidez) si el órgano administrativo de calificación estima que a su juicio 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 declara la incapacidad permanente (art. 48.2 LET). Es, por tanto, una decisión del órgano administrativo de la Seguridad Social encargado de la calificación de la incapacidad permanente; se ha de presumir una mejoría y la revisión del grado que puede hacerse «en todo tiempo», art. 143.2 LGSS) tendrá lugar dentro de los dos años siguientes a la declaración del grado de incapacidad permanente (la causa de suspensión se extingue, pues, por el mero transcurso de los dos años sin mejoría). La mejoría ha de ser tal que impida ya calificar al trabajador ni siquiera de inválido permanente total.

397. Riesgo durante el embarazo, maternidad y adopción o acogimiento de menores de seis años.—Constituye un punto esencial de referencia en la regulación de estas causas de suspensión las Directivas 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, ambas dictadas (la segunda es, además, la aplicación normativa de un acuer-

do marco establecido entre interlocutores sociales en el seno de la Unión Europea) con el objeto de promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, de la que haya dado a luz o de la que se encuentre en periodo de lactancia. La transposición de tales Directivas se ha realizado casi plenamente con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (BOE del 6), para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Esta es una Ley que acomete sus objetivos reformando otras, en concreto, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de Seguridad Social y la Ley de Procedimiento Laboral y, a lo que ahora conviene, regula en el apartado d del artículo 45 LET, en el punto cuarto y en el mismo párrafo 5 del artículo 48 LET tres supuestos suspensivos que se analizan a continuación:

A) *Riesgo durante el embarazo.* La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, prescribe al empresario la obligación, directamente o por medio de los servicios de prevención, de evaluar los puestos de trabajo para, en particular, apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud o cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia y así debe comunicárselo a la trabajadora embarazada (art. 4). Si se revela un riesgo para la seguridad o salud o alguna influencia negativa en el embarazo o lactancia, el empresario tomará las medidas necesarias para evitarlos mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada; si no fuera posible la adaptación, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada y, finalmente, si dicho cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados, la trabajadora afectada estará dispensada del trabajo (art. 6) y deberá garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras embarazadas o lactantes (art. 11). Este panorama protector del Derecho comunitario tardó siete años en ser transpuesto al Derecho interno español.

En efecto en una primera ocasión la transposición tuvo lugar con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que ordena al empresario evaluar, con carácter general, los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 16 LPRL); tal evaluación deberá comprender, específicamente, la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar riesgo específico (art. 26.1 LPRL). Si aque-

rece tal riesgo o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada (art. 26.1 LPRL). Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no fuera posible o a pesar de tal adaptación el riesgo permanezca, la trabajadora deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado y el cambio del puesto o de la función se llevará a cabo con las reglas y criterios de la movilidad funcional, aún con trabajos de inferior categoría, conservando el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen (art. 26.2 LPRL). Aquí se detuvo la transposición de la Directiva 92/85. Ante el riesgo derivado del puesto de trabajo, se actúa, pues, con la adaptación posible de tal puesto o función o con las reglas de la movilidad funcional (esta situación, esta posibilidad, subsiste plenamente después de la modificación que la Ley 39/1999, 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, realiza sobre el art. 26 LPRL).

En la evolución legislativa referida, la transposición de la Directiva 92/85 sólo se había hecho parcialmente. Terminaba donde la adaptación, la movilidad funcional o incluso el trabajo de inferior categoría llegaban, pero dejaban una amplia zona de desprotección: cuando no era ni posible ni razonable adaptar las condiciones del puesto de trabajo o función de la que se derivaba riesgo para la embarazada o para el gestante, cuando las reglas de la movilidad funcional eran imposibles o razonablemente imposibles de aplicar. Ciertamente, esa imposibilidad será la situación habitual o frecuente en la pequeña o mediana empresa: los puestos están evaluados, el riesgo determinado, pero no es posible adaptar el puesto a la embarazada. La situación de desprotección parecía evidente, la insuficiencia de la transposición de la Directiva 92/85 también. Es este el problema que soluciona la Ley 39/1999,

Para afrontar el supuesto de hecho de referencia, para dar el paso exigido por la Directiva 92/85, el artículo tercero de la Ley 39/1999, reforma el Estatuto de los Trabajadores y configura una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo (art. 45, 1, d, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora). Se trata, pues, de un supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación de trabajo que funciona bajo el régimen jurídico de la suspensión.

Así, el artículo sexto de la Ley 39/1999, introduce un nuevo apartado, el quinto, en el artículo 48 LET y establece que será causa de suspensión el supuesto de riesgo durante el embarazo, en los términos previstos en el artículo 26, apartados 2 y 3, LPRL. La suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desa-

parezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado. El supuesto se da expresamente cuando, agotadas las posibilidades de adaptación, las reglas o criterios de la movilidad funcional tampoco sean posibles. En tal caso, el artículo décimo de la Ley 39/1999, añade un párrafo nuevo al artículo 26 LPRL y establece: si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (art. 26.3 LPRL).

La duración del periodo de suspensión del contrato será el necesario para la protección de la seguridad y la salud de la mujer gestante y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. Termina la suspensión por interrupción del embarazo o por parto y, en este último caso, se inicia la suspensión por causa de maternidad.

La primera y más obvia de las preguntas que esta causa de suspensión suscita es la de quién declara a la mujer trabajadora en tal situación. El camino para tomar la decisión, que finalmente corresponde al empresario, es el siguiente: a) evaluación de los puestos de trabajo en relación con la salud de la mujer gestante; b) afectación de un determinado puesto a una concreta trabajadora; c) adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo para evitar a la trabajadora gestante el riesgo específico; d) si el puesto es inadaptable o las adaptaciones insuficientes, es una realidad que precisa ser certificada por los servicios médicos del INSS (disposición adicional segunda, RD 1251/2001) o, en su caso, por los de las Mutuas (cfr la disposición adicional undécima de la LGSS); e) ambos certificados deben ser acompañados por el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que atienda facultativamente a la trabajadora; f) aplicar las reglas y criterios de la movilidad funcional o incluso el cambio a puesto de trabajo de grupo diferente o no correspondiente a una categoría equivalente; g) si el cambio de puesto, la movilidad funcional, o el trabajo de distinta categoría, no es técnica u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados, el empresario declarará el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (arts. 45.1, d y 48 LET y 26.2 y 3 LPRL).

B) Maternidad. La maternidad, como imposibilidad de prestar trabajo, es causa de suspensión que se regula en el apartado d) del artículo 45 LET. Se configura la suspensión en torno al hecho objetivo del parto de la mujer trabajadora, sin necesidad, como en el supuesto anterior, de una constatación

administrativa por los servicios de la Seguridad Social (lo que no quiere decir, obviamente, que, a su vez, el embarazo, el parto y el puerperio no puedan constituir motivos de incapacidad temporal).

El contrato se suspende durante dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables, es caso de parto múltiple, en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo (art. 48.4 LET; sin duda, no se incluye el aborto voluntario o involuntario). La madre puede distribuir ese periodo entre el embarazo y el parto y postparto, «siempre que seis semanas sean posteriores al parto» (arts. 48.4 LET y art. 3.2. Convenio 103 de la OIT, 1952, ratificado por España, BOE 31 agosto 1966). De estas seis semanas y para el cuidado del hijo puede hacer uso el padre, como causa suspensiva de su contrato de trabajo, si falleciera la madre.

Si el padre y la madre trabajan, esta, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad y manteniendo siempre intacto su derecho a descansar obligatoriamente las seis semanas posteriores al parto, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e interrumpida del periodo de descanso posterior al parto. Tal disfrute puede ser simultáneo o sucesivo al de la madre. Existe siempre un límite a esa partición del tiempo de descanso por maternidad, que la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud.

La Ley 12/2001 introdujo una importante y esperada novedad en esta causa de suspensión: cuando el recién nacido, prematuro o por otras causas, precisa hospitalización el periodo de suspensión podrá computarse, a petición de la madre o, en su defecto, del padre a partir de la fecha del alta hospitalaria del neonato. En este caso, se excluyen del cómputo suspensivo las primeras seis semanas posteriores al parto de suspensión obligatoria del contrato de la madre (art. 48.4 LET).

C) Adopción o acogimiento de menores de seis años. El tercer párrafo del artículo 48.4 LET (redacción dada por la Ley 39/1999) regula como causa de suspensión la adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de seis años. La suspensión tendrá una duración máxima de dieciséis semanas (ampliables en el supuesto de adopción múltiple en dos semanas a partir del segundo hijo), contadas, a elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento (los arts. 172, 173, 173 bis y 174 Código Civil, construyen la figura de acogimiento del menor según la redacción dada por la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), bien a partir de la resolución judicial de la adopción. La duración de la suspensión será también de dieciséis semanas

cuando se acojan o adopten menores mayores de seis años discapacitados o minusválidos o que por circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social o familiar. De los derechos reseñados pueden hacer uso tanto el padre como la madre y, si los dos trabajan, se distribuirá a opción de los interesados, pudiendo hacerlo de forma simultánea o sucesiva dentro de los periodos de referencia. Si la adopción es internacional y requiere el desplazamiento de los padres al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión descrito podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción. Finalmente los periodos de suspensión referidos puede disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado.

Los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial para lo que será imprescindible el acuerdo previo entre el empresario y el trabajador afectado que podrá extenderse a todo el periodo de descanso o a parte del mismo, aunque la madre, en el caso de parto, no podrá hacer uso de la modalidad a tiempo parcial durante las seis semanas inmediatas posteriores al mismo, que siempre serán de descanso obligatorio. El descanso se ampliará proporcionalmente a la jornada que se realice y el tiempo en que se preste servicios tendrá, a todos los efectos, la consideración de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante (art. 48.4 LET y disposición adicional primera del RD 1251/2001).

398. Servicio militar o Social sustitutorio.—El cumplimiento del servicio militar, obligatorio o voluntario, y la prestación social sustitutoria son hechos que suspenden el contrato de trabajo (art. 45.1, e y 48.3 LET). Ambas situaciones han quedado suspendidas a partir del 31 de diciembre de 2001 (disposición adicional decimotercera de la Ley 17/1999 y RR.DD 247/2001 y 342/2001). En todo caso, es preciso que terminados el periodo militar o el social sustitutorio el trabajador se reincorpore al trabajo en el plazo máximo de treinta días naturales a partir de la cesación del servicio (art. 48.3 LET).

399. Privación de libertad.—Es causa de suspensión «la privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria» (art. 45.1, g, LET). Es la circunstancia de la pérdida preventiva de la libertad lo que suspende el contrato («el trabajador mientras no se produzca la condena en sentencia firme, está amparado por la presunción constitucional de inocencia» STS 29-4-1985, A. 1931). La suspensión termina por sentencia absoluta

por sobreseimiento de la causa penal o, incluso, por la concesión de la libertad provisional (STS 14-4-1989, A. 2977). El trabajador debe inexcusablemente y siempre que le sea posible, por sí mismo o por persona encargada, notificar al empresario el hecho de la detención (STS 16-5-1988, A. 4983; la ausencia de la oportuna comunicación al empresario supone la inexistencia de la causa de suspensión y, en la práctica, la extinción del contrato por abandono del trabajador, STSJ Galicia 27-7-1993, A. 3424). Si la sentencia penal firme es condenatoria desaparece el amparo, la cobertura de la causa suspensiva y surgirá la realidad de las faltas injustificadas al trabajo que puede fundar la correspondiente decisión de despido disciplinario por parte del empresario (STS 9-3-1994, A. 2222).

400. Razones disciplinarias.—Con fundamento en su poder disciplinario (art. 58 LET) el empresario puede imponer la sanción consistente en la suspensión de empleo y sueldo. La tipificación de las faltas y sus correlativas sanciones vendrán en los convenios colectivos de aplicación. Esta causa funciona como de suspensión en la medida en que sea legítima, en otro caso el empresario vendrá obligado a abonar el salario del tiempo no trabajado.

401. Fuerza mayor y causas económicas o tecnológicas.—Son dos causas de suspensión diferenciadas que requieren ambas no sólo la existencia del hecho obstativo (fuerza mayor o la imposibilidad o excesiva onerosidad que nace de motivos económicos, técnicos, de organización o de producción), sino que también precisan de la constatación de tales eventos por la autoridad laboral, para lo que habrá de instruirse el correspondiente expediente administrativo prácticamente igual que para las correlativas causas de extinción por fuerza mayor o razones económicas o tecnológicas (art. 45.1, i y j, LET y 20 RD 437/1996; el periodo de consulta se reduce a quince días y habrá de acreditarse necesariamente el carácter coyuntural de la situación de la empresa).

En la suspensión fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la autorización administrativa debe otorgarse siempre que del expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal (la suspensión) «es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa» (art. 47.1 LET). La conjuntura es de crisis, pero ha de referirse tanto a circunstancias económicas que acaecen en determinado momento como a la justificación de la suspensión como medida que será viable a la empresa para el futuro; la situación de crisis es, de este modo, un concepto amplio, pluridimensional. El procedimiento para tramitar la autorización administrativa será el propio de los despidos colectivos (arts. 51 LET, cfr 448), con una reducción a la mitad del periodo de consulta y la

documentación justificativa será la estrictamente necesaria (arts. 47.1 LET y 20 RD 43/1996).

La suspensión fundada en fuerza mayor precisa que ésta se constate con arreglo al procedimiento del artículo 51.12 LET (cfr 444). La existencia de la fuerza mayor suspensiva ha de tener una evidente diferencia respecto a la extintiva: la posibilidad de reanudar el trabajo porque la fuerza mayor desaparecerá o sus efectos no han sido tan devastadores que impidan rehabilitar la actividad.

Ambas causas de suspensión, la que se sostiene en motivos económicos, técnicos, organizativos, de producción o la fundada en fuerza mayor, tienen otra característica en común (además de la intervención de la autoridad administrativa): estas dos causas no llevan aparejadas indemnizaciones «que no procederán» (arts. 47.1 LET y 20 RD 43/1996).

402. Huelga y cierre legal de la empresa.—El ejercicio del derecho de huelga tiene como efecto el de suspender el contrato de trabajo (art. 45.1.1. LET). Se ha de tratar del ejercicio efectuado conforme a la regulación legal de la huelga. Al ser causa de suspensión no hay trabajo y tampoco salario. No se presta el trabajo con el régimen peculiar de la prohibición al empresario de sustituir al trabajador huelguista. No se abona ni el salario de los días dejados de trabajar por estar el trabajador en huelga ni las retribuciones que proporcionalmente se devenguen en esos días (SSTS 18-4-1994, A. 3256 y 13-3-2001, A. 3178; la STC 99/1987, declaró que no es necesario el desarrollo por Ley orgánica del efecto deductivo de las retribuciones en caso de huelga por no derivarse directamente del derecho fundamental). El cierre patronal, por su parte, también es causa de suspensión del contrato de trabajo. Si se produce legítimamente, esto es, conforme a las prescripciones legales, las circunstancias suspensivas son las mismas que para la huelga (arts. 12, 13 y 14 del RDL 17/1977, de 4 de marzo).

403. Excedencias del trabajador: concepto y tipos.—Puede afirmarse, si ello no condujera a resultados ociosos, que el rótulo del artículo 46 LET encierra dos figuras distintas: una causa de suspensión y la excedencia voluntaria que no es tal causa. Lo cierto es, sin embargo, que el citado artículo 46 LET divide a la excedencia en dos clases: la forzosa y la voluntaria. Y a la primera, la forzosa, la configura expresamente como una causa de suspensión (art. 45.1, k, LET) que engloba, luego es exactamente lo mismo, a otra causa de suspensión, la que nace del «ejercicio de cargo público representativo» (art. 45.1, f, LET) o «del desempeño de funciones sindicales» (art. 9.1.b LOLS). Las causas k y f, del artículo 45 LET son exactamente la misma cosa

Al margen, dentro de la sección tercera del capítulo III del Estatuto dedicada a la suspensión del contrato, el artículo 46.2 LET regula la excedencia voluntaria que es una figura de afinidades con la suspensión, pero de cierta constitución autónoma y el artículo 46.3 LET regula la excedencia para el cuidado de hijo que tendrá, durante un periodo, los efectos de la excedencia forzosa (aunque no todo su régimen jurídico es igual), y, durante otro, el de las excedencias voluntarias. Son, pues, tres los tipos de excedencia a estudiar: la forzosa (no toda ella regulada en el LET), la voluntaria (también con una añadida construcción legal específica en la Ley 30/1984, de incompatibilidades) y la excedencia para el cuidado de hijos.

A su vez, y común a todos los tipos de excedencias señaladas, la intervención de la negociación colectiva y, en mucha menor medida, de la contratación individual, modulan la regulación de la excedencia laboral.

404. Excedencia forzosa por el ejercicio de cargo público o de funciones sindicales.—La excedencia forzosa es la causa de suspensión que, con los efectos propios de tal origen, nace de unas situaciones especificadas legal o convencionalmente: ejercicio de cargo público (45.f. LET), funciones sindicales (art. 9.1 b, LOLS) y cuidado de hijo (art. 46.3 LET). Los efectos son comunes: reserva de puesto de trabajo y cómputo de la antigüedad como en las demás causas de suspensión (art. 48 LET). Sin embargo, algunas diferencias pueden establecerse entre estas tres situaciones en las que la excedencia se adjetiva de forzosa.

Cuando el trabajador accede a cargo público (electivo o designado, pero siempre de carácter político, no funcional) que «imposibilite la asistencia al trabajo» (art. 46.1 LET y STS 20-9-2000, A. 8341), habrá de proceder a suspender su contrato por esta causa. Colocarse en esta situación es un dato objetivo: lo pide el trabajador (STS 15-6-1987, A. 4364) que considera el ejercicio de su cargo incompatible con cualquier actividad pública o privada (STS 7-3-1990, A. 1775) o lo ejecuta el empresario (en cualquier caso, podrá hacerlo si excede en más de un 20 % las pérdidas de horas laborales en tres meses, art. 37.3.d. LET).

El artículo 9.1 LOLS ha construido un peculiar régimen jurídico destinado a regular la relación entre el empresario y unos concretos órganos sindicales: trabajadores de la empresa elegidos para cargos sindicales «a nivel provincial, autonómico o estatal, en las organizaciones sindicales más representativas». Los así elegidos tendrán derecho a situarse en excedencia forzosa. Los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior en el seno de sindicatos no calificados de «más representativos» tendrán derecho a la excedencia voluntaria (art. 46.4 LET).

Los cargos electivos sindicales serán aquellos que tengan tal naturaleza en el interior del sindicato, en sus estatutos, en su organización. La prueba de la existencia de un cargo electivo corresponde al propio sindicato en razón a sus estatutos y a las consecuencias de los actos de sus órganos (Congresos, Comisión Ejecutiva), y el control de su existencia y de la adecuación al contenido estatutario puede ser labor ejercida por los Tribunales, si se cuestiona la existencia de esa función electiva (STCT 29-2-1988, A. 1480). El artículo 9.1 LOLS regula, además de la implícita remisión a los estatutos de cada sindicato, una limitación: los cargos han de referirse a un ámbito provincial, autonómico o estatal. Queda fuera, pues, cualquier ámbito inferior (local o comarcal) o cualquier supuesto electivo en las organizaciones sindicales de carácter internacional. Añade la norma, además del ámbito de actuación del cargo electivo, que sólo serán titulares del derecho subjetivo a la excedencia forzosa los que ostenten esas categorías en el interior de sindicatos más representativos, que son, como es sabido, los establecidos en los artículos 6º, 2 y 3 y 7º.1 LOLS. Esta consideración de la LOLS, que pasó sin ser impugnada en los recursos previos de inconstitucionalidad, ni resuelta o mencionada por la STC 98/1985, parecía razonablemente afectada de inconstitucionalidad a partir de la STC 99/1987 que resolvió declarar inconstitucional el artículo 29.2.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que disponía la situación de servicios especiales para los funcionarios que ocupasen cargos electivos sindicales exclusivamente en sindicatos más representativos. La razón básica de la inconstitucionalidad es que estima desproporcionada la medida en tanto que tal excepcionalidad privilegiada para determinados sindicatos no quedaba justificada.

Sin embargo, la STC 263/1994 declara constitucional el artículo 9.1 LOLS y sostiene que el reconocimiento del derecho a la excedencia forzosa del trabajador con cargo sindical en organizaciones más representativas es un plus de tutela razonable que no vulnera el principio de igualdad y los restantes sindicatos (los que no son más representativos) no se encuentran desprotegidos, «conservándose el régimen de excedencia voluntaria del artículo 46.4 LET».

En razón al desempeño del cargo electivo sindical (art. 9.1 LOLS), el trabajador puede optar, no por solicitar los permisos sin retribución, sino por pedir la excedencia que tendrá la naturaleza de forzosa (arts. 46.1 y 4; 48.1 LET), pero, en cualquier caso, es un derecho de uso potestativo para el trabajador que no puede ser obligado a colocarse en situación de excedencia.

405. Excedencia para el cuidado de hijos y familiares.— El artículo 46.3 LET (redacción de la Ley 39/1999) dispone que los trabajadores tendrán

derecho a un periodo de excedencia, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto por naturaleza como por adopción, o en los supuestos de acogimiento tanto permanente como preadoptivo y a contar desde la fecha de nacimiento o desde la resolución judicial o administrativa.

La excedencia para el cuidado de hijos tiene una doble regulación: durante el primer año y el resto del periodo. El cuidado de cada hijo (a contar siempre desde su nacimiento) da derecho al trabajador (el padre o la madre, pero sólo uno de ellos si ambos trabajan) a pedir una excedencia que legalmente se regula (con características de mínimos mejorables) en dos espacios diferentes y con distinta calificación jurídica.

En efecto, el periodo de excedencia solicitado (por cada hijo nacido o adoptado, «los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo periodo de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando», art. 46.3 LET) puede serlo por un tiempo no superior a tres años. Y sólo el primer año (que no tiene por qué corresponder con el primer año de edad del hijo) da derecho a una excedencia adjetivada de forzosa: reserva de puesto de trabajo y cómputo de la antigüedad. El tiempo solicitado que exceda del año y hasta el máximo posible de tres, tendrá un tratamiento ciertamente a caballo entre la excedencia forzosa y la voluntaria. Todo el tiempo (por tanto, también el exceso sobre el primer año) será computable a efectos de antigüedad en la empresa y durante todo el tiempo también tendrá el trabajador derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario. Transcurrido el primer año, el trabajador ya no tendrá derecho a reserva del puesto de trabajo sino que la reserva queda referida «a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalentes» (art. 46.3 LET).

También tienen derecho a un periodo de excedencia de duración no superior al año (se trata, como en el caso anterior, de un mínimo legal mejorable por la negociación colectiva) los trabajadores para cuidar a un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí misma y no desempeñen actividad retribuida. La excedencia para el cuidado de familiares posee, sin embargo, un único régimen jurídico: al ser la excedencia de un plazo máximo de un año, tiene la naturaleza de forzosa con reserva de puesto de trabajo y cómputo de la antigüedad, con derecho a ser convocado a cursos de formación.

Los titulares del derecho a la excedencia para cuidar hijos y para cuidar familiares son los trabajadores, hombres o mujeres, sin que se justifique un trato desigual ni entre ellos ni en razón a la modalidad contractual (STC

203/2000). Si dos o más trabajadores del mismo empresario generan estos derechos por un mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Cuando un mismo sujeto causante diera derecho a un nuevo periodo de excedencia el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando

406. La excedencia voluntaria.—El artículo 46. 2 LET regula un derecho del trabajador de ejercicio potestativo que nace cuando éste lleva al menos un año de antigüedad en la empresa y que supone el correlativo deber del empresario de conceder la situación de excedencia voluntaria por un plazo no menor a dos años y no mayor a cinco. Igualmente puede pedir la excedencia voluntaria los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior en sindicatos que no tengan la condición de más representativos y mientras dure el ejercicio de su cargo (art. 46.4 LET; cfr 401).

El trabajador situado en la posición de excedencia voluntaria (derecho que puede ser ejercitado de nuevo cuando hayan transcurrido cuatro años del final de la anterior excedencia) conserva sólo un derecho preferente al reingreso en la vacante de igual o similar categoría a la suya que hubiere o se produjere en la empresa (art. 46.5 LET; desde el plano legal, sólo este derecho y no, por tanto, el del cómputo del periodo excedente a efectos de antigüedad).

El régimen jurídico descrito supone hacer depender el futuro del contrato de trabajo de la expectativa de que exista vacante de igual o similar categoría. Si el empresario alega la falta de vacante, el trabajador puede combatir por la vía del proceso laboral declarativo ordinario (SSTS de 15-6-1983 A. 3014; 18-9-1984, A. 4429; 21-11-1985, A. 5888 y 21-4-1986, A. 2213); si se prueba la existencia de vacante, la Sentencia condenará a la efectiva reincorporación del trabajador y a una indemnización de daños y perjuicios consistente en los salarios dejados de percibir desde el momento en que se produjo la primera vacante de su categoría hasta la fecha de la Sentencia (STS 17-10-1995, A. 7774; corresponde al trabajador acreditar daños y perjuicios superiores, STS 21-1-1997, A. 623). Sin embargo, si hay negativa infundada y readmitir, no discutiendo la existencia de vacante, equivale a un despido y por esa vía procesal puede ser impugnada (SSTS, 23-3-1983, A. 1179 y 17-10-1984, A. 5288).

De este modo, cuando el empresario niegue, rotunda e incondicionalmente, la readmisión o cuando al trabajador le conste la existencia de vacante, se produce un despido frente al que puede reaccionarse en el plazo de caducidad de 20 días; si el empresario no contesta o pospone la readmisión, el trabajador puede, en este caso, reclamar el reconocimiento del derecho por el pro-

ceso ordinario, ejercitando una acción declarativa sujeta al genérico plazo de prescripción de un año (STS 30-6-2000, A. 8294). El derecho al reingreso subsiste mientras exista la empresa y dure el tiempo de excedencia (o el prudencial posterior, STS 16-6-1987, A. 4378). Por el contrario si la excedencia voluntaria se concedió conforme a unos previos criterios pactados en convenio colectivo, a ellos hay que atenerse y su incumplimiento, por ejemplo no solicitar el reingreso en el plazo indicado en la norma colectiva, supone la pérdida del derecho y la extinción del contrato (STS 9-12-1993, A. 9763). El excedente voluntario mantiene, en suma, una expectativa o derecho preferente al reingreso si hay vacante; el empresario, sin embargo, puede, mientras dure la excedencia, de forma unilateral o por convenio colectivo, amortizar vacantes en razón a su libertad de organización (STS 5-5-1997, A. 3652).

407. Excedencia por incompatibilidad entre trabajos en el sector público.—El régimen jurídico de las incompatibilidades se construye en razón a la prohibición de dos trabajos en el sector público o de un trabajo en el público y otro en el privado. Al tiempo, se regula también un régimen de compatibilidades, o sea, la posibilidad legal de romper el círculo de prohibiciones o incompatibilidades. Esta construcción normativa que ordena el trabajo en el sector público, queda conceptualmente cerrada si se examinan los regímenes previstos en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades en el sector público para regular las situaciones futuras y las transitorias.

La regulación de los supuestos responde a la previsión que encierra el artículo 10 Ley 53/1984, esto es, qué pasa con quienes trabajando en el sector público «accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que con arreglo a esta Ley resulta incompatible con el que vinieran desempeñando». La solución jurídica propuesta es única: la incompatibilidad sobrevenida produce un derecho de opción y, ejercida, la excedencia voluntaria en el trabajo público que se deje.

La excedencia adjetivada de voluntaria que arbitra la Ley 53/1984 como situación en la que queda el contrato de trabajo afectado de incompatibilidad, no es, sin más, la excedencia voluntaria que se regula en el artículo 46.2 LET. La excedencia de la Ley 53/1984 es, para empezar, una decisión de la Ley, no de la voluntad de las partes y, por consiguiente, las notas que la configuran son, en primer lugar, las legales. De la regulación de la LI se desprende que la situación de suspensión se prolonga mientras dure la incompatibilidad y desaparecida ésta por cesar en el puesto de trabajo inicialmente elegido, renace de nuevo el derecho a reingresar en el otro puesto, en el que quedó excedente por incompatibilidad, aunque haya transcurrido el plazo de cinco años» (SSTS de 16 y 22-2-1990,

A. 1106 y 1136). Se trata, por tanto, de una causa de suspensión, de una excedencia, calificada legalmente de voluntaria, teñida de las especialidades que por su origen (una situación de incompatibilidad) presenta (STS de 25-10-1988, A. 8151; sobre la corrección constitucional de este tipo de excedencia y, en general, sobre el régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público, SSTC 178/1989; 41 y 42 /1990).

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., Flexibilidad laboral en Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores (dirigidos por E. Borrajo). T. VIII, Edersa, Madrid, 1988.
- AA.VV., Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo, en Cuadernos de derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997.
- ALBIOL MONTESINOS, I., Aspectos laborales de la transmisión de empresa, IELSS, Madrid, 1984.
- «La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo», Tribuna Social, 1994, núm. 43.
- ALEMÁN PÁEZ, F.: La movilidad geográfica. Problemática social y régimen jurídico. Tecnos, Madrid, 2001.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público», Documentación Administrativa, 1987, núms. 210-211.
- ARGÜELLES BLANCO, A. R.: La excedencia laboral voluntaria, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G., La sustitución del trabajador con derecho a reserva. Civitas, Madrid, 1986.
- CAIROS BARREIRO, D. M^a.: «La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y en las de vigilancia y seguridad», AL, 1996, núm. 11.
- CAMPS RUIZ, L. M., «Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa. Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- CASAS BAAMONDE, M^a. E.: Los desplazamientos temporales en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo, Civitas, Madrid, 2001.
- CASAS BAAMONDE, M^a. E. y DEL REY GUANTER, S. (directores): Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, CES, Madrid, 2002.
- CRUZ VILLALON, J., «La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal», RPS núm. 125, 1980.
- Las modificaciones de la prestación de trabajo, MTSS, Madrid, 1983.
- «El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994» RL, 1994, núm. 17-18.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y MARTINEZ BARROSO, M^a. R.: «La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdo de empresa: el supuesto del artículo 41.2, párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores», La Ley 15-5-1995.
- GARCÍA MURCIA, J.: Traslados y desplazamientos en la empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E., El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1989.
- LÓPEZ TARRUELLA MARTINEZ, F., La modificación sustancial de las condiciones de trabajo, Universidad de Alicante, Alicante, 1984.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «La modificación sustancial de condiciones de trabajo», AL, 1994, núm. 29.
- MONERO PÉREZ, J. L., Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa, MTSS, Madrid, 1987.
- La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titulación, Ibidem, Madrid, 1999.
- MONGE RECALDE, J. L., La excedencia laboral en la jurisprudencia, Bosch, Barcelona, 1987.
- MORENO CÁLIZ, S.: «Aspectos procesales de la movilidad geográfica» en Tr.s, 2003, núm. 146.
- PEDRAJAS MORENO, A., La excedencia laboral y funcionarial, Montecorvo, Madrid, 1983.
- «Traslados y obediencia debida del trabajador: criterios jurisprudenciales», en AL, 1990, núm. 33.
- «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo» en AA.VV. (dir. VALDES DAL-RE, F.). La reforma del mercado laboral, Lex Nova, Valladolid, 1994.
- PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: Movilidad geográfica en AA.VV. Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García, AEDTSS y Marcial Pons, Madrid, 1995.
- «La filialización de la empresa», AL, 1999, núm. 29.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo» en RL Núm. 21, 1996.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VAYREDA, C., «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales», AL, 1997, núm. 46.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: «Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines», Cuadernos de Derecho Judicial, separata, 1995.

- RIVERO LAMAS, J.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET» En AA.VV. Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García, AEDTSS y Marcial Pons, Madrid, 1995.
- «Modificación del condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo», DL, 1997, núm. 53.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria», RL, 1987, núm. 14.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Excedencias forzosas por razón de matrimonio y no discriminación: sobre la noción de cabeza de familia a la luz del ordenamiento jurídico vigente», REDT, 1990, núm. 41.
- ROJAS RIVERO, G. P., Traslados y desplazamientos del trabajador, MTSS, Madrid, 1993.
- «El derecho a la excedencia por cuidado de hijos», Tribuna Social, 1996, núm. 61.
- SALA FRANCO, T., La reforma del mercado de trabajo, CISS, Valencia, 1994.
- SALA FRANCO, T. y LOPEZ TARRUELLA, F., La modificación de la prestación de trabajo, Deusto, Bilbao, 1991.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», RL, 1989, núm. 13.
- SERRANO RUIZ CALDERON, M., «Sobre el cambio de titularidad del buque y la subrogación empresarial», REDT, 1991, núm. 50.
- SERRANO OLIVARES, R., Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica, CES, Madrid, 2000.
- VALDES DAL-RE, F. La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional, MT y AS, Madrid, 2001.
- VALLEJO DACOSTA, R., Modificaciones de las condiciones de trabajo, CES, Madrid, 2002.
- VIDA SORIA, J., «Suspensión del contrato de trabajo», AA.VV., Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. V. IX, Edersa, Madrid, 1983.
- «Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción» AA.VV. Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido. Tomo II. Ed. Edersa, Madrid, 1994.
- «La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo) Tribuna Social, 1996, núm. 61.

CAPÍTULO XXV

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO (1). CONCEPTO Y CAUSAS. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

SUMARIO: I. Extinción del contrato de trabajo.—II. Extinción por voluntad concurrente de las partes.—III. Extinción por desaparición o incapacidad de los sujetos.—IV Extinción por voluntad unilateral del empresario: el despido del trabajador.—V. El despido disciplinario.—VI. Impugnación judicial del despido.

L Extinción del contrato de trabajo

408. Duración y extinción del contrato.—Las causas de extinción, esto es, los motivos de finalización de la relación jurídico-laboral que vincula a empresario y trabajador, constituyen un núcleo básico en el estudio del contrato de trabajo, relacionado con elementos esenciales que afectan a todo el Derecho del Trabajo. La exposición de motivos de la Ley 11/1994, de modificación de determinados artículos del ET, dice claramente: «sin duda es la regulación de las causas de extinción de la relación laboral el aspecto más delicado de los ordenamientos laborales». Esta afirmación es cierta porque

siempre y más aún hoy estudiar la extinción del contrato es dar respuestas al estado actual en el derecho positivo del principio de estabilidad en el empleo en relación con la polémica flexibilidad-rigidez en las condiciones de trabajo; sirve también para estudiar el alcance de la política de empleo o el papel garantizador del ordenamiento laboral.

La intervención del Estado es intensa -y complicada- ordenando las causas de extinción y sus consecuencias jurídicas. Se juega en su interior el equilibrio entre intereses gravemente contrapuestos. Si bien es cierto que el trabajador no puede obligarse para toda la vida (libertad contractual), también es cierto que busca (sobre todo cuando no hay pleno empleo) conservar su puesto de trabajo. El empresario (que funda su actividad en la libre empresa y arriesga un patrimonio) tiende a que se le atribuya, con entera libertad, la facultad de dar unilateralmente por terminada la relación laboral. La ordenación jurídica de la extinción del contrato se construye en torno a dos nociones básicas que hacen referencia a la duración del vínculo obligacional: contratos temporales o de duración determinable y contratos indefinidos. Es obvio que han de existir causas comunes para la extinción de los dos tipos de contratos, pero, esencialmente, son técnicas jurídicas diferentes las que instrumentan la extinción del contrato temporal y las del contrato indefinido o las del contrato de duración determinada ante tempus.

Los contratos temporales se conforman y duran lo que las normas o pactos indiquen; los contratos por tiempo indefinido terminan por las causas que la Ley dispone, fijando para cada una de ellas, según una libre apreciación legislativa, unas consecuencias patrimoniales.

Las consecuencias patrimoniales de las causas de extinción varían y se acomodan a una previa decisión legislativa que se toma en razón a la conservación del empleo y al grado de incumplimiento existente. La construcción legal, por tanto, despliega una triple estructura extintiva:

a) Causas comunes a todos los contratos (mutuo acuerdo, dimisión, incapacidad o desaparición de los sujetos) y no indemnizables, salvo el concreto supuesto del artículo 49 g LET.

b) Causas propias de los contratos de duración determinada o determinable (término final y condición resolutoria), algunos indemnizables a su finalización en una pequeña cuantía, reformable por negociación colectiva.

c) Causas aplicables a los contratos de duración indefinida y a los contratos temporales antes de su vencimiento. Estas se dividen en dos grandes grupos:

1º) Causas relacionadas con incumplimientos del trabajador: si hay causa justa, no hay indemnización; la ausencia de causa de justificación da lugar a la indemnización fijada legalmente.

2º) Causas que no guardan relación con incumplimientos del trabajador (imposibilidad sobrevenida) igualmente indemnizables. En cualquier de los dos supuestos, si hay indemnización, esta se calcula con fundamento en la duración del contrato.

409. Las causas de extinción: clasificación.—Aunque las técnicas de extinción guardan evidente relación con la duración del contrato y con el carácter indemnizable o no de sus causas, es cierto que se precisa sistematizar los motivos de extinción acorde a criterios que expliquen en unidades superiores los acontecimientos por los que se termina todo el haz de obligaciones que supone el contrato de trabajo, la relación de intercambio de trabajo y salario.

Los fenómenos extintivos del contrato de trabajo pueden englobarse en dos grandes tipos: el que tiene que ver con la voluntad de las partes y el referido a acontecimientos externos que por imperativo legal son causas de extinción.

A) La voluntad de las partes, que será la fuente principal de la novación extintiva, puede tener, a su vez, tres manifestaciones:

1º) Voluntad concurrente de empresario y trabajador tanto para plasmar el mutuo disenso o decisión extintiva, como para fijar, al nacimiento del contrato, el término final del mismo.

2º) Voluntad unilateral del empresario, que es donde radica la mayor complicación jurídica de la extinción, por cuanto el ordenamiento no la construye como una facultad absolutamente libre sino fundada en supuestos o causas previamente señalados por la ley. La decisión unilateral del empresario encierra, a su vez, dos grandes supuestos de resolución del contrato de trabajo: las causas de resolución que aparecen como consecuencia de incumplimientos del trabajador (despido disciplinario) y las que tienen por fundamento la aparición de motivos que, no siendo imputables a las partes, (o al menos, el ordenamiento no se pregunta por su origen) suponen la imposibilidad de continuar la relación de intercambio de trabajo y salario; significan una onerosidad no razonablemente soportable: extinción por causas objetivas, despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y extinción por fuerza mayor.

3º) Voluntad unilateral del trabajador que es, en el plano legal, la más libre de las manifestaciones de voluntad de los sujetos del contrato, pues el

trabajador puede dar por finalizado el contrato por su propio desistimiento, por su dimisión (que lo haga con o sin preaviso puede acarrearle las consecuencias patrimoniales que se verán).

Sin embargo, hay un supuesto extintivo que, fundado en la voluntad unilateral del trabajador, se configura como causa de resolución por incumplimiento del empresario: el denominado despido indirecto o extinción causal del contrato por voluntad del trabajador fundada en incumplimientos del empresario.

B) Hay circunstancias externas a la relación jurídico laboral que suponen, cuando acaecen, la extinción del contrato por voluntad de la ley. Son siempre hechos obstativos que impiden la continuidad del contrato, pero en los términos y con el alcance señalados por la Ley. Estos acaecimientos que ponen fin al contrato de trabajo se refieren a la desaparición o incapacidad de las partes.

Con este método de clasificación ya se prefigura el esquema de explicación de las causas de extinción: voluntad concurrente de las partes; mutuo acuerdo, término final y condición resolutoria (causas a,b y c del art. 49 LET); hechos a los que la Ley da carácter de obstativos para la continuación del contrato: muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta y jubilación del trabajador; muerte, jubilación e incapacidad del empresario (art. 49, e, f y g LET); voluntad unilateral del empresario (expresión amplia de despido); supuestos de resolución fundada en incumplimiento del trabajador (causa k del art. 49 LET); supuesto de extinción por causas objetivas (art. 49.1, LET); supuesto de despido colectivo por excesiva onerosidad sobrevenida o fuerza mayor (art. 49, h e i, LET); voluntad unilateral del trabajador: dimisión o libre desistimiento (art. 49 d LET, con o sin preaviso) y el supuesto de resolución por incumplimientos del empresario (art. 49 j LET).

II. Extinción por voluntad concurrente de las partes

410. El mutuo acuerdo.—Si el fundamento último del contrato de trabajo (como de cualquier contrato, por otra parte) está en la capacidad de las partes para vincularse, en su propia autonomía, será ésta, sin duda, la más poderosa de las razones para cesar en la relación contractual. No conviene a ambas partes continuar con el contrato y la misma capacidad para consensuar que las unió sirve ahora para producir la extinción de la relación obligatoria. Así lo reconoce el artículo 49, a, LET cuando señala, como la primera de las

causas de extinción, al mutuo acuerdo de las partes (mutuo disenso en la medida en que no se crea sino que se destruye un acuerdo de voluntades)¹.

Sin embargo, es obra de la jurisprudencia tomar precauciones acerca de la manifestación de voluntad del trabajador tanto en su vertiente extintiva (la causa ha de ser lícita y el acuerdo no ha de vulnerar derechos irrenunciables, STS 25-3-1991, A. 1898) como en la natural consecuencia de arreglo y liquidación de las cantidades adeudadas como consecuencia del contrato. Lo que comúnmente cristaliza a la voluntad extintiva y al saldo de cuentas es lo que se denomina «el recibo de finiquito» (no hay ninguna forma legal, puede ser, por tanto, escrito o verbal; el art. 29 LET dispone, como especialidad de los fijos discontinuos, que «en los supuestos de conclusión de cada periodo» la liquidación de los salarios «se llevará a cabo con sujeción a los trámites y garantías» del art. 49.2 LET; en tal caso el recibo de finiquito tendrá contenido estrictamente liquidatorio e ineficacia extintiva).

Es natural que el recibo de finiquito pueda tener el doble carácter de expresar la voluntad extintiva concorde de las partes y tener valor liberatorio de las cantidades adeudadas (SSTS 24-11-1986, A. 6496, 8-6-1988, A. 5253 y 1-4-1990, A. 3431). Sin embargo y como no puede ser de otra manera en razón al casuismo en que se mueve, el valor liberatorio (y la voluntad extintiva) de los recibos de saldo y finiquito es un problema de prueba y está en función de las circunstancias concurrentes en cada caso (STS 31-3-1992, A. 1896; en la medida en que el acuerdo de saldo y finiquito tenga carácter transaccional debe ser interpretado con las reglas de interpretación de los contratos e incluir sólo lo expresamente pactado sin que quepa englobar obligaciones sujetas a condición suspensiva, SSTS 30-9-1992, A. 6830 y 10-12-1993, A. número 864 de 1994; las ambigüedades del recibo no pueden favorecer a la parte causante o redactora del mismo, STSJ Cantabria, 12-2-1992, A. 652, STS 30-9-1992, A. 6830). En suma, la voluntad extintiva sólo puede derivarse de la expresión clara y válida (STSJ Andalucía, 3-3-2000, A. 3216) del mutuo consentimiento como causa resolutoria del contrato (STSJ Castilla-La Mancha, 10-2-1995, A. 774).

El recibo de finiquito (como saldo de cuentas) es común a todas las causas de extinción por cuanto va a reseñar los salarios adeudados, esto es, los devengados y no percibidos por el trabajador. El valor del finiquito como manifestación de que las partes nada se deben entre sí no puede esconder un

¹ El mutuo acuerdo extintivo puede darse, incluso, de forma generalizada en una determinada empresa que lo incentive con indemnizaciones u otras ventajas sin que tenga que ser, en este caso, un despido colectivo (STS 23-9-1997, A. 6581; cfr 446 y 447).

supuesto prohibido de renuncia de derecho (STSJ Andalucía 3-6-1995, A. 2470) y sólo debe desplegar sus consecuencias a las cantidades y conceptos por los que se declara expresamente no tener nada que reclamar (STS 28-2-2000, A. 2758). El artículo 49.2 LET, da derecho al trabajador a solicitar la presencia de un representante legal en el momento de proceder a la firma del recibo de finiquito: ha de hacerse constar si se utilizó el derecho y estuvo presente el representante o no se utilizó; el trabajador podrá hacer constar en el recibo el impedimento del empresario a la presencia del representante (el incumplimiento del empresario será constitutivo de falta grave, sancionable conforme a lo dispuesto en el artículo 95.3 LET).

411. Causas consignadas válidamente en el contrato.—Las causas consignadas válidamente (art. 49.1, b, LET) son cláusulas o pactos que contiene el contrato que determinan supuestos de hecho extintivos. Han de ser diferentes del término (causa c del artículo 49 ET) y no guardar relación con los acontecimientos exteriores que son siempre hechos obstativos que impiden la continuidad del contrato, pero en los términos y con el alcance señalado por la Ley. Estos acaecimientos no pueden ser objeto de pactos, tienen su regulación en la LET y se refieren a la desaparición o incapacidad de las partes. Las causas consignadas válidamente han de referirse a hechos extintivos no enumerados en el artículo 49 ET y que no sea abusivas. Las partes en este caso harán depender, válidamente y en la mayor parte de las veces, la eficacia del contrato de una condición resolutoria. Pero no es sólo condiciones resolutorias lo que las partes pueden acordar en esas «causas consignadas válidamente».

Es cierto que al intentar enumerar los posibles pactos que quepan en esas «causas consignadas válidamente» y excluidos todos los que puedan referirse al término o a los demás supuestos extintivos del artículo 49, quedan prácticamente pactos que engloban condiciones resolutorias, esto es, supuestos en los que la extinción dependerá de un acontecimiento futuro e incierto (arts. 1.113 y 1.114 del Código Civil). Sin embargo, «las causas consignadas válidamente» pueden encerrar otras condiciones, tomando esta expresión en el sentido de estipulación o cláusula de un contrato y no como una determinación accesoria de la voluntad que pueda o no ponerse y, una vez puesta, sea elemento constitutivo, esencial, del contrato (STS, Sala de lo Civil, 29-3-1985, A. 1253). Habrá, pues, «causas consignadas válidamente» que sean pactos lícitos acerca de la extinción y relacionados con el objeto del propio contrato y habrá, ciertamente, otras que sean condiciones resolutorias en el sentido técnico de la expresión.

Para detectar la presencia de una condición resolutoria ha de verificarse, en primer lugar, la existencia de dos notas siempre características de toda condición: la voluntariedad y la incertidumbre y, luego, buscar la característica específica de la condición resolutoria: el acontecimiento, incierto y voluntariamente prefijado que cuando acaezca suponga la extinción del contrato que hasta ese momento ha desplegado todos sus efectos (art. 1114 del Código Civil).

De lo expuesto se desprende que dentro de las «causas consignadas válidamente» pueden encontrarse pactos o cláusulas que hacen referencia a una determinada manera de cumplir el objeto del contrato y auténticas condiciones resolutorias. Aún más, dentro de las condiciones que pueden ser acogidas en «las causas consignadas válidamente» no pueden englobarse ni las denominadas condiciones potestativas (aquellas en las que el hecho depende de la voluntad de una de las partes del contrato) ni las denominadas *conditio iuris* (hechos de acaecimiento incierto previstos por la ley y a los que ésta apareja determinados efectos, STSJ Canarias, 17-12-1996, A. 4105)).

Los pactos más sobresalientes que tienen que ver con el objeto de la prestación de trabajo giran en torno a la obligación contractual de obtener un rendimiento determinado, siempre que éste no sea abusivo. Resulta evidente que las partes pueden convenir un rendimiento («rendimiento normal o pactado», dice el art. 54 e) ET) y su incumplimiento no está dotado de ningún automatismo y frente a la decisión unilateral del empresario que denuncia tal incumplimiento, el trabajador puede demandar y será la sentencia la que declare, en un proceso de despido, si la decisión unilateral extintiva del empresario es procedente o improcedente (STS 23-2-1990, A. 1215; desde luego hay que considerar abusivo e ilícito el pacto siempre que no conste ningún dato objetivo para medir el rendimiento del trabajador, STSJ Madrid 30-12-1997, A. 4594).

Sin embargo, es posible el pacto cuyo incumplimiento se haga valer por el apartado b) del art. 49: no alcanzar un número de ventas estipulado (un promedio mínimo de ventas mensual como cláusula válida en STSJ Madrid, 18-1-1996, A. 745). En tal supuesto se extingue el contrato por invocación de una cláusula válidamente consignada y no como una sanción disciplinaria ante el incumplimiento del trabajador (STS 27-9-1988, A. 7130).

Aparecen auténticas condiciones resolutorias en pactos de temporalidad relacionados con hechos externos no arbitrarios ni caprichosos sino derivados de necesidades objetivas de la empresa: la STS 28-2-1996, A. 2738 considera lícita la cláusula que limita la duración del contrato de trabajo a que finalice un estudio sobre la organización y forma de gestión del servicio; de este modo, la naturaleza temporal del contrato de trabajo nace no del carácter de

la actividad desarrollada o convenida sino del resultado del estudio que ha de terminarse y su conclusión tendrá que ver con el mantenimiento o no del servicio; la STS 15-1-1997, A. 497, concluye en la licitud de una cláusula que somete la duración del contrato a que un tercero mantenga la necesidad del servicio de vigilancia. No es estrictamente un contrato de obra o servicio determinado, es una condición resolutoria: la vigencia de la contrata se dibuja con una completa incertidumbre sin carácter abusivo. Igualmente tienen la naturaleza de condición resolutoria los supuestos en que se somete (no de forma abusiva, claro está) la continuidad del contrato a que el trabajador renueve su titulación profesional sometida a revalidación administrativa cada cierto tiempo (STS 3-11-1989, A. 7996).

En todos los supuestos que caben en «las causas consignadas válidamente» debe darse el requisito que exige el propio artículo 49.1, b) ET: las condiciones no constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario». De este modo, la condición y, desde luego, su invocación extintiva por el empresario no ha de sobrepasar los límites que al ejercicio de los derechos fijan el artículo 7.2 del Código Civil, ni incurrir en abuso de derecho (STSJ Cataluña 13-11-1993, A. 3823). Constituye abuso manifiesto de derecho todo pacto que suponga dejar a la iniciativa del empresario la libre extinción del contrato sin justa causa y sin compensación (SSTS 29-9 y 25-10-1988, A. 7146 y 7437). Es también requisito propio de las condiciones válidamente puestas que si no se cumplen o, verificadas, no se denuncian, el contrato de trabajo permanece con naturaleza indefinida (STS 16-10-1985, A. 5145).

412. Término final: el derecho a indemnización en los contratos temporales.—La causa c del artículo 49 LET (expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato) hace referencia a los supuestos en los que las partes válidamente fijan el término cierto, determinado o determinable, del contrato de trabajo, pero esto sólo podrán hacerlo válidamente dentro de la estructura de los supuestos posibles de contratación temporal (arts. 11 y 15). Todos los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluso los de prácticas y para la formación, si fueron concertados por una duración inferior a la máxima legal se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios. El término ha de ser denunciado (si el contrato temporal es superior a un año, precisa quince días de preaviso, art. 49.1 LET). Si no es denunciado y agotada su máxima duración legal, el contrato se convierte en indefinido salvo prueba de su naturaleza temporal.

El artículo tercero.uno de la Ley 12/2001 modifica la causa c del artículo 49 LET, dejándola inalterable en su esencia; esto es, la extinción del contrato se produce llegado el término final sólo en los supuestos causales legalmente regulados (arts. 11 y 15 LET). Sin embargo, moviéndose en una zona difusa entre encorsetar la contratación temporal y materialmente alentarla, la modificación establece una indemnización de cuantía sensiblemente inferior a la del despido (cuarenta y cinco días de salario por año de servicio) que se abonará cuando determinados contratos temporales lleguen a su término. En efecto, a la finalización de los contratos temporales (excepto los formativos, el de interinidad y el de inserción; por consiguiente, sólo para los de obra o servicio determinado y para los eventuales por razones de la producción) el empresario vendrá obligado a abonar al trabajador una indemnización económica equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resulte «de abonar ocho días de salario por cada año de servicio». Esta indemnización tiene la estructura de mínima (derecho necesario) que puede ser mejorada por convenio o por pacto individual y cede sólo ante la normativa específica que sea de aplicación y de ahí que, al margen de este sistema y por razones de su propia normativa, quede la indemnización que se abona a los trabajadores de las EETT cuando llega el final de su contrato, (cfr 288).

III. Extinción por desaparición o incapacidad de los sujetos

413. Muerte e incapacidad permanente del trabajador.—Si el contrato de trabajo es de carácter personalísimo, si el trabajo sólo puede ser prestado por el trabajador, sin posibilidad de sustitución, no cabe duda de que las circunstancias que afecten a la existencia o capacidad de la persona del trabajador han de ser determinantes para la vida del contrato.

La muerte del trabajador extingue el contrato de trabajo (art. 49, e, LET). Esta causa no da derecho a indemnización, pero los herederos podrán reclamar el cumplimiento de las obligaciones nacidas durante la vigencia del contrato de trabajo del trabajador fallecido (STS 20-2-1990, A. 1124 y STSJ Andalucía 14-10-1996, A. 3694); sin duda no podrán ni ejercitar ni continuar manteniendo la acción por despido pues «la acción impugnatoria ejercitada por los herederos se desestima porque el derecho que la sustentaba era personal e intransferible» (STCT 12-6-1985, A. 3900); no puede establecerse, después de muerto el trabajador, una condena de readmitir o de indemnizar (STS 4-2-1991, A. 793).

El contrato de trabajo también se extingue por unas concretas o definidas situaciones de alteración de la salud del trabajador: las que la legislación de la Seguridad

Social regula con las denominaciones de gran invalidez, invalidez absoluta e invalidez permanente total para la profesión habitual⁷. Se requiere, por tanto, una constatación del estado invalidante del trabajador reflejada en una resolución administrativa de la correspondiente Entidad Gestora de la Seguridad Social (la extinción procede sólo cuando sea firme la resolución que declara la incapacidad total, STS 19-10-1993, A. 7843 y 15-5-1994, A. 5355). El ejercicio del derecho a solicitar la declaración de invalidez y sus correspondientes prestaciones corresponde al trabajador, único titular de ese derecho (no está, por tanto, el empresario legitimado para instar una declaración de invalidez, STS 14 octubre 1992, A. 7633).

Es cuestión capital saber qué sucede en caso de recuperación del inválido. Si el trabajador recobra, después de recibir prestaciones rehabilitadoras, su plena capacidad laboral, tendrá preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en la que trabajó y en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional. Esta readmisión, que se produce después de una extinción del contrato, es técnicamente una preferencia en el empleo (art. 40.2 Ley de Integración Social de los minusválidos, 13/1982, de 7 de abril, y RD 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos y arts. 157 a 159 LGSS). Si después de la recuperación quedara, como secuela invalidante, una incapacidad parcial, tendrá preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en la que trabajó, en la primera vacante que se produzca y resulte adecuada a su capacidad laboral. En ambos casos, debe solicitarse de la empresa la readmisión en el plazo de un mes contado a partir de la declaración de aptitud o de la de invalidez parcial. La empresa queda liberada desde el momento en que rechace el trabajador un puesto de igual categoría. En todo caso, no ha de olvidarse la posibilidad de que, ante un supuesto específico de incapacidad permanente en el que, a juicio del órgano de clasificación, puede producirse mejoría, quede el contrato en situación de suspensión con reserva de puesto de trabajo durante dos años (art. 48.2 LET, *cf* 393).

414. Jubilación del trabajador.—La jubilación, además de ser un derecho del trabajador a una situación protegida por la Seguridad Social, es también una causa legal de extinción del contrato de trabajo, la causa f del artículo 49 LET. En efecto, la jubilación es un derecho potestativo o de ejercicio voluntario del trabajador quien, cumplidos los requisitos de edad y cotizaciones exigidos por la legislación de Seguridad Social, extingue su contrato por

⁷ A partir de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización sistema de Seguridad Social, la tradicional denominación de invalidez permanente pasa a denominarse incapacidad permanente y sus grados, incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

que libremente solicita y obtiene la pensión de jubilación (STSJ Castilla - La Mancha 16-7-1997, A. 3475). Esta realidad, que es la habitual, carece desde el plano del contrato, de la menor complicación jurídica. La tienen y mucha, sin embargo, los supuestos de jubilación forzosa; o sea, la posible operatividad de la causa f del artículo 49 LET de manera impuesta al trabajador.

La disposición adicional décima LET, establecía que la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las posibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos». Esta disposición, que suponía una deslegalización, ha sido derogada en su integridad por la disposición derogatoria única, a, de la Ley 12/2001. De este modo, el Gobierno no cuenta ya con la jubilación forzosa como una medida de política de empleo pues, dice su exposición de motivos, la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo como instrumento en el marco de una política de empleo esta inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas. Era una disposición que habilitaba tanto al Gobierno como a la negociación colectiva para fijar una edad límite y producir así el mecanismo extintivo de la jubilación forzosa.

Queda por aclarar si la negociación colectiva, por su parte, puede, sin embargo, continuar fijando edades máximas de jubilación. Prohibido por la Ley al Gobierno establecer esta jubilación forzosa no parece que la derogación de la correspondiente habilitación a la negociación colectiva haya afectado a la subsistencia de los pactos y a la posibilidad de nuevos pactos de igual contenido (jubilación forzosa) en los convenios colectivos y ello con fundamento en la propia y genérica libertad de pactos de la negociación colectiva (de laboral la adjetiva el art. 37.1 CE) y en el amplio contenido legal de los convenios colectivos (art. 85.1 LET) siempre que, en cualquier caso, tenga el trabajador derecho a la pensión de jubilación (STC 58/1985; esta sentencia y las siguientes SSTC 95 y 111/1985 son el rotundo fundamento de la constitucionalidad de la jubilación forzosa no sólo en la Ley sino, expresamente, en los convenios colectivos), sin necesidad de una directa e inmediata vinculación con medidas de política de empleo (STS 14-7-2000, A. 6630).

⁸ En las sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores no hay opinión unánime. Así, sostienen que no es posible (por inconstitucional) en los convenios colectivos fijar edad de jubilación forzosa la STSJ de Castilla-La Mancha, 24-4-2002, A. 3321. En contra de esta línea, las SSTSJ de Cataluña 27-9-2002, A. 3322 y 29-10-2002, A. 3989.

En relación con la jubilación hay que precisar sobre dos supuestos unidos a despidos colectivos por crisis de la empresa (cfr 446): a) la denominada jubilación anticipada para la que necesita el trabajador tener cumplidos los 61 años de edad y determinados requisitos de cotización; b) la suscripción y abono de su importe por el empresario de un convenio especial con la Seguridad Social para asegurar, a los 65 años de edad, la jubilación del trabajador de 55 o más años (art. 161 y disposición adicional 13 LGSS y art. 51, 15 LET, todos ellos según redacción de la Ley 35/2002, de 12 de julio, cfr 448).

La impugnación judicial de la decisión del empresario de extinguir el contrato con fundamento en una jubilación forzosa ha de verse por la modalidad procesal de despido y la acción se halla sujeta al plazo de caducidad que establece el artículo 59 LET (SSTS 2-3 y 20-7-1994, A. 2046 y 6688).

415. Muerte, jubilación e incapacidad del empresario.—La causa g del artículo 49 LET contempla la extinción por desaparición, incapacidad física o jubilación del empresario. Al estudiar esta causa se destaca inmediatamente que su análisis queda incompleto si no se efectúan dos precisiones:

a) En los supuestos de muerte, jubilación o incapacidad, el contrato de trabajo se extingue sólo si no se produce el mecanismo del artículo 44 LET de la sucesión de la empresa (carácter no personalísimo del sujeto empresario y favorecimiento de la continuidad del contrato).

b) En los casos de empresario con forma societaria la desaparición de su personalidad jurídica sigue los trámites del artículo 51 LET, reguladores de la extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ahora, por tanto, se analiza exclusivamente la muerte, la incapacidad física o la jubilación extintivas del contrato; o sea, sin sucesión de empresa.

La jubilación del empresario habrá de ser en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social (STS 30-10-1995, A. 7931). Es un derecho que la ley reconoce si se cumplen los requisitos y lo acuerda la Seguridad Social (STS 26 mayo 1987, A. 3885). La jubilación ha de suponer el cese efectivo de toda la actividad del empresario (SSTS 11-6-1985, A. 3381 y 19-5-1988, A. 4264) y en un plazo prudencial (STS 25-4-2000, A. 4252). La jubilación no es causa extintiva cuando se refiere a uno sólo de los titulares de la empresa (STS 15-4-1992, A. 2656) o cuando, en verdad, se continúa la actividad empresarial (por ejemplo, constituyendo una sociedad familiar que mantiene el negocio, STSJ 1-7-1997, A. 3175). La jubilación del empresario para que sea extintiva ha de significar el cese de la actividad (STS

(4-2-2001, A. 2523). Alguna jurisprudencia en interpretación amplia de la expresión legal «jubilación», entiende que al empresario le basta con solicitar la jubilación y, al tiempo, cesar en la actividad. En tal momento puede declarar extinguidos los contratos, sin aguardar la resolución de la Entidad Gestora o aunque ésta le sea desfavorable (SSTS 4-5-1984, A. 2958 y 16-6-1988, A. 5400; STSJ Andalucía 10-5-1994, A. 2142).

La incapacidad del empresario se refiere o a la declaración de una situación invalidante por la Seguridad Social (incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez) o a la incapacidad, previa declaración judicial, por «enfermedad o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 Código civil) o por prodigalidad (art. 294 Código civil). Incluso es posible incluir en la falta de aptitud para dirigir una empresa, la situación en la que la edad del empresario y las tensiones del negocio aparecen como razonablemente impeditivas del ejercicio de las funciones empresariales (STS 16-7-1987, A. 5397; SSTSJ Castilla y León, 18-12-92, A. 5978 y Madrid 24-9-1996, A. 3539)). Por último, la personalidad civil se extingue por la muerte de la persona (art. 32 Código civil) lo que supone la extinción del contrato de trabajo.

Todas las causas reseñadas son extintivas si no se continúa la actividad. Tienen, por su parte, prefijada indemnización, cuando el contrato se extingue por estas causas, en un mes de salario (art. 49, g, LET). Los supuestos indicados, la muerte, la incapacidad y la jubilación del empresario, son extintivos con la mera comunicación al trabajador, sin necesidad de ninguna intervención administrativa (STS 20-3-1987, A. 1640).

IV. Extinción por voluntad unilateral del empresario: el despido del trabajador

416. El concepto amplio de despido: despidos individuales y colectivos.—Las causas h a l del artículo 49 LET configuran decisiones unilaterales del empresario que, si se adoptan conforme a las prescripciones legales, extinguen el contrato de trabajo (el despido ha de referirse siempre a un contrato subsistente que no se haya extinguido por otra causa, STS 30-3-1995, A. 2352). Sin embargo, esas decisiones unilaterales, esa acción global de despedir al trabajador de su puesto de trabajo, tienen una inicial división que diferencian, con claridad, dos tipos de comportamientos empresariales: los que se relacionan con incumplimientos del trabajador y los que se fundan en imposibilidad sobrevenida de carácter objetivo.

Las decisiones del empresario relacionadas con el incumplimiento requieren de una conducta gravemente culpable del trabajador que, de darse en los términos legales, supone la extinción del contrato sin derecho a indemnización (se añade aquí la decisión del trabajador de demandar la extinción del contrato por incumplimiento del empresario y que da derecho a indemnización, arts. 49.j, y 50 LET). Las fundadas en imposibilidad sobrevenida, también puestas en marcha por la conducta unilateral del empresario, si se constatan, extinguen el contrato con derecho a las indemnizaciones legalmente prefijadas. En cualquier caso, son decisiones todas ellas caracterizadas por ser unilaterales, causales y que se aglutinan en torno a la expresión despido. Unas y otras también se dividen en despidos individuales (relacionados o con la conducta o con circunstancias concretas del trabajador) o colectivos (relacionados con acontecimientos, externos o internos, de la empresa).

Puede englobarse en la consideración de despidos colectivos a las extinciones, no fundadas en incumplimientos, que afectan o pueden afectar a toda la plantilla por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 49, i, LET); por las mismas causas, pero sin afectar a más de un número legalmente determinado de trabajadores (art. 49, l, LET; los motivos de extinción son los mismos en los artículos 49, i, en relación con el 52, c LET; pero de diferente intensidad o gravedad) o por fuerza mayor (art. 49, h, LET); incluso, por una específica causa que guarda relación con decisiones políticas con reflejo presupuestario, se pueden extinguir contratos de trabajo suscritos por las Administraciones Públicas. Esta realidad heterogénea necesita ser sistematizada y, para ello, es preciso destacar que, al menos, encierra un concepto parcialmente unitario de despido colectivo que guarda mucha relación con el de la Directiva 1975/126, de 17 de febrero (modificada por la 1992/56, de 24 de julio); no es despido colectivo la decisión unilateral del empresario fundada en motivos imputables al trabajador ya por circunstancias de su persona ya de su conducta.

Al dejar la mera versión negativa (lo que no es) de despido colectivo la LET complica la regulación porque arbitra dos cauces, con controles y consecuencias diferentes, a través de los que van a manifestarse los despidos colectivos de fundamento económico: a) el despido colectivo propiamente dicho (art. 49, i, LET); extinción fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero referido a un número de afectados (art. 51, l LET) y con un procedimiento que, en esencia, tiene una fase de consultas y, caso de desacuerdo, precisa de la preceptiva autorización administrativa; b) el otro supuesto que, pedagógicamente, puede denominarse despido plural o despido objetivo no colectivo, se refiere tanto a la decisión empresarial fundada también en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que afecta a un menor número de trabajadores como a la causa

de insuficiencia presupuestaria, mecanismo de regulación de empleo en las Administraciones Públicas, y sin importar, para seguir este procedimiento, el número de trabajadores afectados. La decisión del empresario en el despido objetivo es extintiva y sólo revisable en vía de la Jurisdicción Social (arts. 49, l, 52, c y 53 LET). Finalmente no deja de ser un despido colectivo por el número de los afectados y por fundarse en causas externas a la empresa, la fuerza mayor (art. 49, h, LET).

La legislación es prolija al regular los motivos que sustentan la voluntad extintiva del empresario, porque no se reconoce, como en otros derechos, la decisión empresarial de extinción del contrato sólo con un preaviso. La minuciosidad de la legislación radica en la necesidad de someter a revisión jurisdiccional la conducta empresarial y, así, se engloban en la expresión despido las decisiones unilaterales que o no se fundan en justa causa probada o no cumplen los requisitos legales. El concepto amplio de despido comprende cualquier cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, guarde o no relación con un previo incumplimiento de éste (SSTS 2-3-1994, A. 2046 y 15-1-1997, A. 33). De tal suerte que hasta la legislación procesal laboral remite las consecuencias de las acciones extintivas, pero incumplidoras, del empresario al tipo regulado como modalidad procesal del despido disciplinario (arts. 123.2 y 124 LPL y STS 20-7-1994, A. 6688).

Es conveniente destacar que el empresario puede siempre revocar su acto de despido readmitiendo al trabajador y abonándole los salarios dejados de percibir (SSTSJ Galicia, 31-8-1991, A. 4817 y Andalucía 22-2-1994, A. 635; ahora bien, si se ha ejercitado la acción para revisar el despido sólo le resta al empresario allanarse a la demanda, STS 1-7-1996, A. 5628).

Expuesto lo anterior, es conveniente señalar también el orden en que va estudiarse ese concepto amplio de despido. En primer lugar, la acepción que goza de marchamo legal: el despido disciplinario (o individual) con su aparatosa construcción procesal; a continuación, el despido denominado extinción por causas objetivas y, dentro de ellas, la que hace referencia a los despidos plurales o no colectivos; luego, los despidos colectivos derivados de imposibilidad sobrevenida por fuerza mayor, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y, por último, el también denominado despido indirecto o extinción solicitada por el trabajador fundada en incumplimiento del empresario.

V. El despido disciplinario

417. Concepto de despido disciplinario.—La responsabilidad contractual obliga al trabajador a prestar el trabajo pactado conforme a las órdenes

del empresario de forma diligente y de buena fe. Frente al incumplimiento del trabajador, deudor de trabajo, es legítimo que el empresario valore el comportamiento y reaccione, llegando incluso a la resolución del contrato de trabajo. Esta reacción está, además, teñida del poder disciplinario que el empresario ostenta para lograr que marche eficazmente la organización empresarial. El incumplimiento del trabajador que posibilita la resolución por el empresario está legalmente estructurado para que, además, cumpla una función disciplinaria. La figura jurídica que engloba la facultad de resolver el contrato por incumplimiento con el poder disciplinario se denomina despido disciplinario.

La resolución por incumplimiento, en su regulación jurídico laboral, deja en manos del empresario la facultad de decidir, de plano, la extinción del contrato, aunque luego esa decisión unilateral pueda ser revisada judicialmente a instancia del trabajador. De ahí, del importantísimo poder que el ordenamiento concede al empresario, que la regulación sea cuidadosa y prolija en la conformación de la voluntad unilateral y en sus consecuencias.

Aún antes de entrar en las salvaguardas legales que rodean la decisión unilateral del empresario, es preciso señalar, con carácter general, que el incumplimiento contractual del trabajador no puede ser de cualquier naturaleza, sino que tal comportamiento incumplidor ha de ser grave y culpable (art. 54.1 LET). El despido es, pues, como causa extintiva reseñada en la letra k del artículo 49 LET, la decisión unilateral del empresario por la que reacciona disciplinariamente ante un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador.

El incumplimiento contractual ha de ser del género de los enumerados en el párrafo 2º del artículo 54 LET. Son actos imputables al trabajador y que se realizan en el ámbito del trabajo pactado, ya se refieran a la prestación misma ya a las condiciones en que se desarrolla. No sólo se ha de prestar el trabajo convenido, sino en la forma legítima que ordene el empresario y respetando normas de convivencia que, en otro caso, harían insoportable el propio acto de trabajar. No cualquier incumplimiento contractual legítima el despido; éste ha de ser grave y culpable y, por tanto, individualizado en razón a la conducta del propio trabajador y a los efectos que ha producido sin tener en cuenta, ni para atenuar ni para agravar, circunstancias extrañas a la empresa (STS 10-5-1990, A. 3992).

La intensidad del incumplimiento contractual grave y culpable la mide el empresario y la revisan los órganos de la jurisdicción social y en esa labor se ha consolidado una doctrina legal que exige la necesaria graduación de la conducta del trabajador: los hechos imputados tienen que revestir la máxima gravedad que es exigible (STC 27/1993 y SSTS 4-2 y 23-5-1991, A. 792 y

3921), por cuanto es preciso, para ejercitar legítimamente esta facultad extintiva, que «exista una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción» (STS 20-2-1991, A. 854; o la necesidad de realizar siempre un estudio específico y concreto de cada caso, valorando el factor humano, STS 2-4-1992, A. 2590). Para imputar un incumplimiento de la naturaleza de los que da lugar al despido se precisa que el empresario despliegue una actividad probatoria que se estima de cargo (STC 81/1988) aunque el despido disciplinario no sea campo de aplicación propio del principio de presunción de inocencia (STC 27/1993 y STS 26-2-1991, A. 875). Por último, el despido disciplinario despliega sus efectos extintivos, sin perjuicio de su posterior revisión, desde que el empresario emite su decisión unilateral y la recibe el trabajador (SSTS 4-2- y 25-5-1991, A. 795 y 3920).

418. Enumeración de las causas.—El artículo 54.2 LET especifica unos supuestos concretos de incumplimientos contractuales graves y culpables que pueden fundar la decisión empresarial de despedir. Son seis supuestos en los que es necesario subsumir cualquier incumplimiento para que sea causa de despido y, en ese sentido, tiene valor la amplia lista legal (el despido disciplinario tiene que tener encaje en alguna de las causas del art. 54.2 LET, STS 24-7-92, A. 5655). Aunque genéricas, el despido disciplinario ha de fundarse en algunas de aquellas seis causas y extramuro de ellas sólo se encuentra el despido por participación en huelga ilegal. La fijación del núcleo de certeza de cada una de las seis causas (más la séptima de participación en huelga ilegal), es labor, profunda y copiosa, de la jurisprudencia a la que puede ayudar la especificación que de los incumplimientos tasados en el artículo 54.2 LET realicen las normas colectivas (STSJ Andalucía 9-1-1995, A. 178).

419. Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o de puntualidad al trabajo (art. 54.2, a, LET).—La inasistencia al trabajo se refiere a la jornada completa de trabajo y tal conducta incumplidora precisa ser repetida y no estar justificada. La repetición de las faltas puede ser continuada o intermitente y es en las normas sectoriales donde se especifica qué reiteración se convierte en grave y culpable y, de ahí, que hayan de ser analizadas en la realidad, momento o motivación en que se han producido (STSJ Cantabria 7-10-1996, A. 3020). La ausencia no es incumplimiento si se justifica; o sea, si hay un fundamento que legalmente permita la inasistencia (la sentencia firme del orden penal que condena a privación de libertad deja sin justificación a las ausencias del trabajador, STS 9-3-1994, A. 2222, cfr 396). La justificación es, sin duda, posible que sea tanto anterior como posterior a la ausencia (la justificación posterior no puede ser tardía, extemporánea o fuera de los límites que

exigen las normas, por ejemplo para acreditar la enfermedad, STSJ Valencia 21-6-1994, A. 2637, o no presentar los partes de baja y confirmación a pesar de los requerimientos de la empresa, STSJ Andalucía 6-9-1996, A. 3451). Las ausencias justificadas deben ser, en términos generales, notificadas al empresario (STSJ 30-7-1996, A. 2701); son injustificadas, por el contrario, las ausencias del trabajador incumpliendo las normas sobre vacaciones o permisos (STS 15-2-1990, A. 1095). La impuntualidad requiere igualmente de repetición, ya a la entrada o a la salida del trabajo, y de no justificación (la justificación, igual que para la inasistencia, puede ser la tolerancia de la empresa, STS 20-2-1991, A. 854 y STSJ Andalucía, 2-11-1993, A. 4930).

420. La indisciplina o desobediencia en el trabajo (art. 54.2, b, LET).—El trabajador viene obligado «a cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas» (art. 5, c, LET). Incumplir ese deber contractual de obediencia (cfr 321) es justamente la indisciplina o desobediencia (STS 29-6-1990, A. 5543) que coloca al trabajador frente a uno de sus comportamientos básicos debidos, que fundan el intercambio entre trabajo y salario. El trabajo hay que prestarlo bajo el poder de dirección del empresario y de ese poder nace la posibilidad de dar órdenes e instrucciones. La indisciplina o desobediencia, como conducta que pone de manifiesto una actitud de resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de órdenes precisas emanadas del empresario (STS 9-6-1987, A. 5125 y SSTSJ Valencia 10-1-1995, A. 343 y 24-7-1996, A. 2699), además de ser grave y culpable, ha de carecer de causa o justificación. El trabajador debe obediencia a las órdenes que nacen del ejercicio regular de las facultades directivas (STS 3-5-1990, A. 3943); las órdenes del empresario han de emitirse en el ámbito del propio contrato y cabe la desobediencia justificada cuando concurren circunstancias de peligrosidad, ilegalidad y otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa (SSTS 26-2-1987, A. 4289, 28-11-1989, A. 8276 y 29-3-1990, A. 2366; no lo justifica el retraso empresarial en abonar los salarios, STSJ País Vasco 11-6-1996, A. 2449). La desobediencia será, pues, una conducta que signifique una directa contradicción a la orden del empresario, manifestándose como resistencia decidida, persistente, reiterada a las órdenes precisas del empresario (STSJ Valencia 13-9-1997, A. 2222).

Así, es causa de despido la desobediencia del trabajador a la orden de alterar, por circunstancias excepcionales, su jornada para atender necesidades de la actividad empresarial (STSJ Castilla-León 7-9-1993, A. 4095); también es causa de despido la desobediencia a una orden de desplazamiento (STSJ Castilla-León, 30-11-1993, A. 5099; o disfrutar las vacaciones sin autorización de la empresa, STSJ Cataluña, 26-10-1994, A. 3892); es, sin embargo,

desobediencia justificada el incumplimiento de la orden del empresario de cumplir la jornada habitual cuando la actora tiene derecho a reducción de jornada para el cuidado de hijo menor (STSJ Madrid 17-12-1993, A. 5552). Puede, finalmente, ser legítima la orden desde la sola y formal perspectiva del alcance del poder de dirección del empresario, pero no desde el ejercicio de un derecho fundamental: invocación del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) sobre el que exclusivamente cabría una específica restricción (ser fotografiado o filmado para difusión pública, por ejemplo) si se acredita que, en el desarrollo de la tarea del trabajador, es «la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial» (STC 99/1994).

421. Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos (art. 54.2, c, LET).—Son, pues, dos conductas ofensivas, ya a la integridad física ya al honor, tanto del empresario (o persona que lo represente) como de las personas integradas en la empresa (insultos o agresiones a compañeros de trabajo, STSJ Cataluña 30-9-1994, A. 3533) o familiares del empresario. La actitud incumplidora del trabajador tiene que ser grave y valorada en razón a los factores que han concurrido y a la intención con que se ha actuado (STS 10-12-1991, A. 9050). No puede usarse el derecho fundamental a la libertad de expresión para encubrir conductas que, en verdad, implican un exceso en el ejercicio de tal derecho, por ello hay siempre que analizar «las expresiones utilizadas, la finalidad perseguida y los medios en que aquéllas se produzcan» (STS 28-2-1990, A. 1248 y STSJ Cataluña 3-2-1995, A. 670; sobre los límites adicionales que nacen del principio de buena fe en el contrato de trabajo y su repercusión en la libertad de expresión, STC 186/1996). Si en la manifestación de descontento no es posible apreciar que se compromete gravemente un interés empresarial, debe prevalecer el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (STC 6/1995).

422. La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo (art. 54.2, d, LET).—Es, sin duda, la causa más amplia de toda la enumeración. La buena fe es, ciertamente, un soporte de la relación contractual, del ejercicio de cualquier derecho y del cumplimiento de las obligaciones (arts. 1.258 y 7.1 Código Civil) y un deber laboral básico del trabajador cumplir con las obligaciones, concretas de su puesto de trabajo de acuerdo con las reglas de la buena fe (art. 5, a, LET). Si se quiebra (en este caso por el trabajador) el deber de buena fe se incurre en causa justa de despido, pero la violación ha de ser grave, culpable y suponer la transgresión del deber de conducta del trabajador con el que debe cumplir

las obligaciones y «que se traducen en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza» (STS 22-5-1986, A. 2609 y 4-5-1991, A. 1822). El trabajador ha de conocer que su conducta viola la buena fe sin necesidad de dolo, pudiendo deberse la causa a negligencia, imprudencia o descuido imputable al trabajador («decisión fría y premeditada de engaño», falsificar un parte médico para justificar una falta, STS 12-2-1991, A. 827; omisión de la diligencia debida, STS 21-7-1988, A. 6221). La actuación en la que ha de analizarse la existencia de la transgresión ha de acaecer en el seno de la relación laboral excluyendo conductas ajenas a dicho ámbito («laboralización» de la buena fe, STSJ Valencia 24-9-1996, A. 2878; el empresario está legitimado para ejercer un control, adecuado y proporcional, sobre el trabajador que sospeche desleal y, así, la STC 186/2000 admite un control por cámaras y la STC 98/2000, considera una intromisión ilegítima un sistema de escuchas).

Ejemplos de esta amplia causa es tarea fácil de encontrar en la jurisprudencia: defraudar en el manejo de dinero, sin importar la cuantía del daño o perjuicio para la empresa (o la apropiación y reparto por los trabajadores del dinero existente en una caja de la empresa con el fin de hacerse el pago de una deuda salarial a cargo de ésta, STSJ Galicia 29-1-1993, A. 237); no registrar unas ventas (STSJ Castilla y León 17-9-1996, A. 2829; apropiarse del importe de una comisión (STSJ Cantabria 2-2-1995, A. 562); hacer proposiciones sexuales a cliente de la empresa con ofrecimiento de condonar la deuda (STSJ Cataluña, 28-9-1994, A. 3521); trabajar estando en situación de incapacidad laboral transitoria (STS 22-12-1986, A. 7551 y STSJ Cataluña, 10-10-2000, A. 3744; simular una enfermedad o retardar la curación (STS 30-5-1988, A. 4668); dedicarse a actividades lúdicas durante la enfermedad (STSJ Extremadura 30-3-1994, A. 1031); o la realización de actividad por cuenta propia que coincida con la de la empresa (STS 6-11-1985, A. 5728) o por cuenta de un empresario que compita con el primero (STS 12-7-1988, A. 5806 y STSJ Cataluña 3-2-1995, A. 673), así como la creación o contribución a la creación de empresas competidoras (STS 26-7-1988, A. 6239; la competencia tiene que concretarse, no es suficiente idear o iniciar negociaciones, STS 17-5-1991, A. 3916). Por último, el abuso de confianza hace referencia a una conducta transgresora de una especial confianza depositada en el trabajador, quien aprovecha su particular posición en la empresa para incurrir en el incumplimiento (STS 21-12-1987, A. 8991); para sustraer productos de la empresa, prescindiendo del valor que tuvieran (STSJ Andalucía 11-1-1994, A. 279); para utilizar el teléfono con llamadas particulares (STSJ Valencia 14-1-1994, A. 350); para acceder a páginas de ocio en *internet* (STSJ Cataluña 29-1-2001, A. 577); para apropiarse de documentos internos de la empresa, fotocopiarlos y presentarlos en juicio (STSJ Andalucía 16-9-1994, A. 3377) y para obtener información

reservada a través de consultas al ordenador, facilitándola a personas ajenas a la empresa (STSJ Valencia 24-9-1996, A. 2877)

423. La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado (art. 54.2, e, LET).—El incumplimiento previsto en esta causa hace referencia a conductas del trabajador que atentan a su deber básico de trabajar; es el rendimiento la forma de determinar el grado de cumplimiento de esa obligación. Ha de nacer de la voluntad del trabajador la disminución del rendimiento debido, normal o pactado; por tanto, las disminuciones por causas ajenas a tal voluntad no se engloban en esta causa de despido (es causa de despido el bajo rendimiento realizado y reconocido con actitud jactanciosa por el trabajador, STSJ Cataluña 24-10-1994, A. 3881). La conducta requiere un cierto grado de duración temporal en el que pueda compararse un período de actividad con otro (STS 10-4-1986, A. 1913). La determinación del rendimiento no es siempre fácil, en especial en las actividades en que objetivar los resultados no sea posible o los sistemas de medición no ofrezcan garantías (STS 13-10-1989, A. 7173); en cualquier caso, es siempre un método válido la comparación con el rendimiento que «habitualmente y en el mismo tiempo realiza otro trabajador» (STS 28-5-1987, A. 3911). Se requiere, de este modo, tanto la voluntariedad grave y culpable del trabajador como la prueba del volumen concreto de la disminución del rendimiento (STSJ Cataluña 6-6-1996, A. 2473).

424. La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo (art. 54.2, f, LET).—Específica causa de despido de tradición en el ordenamiento español («la embriaguez cuando sea habitual», decía el art. 77, h, LCT de 1944). La LET no se refiere sólo al consumo habitual de alcohol sino que incluye la adicción a otras drogas (toxicomanía). La conducta del trabajador ha de ser de consumo habitual: «conducta reiterativa», (STS 1-7-1988, A. 5732); sin embargo, «las características de la función realizada por el trabajador supone, sin que se precise hábito, una falta de tal gravedad que justifica la máxima sanción disciplinaria» (STS 18-11-1989, A. 8077; un caso de embriaguez de Capitán de un buque como causa de despido en STSJ País Vasco 17-9-1996, A. 3587 y otro de conductor de camión que conduce en estado de embriaguez, STSJ Valencia 4-3-1997, A. 480; ambos supuestos pueden insertarse correctamente en la causa de transgresión de la buena fe contractual). La embriaguez o la toxicomanía han de repercutir negativamente en el trabajo, incidir en el ámbito de la relación laboral aunque es razonable mantener la presunción de que la situación de drogado repercute negativamente en el trabajo «por ser una consecuencia lógica de aquel estado» (STS 29-5-1986, A. 2748).

425. La participación en huelga ilegal.—Las causas de despido disciplinario del artículo 54.2 LET no incluyen expresamente la participación del trabajador en huelga ilegal, pero, sin duda, tal tipo de participación puede dar lugar al incumplimiento contractual grave y culpable. El incumplimiento sólo puede sostenerse si se refiere a un supuesto de huelga ilegal (ilegal por ilícita o irregular o abusiva); por tanto, toda participación (sea cual fuere el grado de actividad) del trabajador en una huelga legal no guardará relación con ningún supuesto extintivo y, desde luego, nada que ver con actos de consecuencias sancionables por el empresario. Así se reguló en el artículo 16.1 y 2 del R.D. Ley 17/1977 sobre Relaciones de Trabajo: los trabajadores que participaran en huelga ilegal y los que se negasen a prestar servicios legalmente necesarios, incurrirán en causa de despido. Desde las primeras aplicaciones jurisprudenciales siempre se exigió que la participación fuera activa, «con conducta destacada» (STS 17-3-1980, A. 1423; lo que, por otra parte no es otra cosa que una muestra más de la posición gradualista de la doctrina legal al apreciar las causas de despido). La participación ha requerido siempre, por consiguiente, de tres soportes: uno, objetivo, la ilicitud o abusividad de la huelga; otro, subjetivo, que la conducta del trabajador sea grave y culpable y, finalmente, que exista una relación causal entre el comportamiento del trabajador, la realización de la huelga (convocatoria, promoción, captación, etc.) y su resultado final (la realidad de la actuación huelguista).

La participación en huelga ilegal y la negativa a prestar el mantenimiento de los servicios legalmente previstos, está configurada autónomamente como una causa de despido en el artículo 16 del citado RDL 17/1977; este precepto tipifica la conducta y la sanciona con el despido el artículo 33 del mismo texto legal que fue ya expresamente derogado en 1980 por la disposición final 3ª, 15, LET. Sin embargo, la interpretación de la autonomía de la causa puede mantenerse de forma coherente; el artículo 16 RDL 17/1977 salvó de la derogación al artículo 33 al incorporarlo por remisión a su propio texto (STS 17-4-1986, A. 2196). En cualquier caso, esta es una interpretación ajustada a la propia estructura de las causas de despido del artículo 54 LET, puesto que el comportamiento de un trabajador participando activamente en huelga ilegal o abusiva seguramente incurrirá en algún otro supuesto de despido disciplinario: faltas repetidas injustificadas de asistencia o puntualidad; indisciplina o desobediencia en el trabajo; transgresión de la buena fe contractual o, finalmente, una posible disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado. La participación activa en huelga ilegal será, de este modo, causa de despido y habrá de medirse, en razón al grado de intervención del propio trabajador y al carácter ilícito de la huelga o de la actividad desplegada por el huelguista que en sí misma sea sancionable (insultos,

amenazas e intentos de agresión durante una huelga como causa de despido en STS 10-5-1990, A. 3992).

426. La carta de despido.—El ejercicio del derecho potestativo del empresario a extinguir el contrato de trabajo por incumplimiento grave y culpable del trabajador ha de constar en escrito firmado por el empresario o persona en la que delegue y han de constar «los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos» y ser notificado al trabajador (art. 55.1 LET). Ese escrito es al que se denomina «carta de despido» y supone el arranque del sistema de garantías del trabajador frente a la decisión del empresario. Y para ello, legalmente (derecho indisponible) se precisa que el escrito (carta, telegrama o acta de requerimiento notarial) contenga los hechos que tipifican el incumplimiento grave y culpable del trabajador, de tal suerte explicitados que éste pueda defenderse de las imputaciones que le hacen sin causarle indefensión (STS 14-9-1988, A. 6892 y 22-2-1993, A. 1266; STSJ Asturias 14-2-1997, A. 478). Igualmente es otra garantía esencial la exigencia legal de la constancia de la fecha de los efectos del despido; o sea, el momento en que el empresario extingue que, a su vez, es el inicio temporal del cómputo del plazo que para recurrir tiene el trabajador. La carta de despido carece de efecto si no se notifica al trabajador por cualquier medio que acredite el hecho de la entrega (o la entrega sin éxito por razones imputables al trabajador). El despido es un acto recepticio y no podrá enervarse sin la voluntad del trabajador de tal suerte que la mera retractación empresarial no restablece el contrato, (STS 1-7-1996, A. 5628).

Al hilo de las consideraciones formales precisas para despedir a un trabajador, ha de señalarse que la ratificación por España (BOE 29 junio 1985) del Convenio nº 158 de la OIT (Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador) no introdujo nuevos requisitos ni los vigentes lo vulneran, pues, es consideración consolidada de la jurisprudencia (por todas, STS 15-9-1988, A. 6898) que las garantías del trabajador para defenderse de las imputaciones del empresario quedan cubiertas por el sistema formal que establece el artículo 55.1. LET. Finalmente, la comunicación escrita acredita ante la Entidad Gestora de la Seguridad Social la situación legal de desempleo en caso de despido (art. 208 LGSS y disposición transitoria segunda del RDL 5/2002).

427. El expediente disciplinario. La audiencia sindical.—El artículo 68, c, LET dispone que, durante el ejercicio de sus funciones (y dentro del año siguiente a la expiración de su mandato), los miembros del comité de empresa y delegados de personal no podrán ser despedidos o sancionados a conse-

cuencia de acciones en el ejercicio de su representación. Para el supuesto de que la causa de despido fuera un incumplimiento contractual, los miembros del comité y delegados de personal tienen derecho a la apertura de un expediente contradictorio (art. 55.1 LET). A estas mismas garantías tienen derecho los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS).

En torno al expediente sancionador de carácter contradictorio la jurisprudencia ha establecido un conjunto de criterios generales que bien merece la pena sistematizarlos:

No es preciso que el expediente comprenda una especie de antejuicio con fases de alegaciones, prueba y conclusiones (STS 16-11-1987, A. 7981); ni tampoco es necesaria la concurrencia de un instructor y secretario (SST 26-11-1985, A. 5859 y 18-10-1986, A. 5845). Si, al tiempo que miembro del comité de empresa, es delegado sindical, sólo será uno el expediente disciplinario que se instruya (STS 17-10-1989, A. 7283). El plazo o plazos que se concedan deben ser adecuados para permitir al trabajador formular sus alegaciones y los defectos formales sólo adquieren trascendencia cuando la irregularidad ha supuesto una efectiva disminución de las garantías que la ley otorga al trabajador (STS 9-4-1990, A. 3.427 y STS 18-3-1991, A. 1871). El expediente contradictorio sólo es aplicable para el supuesto de despido disciplinario, no para las demás causas de extinción del contrato (STS 23-5-1995, A. 5897). No cumplir la garantía procedimental de instruir expediente contradictorio, supone la improcedencia del despido (art. 55.4 LET). Además, en el despido de los representantes legales (unitarios y sindicales), necesariamente deberán ser oídos los restantes miembros de la representación a que el trabajador perteneciera (otros delegados de personal, el comité de empresa o la sección sindical; evidentemente antes de que se produzca la decisión empresarial de despedir, art. 55.1 LET). En cualquier caso, los artículos 281, c, y 300 LPL, prescriben que el delegado del personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical continuará desarrollando en el seno de la empresa las funciones y actividades propias de su cargo representativo cuando el despido llegue a ser declarado nulo o improcedente si, en este caso, el representante optó por la readmisión.

Los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente, tienen el derecho de ser oídos en el despido de los afiliados a su sindicato, siempre que al empresario le conste su condición de afiliado (arts. 10.3 LOLS y 55.1 LET); este derecho de audiencia es de la exclusiva titularidad y disponibilidad del sindicato, STC 30/1992; con dudosa doctrina, la STSJ Asturias 24-1-1994, A. 105, sostiene que el requisito de la audiencia no puede tenerse por cumplido por el hecho de poner en conocimiento del sindicato y no del delegado sindi-

cal el despido del afiliado). Se trata de un derecho que debe operar antes de que el empresario adopte la medida de sancionar o despedir a un afiliado al sindicato del delegado (STSJ de Canarias 17-7-1996, A. 3177; en cambio, el comité de empresa debe ser informado después de impuesta la sanción o acordado el despido, art. 64, 1.1.7.º, LET). La vulneración del derecho de audiencia produce la improcedencia del despido (art. 55.4 LET; el plazo de audiencia puede ser de un sólo día, STS 10-11-1995, A. 8400).

De forma potestativa, las partes pueden pactar en convenio colectivo (art. 55.1 LET) la obligación de abrir expediente disciplinario u otras exigencias formales para todo supuesto de despido en una empresa o sector determinado y habrá de estarse al alcance de los términos del pacto (sobre la interrupción de la prescripción por el expediente, cfr 327).

428. Subsanación de defectos formales.—La decisión extintiva del empresario precisa de unas formas (carta o expediente; en su caso, audiencia sindical) que de faltar o ser defectuosas producen una inmediata consecuencia, la improcedencia del despido. Ahora bien, si el empresario busca, porque materialmente tenga motivos, la declaración de procedencia, con su inmediato resultado de extinguir sin indemnización, sólo podrá conseguirlo si procede a documentar el despido con la forma legal o convencionalmente procedente. Para lograrlo tiene dos concretas oportunidades cada una con su peculiar régimen jurídico:

a) Cuando el empresario compruebe que ha procedido al despido de un trabajador inobservando las formas, podrá reiterar de nuevo el despido, cumpliendo los requisitos omitidos en el precedente y con efectos desde su fecha. Sólo cabe efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al primer despido. El empresario deberá, además, abonar los salarios de los días intermedios. Este plazo es, claramente, un tiempo que alarga el hábil para despedir, manteniéndose durante el mismo el cómputo de la prescripción de las faltas en el punto temporal en que estaba cuando despidió la primera vez (art. 55.2 LET). Después de los veinte días, el empresario podrá dejar sin efecto el despido, pero las consecuencias serán las comunes y, además de adeudar los salarios, el acto del despido no le habrá servido para interrumpir la prescripción. No habrá subsanación del despido cuando se ha reconocido la improcedencia y readmitido al trabajador; habrá un nuevo despido (STS 15-5-2000, A. 4798).

b) El artículo 110.4 LPL regula el derecho del empresario a realizar un nuevo despido si concurren las siguientes circunstancias: que el despido anterior haya sido declarado improcedente; que se opte por la readmisión y que la

subsanación se produzca en el plazo de siete días desde que se notificó la sentencia (el cómputo del plazo de siete días debe efectuarse desde la firmeza de la sentencia, STS 10-11-1995, A. 8400). Los efectos del nuevo despido se producen desde su fecha. Durante los siete días (más el tiempo del proceso, obviamente) debe, también, entenderse que el plazo de prescripción de las faltas queda en el mismo cómputo que cuando se produjo el primer despido.

VI. Impugnación judicial del despido

429. Conciliación, demanda y juicio.—El trabajador puede ejercitar la acción de reclamar contra el despido dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquel en que se hubiera producido (art. 103.1 LPL y 59.3 LET; el mes de agosto es tiempo hábil, art. 43.4 LPL). El derecho a reclamar no nace si no se ejercita en el plazo legal, porque es un plazo de caducidad a todos los efectos. El día inicial es el del despido (la fecha en que tendrá efectos, art. 55.1 LET; STS 14-4-2000, A. 3957), salvo que promovida demanda contra empresario aparente, en juicio se acreditara que es otro, en cuyo caso el cómputo se inicia desde la fecha de la sentencia firme que así lo disponga (art. 103.2 LPL).

La caducidad no se interrumpe, pero puede suspenderse por causas taxativamente señaladas en la Ley: cuando se suspende, se computa el tiempo transcurrido y se añade el posterior que transcurra luego de terminado el efecto suspensivo (STS 7-6-1990, A. 5036). El plazo de caducidad sólo se suspende por dos específicos sistemas de evitar el proceso: la conciliación previa (arts. 63 y siguientes LPL; el cómputo de la caducidad se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos quince días desde su presentación sin que se haya celebrado, art. 65.1 LPL **cf** 500) y la reclamación administrativa previa (arts. 69 y siguientes LPL y 125 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Procedimiento Administrativo Común; **cf** 501). La demanda debe ser presentada dentro del plazo de caducidad y es subsanable, en su caso, la falta de conciliación o reclamación administrativa previa (STSJ Andalucía, 31-5-1996, A. 3488).

No existiendo acuerdo, el trabajador (demandante) impugnará el acto del empresario (demandado) de despedirlo ante el Juzgado de lo Social competente. La demanda constará, además de los requisitos generales del artículo 80 LPL, de los específicos previstos para la modalidad procesal de despido por el artículo 104 LPL (condiciones del trabajo cuando fue despedido; lugar, categoría, salario, antigüedad; circunstancias del despido: fecha, forma, hechos; en su caso, constancia de la situación del trabajador como represen-

tante legal o sindical o como afiliado a un sindicato). Este es el documento básico del proceso sobre el que debe girar la pretensión y la oposición a la misma. Los defectos de la demanda son subsanables (art. 81.1 LPL) e incluso si se hubiera atribuido erróneamente la cualidad de empresario y se acreditara en juicio que era un tercero, podrá el trabajador promover nueva demanda (art. 103.2 LPL y STSJ Cataluña 1-6-1996, A. 2464).

Admitida a trámite la demanda, señalados los actos de conciliación y juicio y citadas las partes, el día fijado y previo intento conciliatorio ante el Juez (art. 84 LPL), se celebrará el juicio oral en el que, ratificado el demandante en su escrito inicial de demanda, se invierten las posiciones normales de las partes y alega, prueba y concluye en primer lugar el empresario demandado (art. 105.1 LPL), no pudiendo oponer a la demanda otros motivos que los contenidos en la comunicación escrita de despido (o sea, la carga de probar el incumplimiento contractual, art. 105.2 LPL y la obligatoria aportación del expediente disciplinario que, en su caso, se hubiera instruido, art. 106.2 LPL).

430. Contenido de la sentencia: la calificación judicial del despido.— Los efectos, las consecuencias jurídicas, patrimoniales y de otro orden, del acto de despido dependen exclusivamente de la calificación del Juez de lo Social, quien deberá hacerla en la sentencia (la calificación obviamente puede ser revocada por los órganos superiores de la jurisdicción de lo social a través de los pertinentes recursos contra la sentencia, arts. 189, 1, a y 216 LPL). La calificación del despido irá en el fallo y para llegar a esa conclusión precisa antes el Juzgador haber sentado los hechos declarados probados y haber aplicado a los mismos un razonamiento jurídico.

Los hechos declarados probados deberán pronunciarse, con los medios de prueba practicados, sobre la realidad de lo imputado al trabajador y deberán además hacer constar las circunstancias relativas a la fecha del despido, el salario del trabajador, la categoría, la antigüedad y su situación sindical (art. 107 LPL). Sobre los hechos probados el Juzgador debe de volcar los fundamentos de derecho que sustenten los razonamientos de su convicción y le permitan una conclusión, un fallo (art. 97.2 LPL). La sentencia deberá pronunciarse en los términos del artículo 108.1 LPL calificando el despido como procedente, improcedente o nulo, sin que exista previsión legal que autorice al Juez a realizar pronunciamientos distintos (por ejemplo, es imposible al juez imponer una sanción inferior al despido, STS 11-10-1993, A. 9065).

431. Despido procedente.—El Juez calificará como despido procedente cuando «quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su

escrito de comunicación» (arts. 55.4 y 7 LET, redacción del RDL 5/2002 y 108.1 LPL) debiendo la sentencia declarar extinguida la relación laboral, sin derecho a indemnización. Para ser aún más precisos, se desestima la demanda y, por tanto, se confirma la licitud de la decisión unilateral del empresario de extinguir el contrato que, no se olvide, desplegó sus efectos desde el momento en que fue comunicada al trabajador y que se ve convalidada por la declaración judicial de procedencia.

432. Despido improcedente. El derecho de opción: indemnizar o readmitir.—Se calificará de improcedente al despido cuando el órgano judicial no considere probado el incumplimiento contractual alegado por el empresario o cuando en su forma no se ajuste a los requisitos legales o convencionales (art. 55.4 LET y 108.1 LPL). Son dos los supuestos típicamente separados en los que puede descansar la declaración judicial de improcedencia:

- El despido carece de causa, es injustificado. En este caso, el juzgador estimará la demanda por no considerar conforme a derecho la decisión extintiva del empresario. Da igual que a tal conclusión llegue por el camino de no considerar probadas las imputaciones hechas o por el de estimarlas probadas, pero insuficientes para tipificar el incumplimiento grave y culpable del trabajador.
- El empresario no ha cumplido con los requisitos formales, legales o convencionales (carta, expediente, audiencia sindical). Ante tal hecho el juzgador no debe continuar su indagación y no valorar ya cuanta actividad probatoria se hubiera desplegado para declarar el despido procedente.

A) Opción de indemnizar o readmitir.

En cualquiera de los dos casos anteriores, cuando la sentencia declare improcedente el despido debe aunar unas obligadas consecuencias: la opción del empresario entre readmitir al trabajador o indemnizarlo en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades (art. 56.1 LET *cf* 452). La calificación del despido como improcedente no es exclusiva del despido disciplinario, sino que puede aplicarse a cualquier despido causal, o sea, a cualquier despido en que el empresario alega una determinada causa de extinción del contrato aunque ésta no sea un incumplimiento de los del art. 54 LET; el despido deberá ser declarado improcedente (salvo que legalmente tuviera que ser declarado nulo, arts. 51 y 53.4 LET y 124 LPL) cuando la causa alegada por el empresario carezca de validez, vigencia, operatividad o eficacia (STS 23-3-1993, A. 2895)

La facultad de inclinarse el empresario por una u otra alternativa (readmisión o indemnización) debe hacerla, inexcusablemente, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia de instancia y de forma independiente a la posible interposición contra dicha sentencia del oportuno recurso de suplicación (arts. 56.1 LET y 110.3 LPL; obviamente si la improcedencia del despido fuera declarada por sentencia dictada por el Tribunal Superior o, en su caso, por el Supremo, el plazo para optar nace desde la notificación de tal sentencia). Transcurrido el plazo sin manifestación, se entiende que el empresario opta por la readmisión (art. 56.3 LET: «ante el silencio del empresario respecto a la opción, el trabajador debe de ser readmitido», STS 6 mayo 1987, A. 3255). El empresario sólo puede cambiar el sentido de la opción (pasar de indemnización a readmisión) si el Tribunal que conociera del recurso del trabajador elevara la cuantía de la indemnización (en este caso, la readmisión y sus efectos se retrotraen a la fecha de la primera elección, art. 111.1, b, LPL).

La opción es un derecho del empresario (este derecho también lo tienen, inequívocamente, las Administraciones públicas que hayan tomado la decisión extintiva, SSTS 24-1 y 19-7-1994, A. 865 y 6684). Lo es, eventualmente, del trabajador en sólo tres excepcionales supuestos: caso de despido declarado improcedente de representantes legales (unitarios o sindicales, arts. 56.4 LET y 110.2 LPL); de trabajadores designados para ocuparse de la actividad de prevención de riesgos laborales (art. 30. 4 LPRL) o, finalmente, de trabajadores beneficiarios de un pacto colectivo en el que expresamente se les conceda la titularidad de este derecho de opción⁴.

B) Salarios de tramitación

El empresario, ya opte por readmitir ya por indemnizar, debe abonar, además, al trabajador, los denominados «salarios de tramitación», esto es una cantidad fijada en la sentencia e igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifica la propia sentencia descontando al trabajador las cantidades que haya percibido en otro empleo con anterioridad a dicha sentencia (art. 57 LET, redacción de la Ley 45/2002). La suma abonada como salarios de tramitación, que está unida al sistema de impugnación de la decisión empresarial de despedir, posee naturaleza propia-

⁴ Las SSTS 12-7-1994, A. 7156, 24-11-1995, A. 8765 y 30-9-1996, A. 8034 y 11-3-1997, A. 2313, admiten que en convenio colectivo se contenga un pacto de tal naturaleza. En los casos de ejecución de sentencia de despido improcedente de un trabajador incluido en el ámbito de aplicación de un convenio con cláusula que le otorga el derecho a elegir la readmisión, debe aquella ejecución llevarse por los trámites del art. 280.1 LPL (STS 5-10-2001, A. 3072).

mente indemnizatoria abarcando desde el acto extintivo del empresario hasta la total sustanciación del proceso judicial correspondiente. Durante todo este período deberá el empresario mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social (art. 57,3 LET).

El empresario, si le correspondiera el derecho de opción, tiene en sus manos, al menos en tres ocasiones, evitar, de forma total o parcial, el pago de los salarios de tramitación.

En efecto:

a) El empresario que ha despedido entrega la carta de despido al trabajador, reconoce la improcedencia del despido y le ofrece la indemnización correspondiente (art. 56.1 LET). El trabajador la acepta, la lleva a su poder y no impugna, pues, el despido. No hay, de este modo, salarios de tramitación. No ha de olvidarse que la carta de despido, sin necesidad de impugnación, acredita la situación legal de desempleo a efectos de las prestaciones que se derivan de esa contingencia (art. 209.4 LGSS, redacción de la Ley 45/2002).

b) El empresario que ha entregado la carta de despido, reconoce la improcedencia y ofrece la indemnización, pero el trabajador no las acepta (la calificación de improcedente o la indemnización). El empresario, si en el plazo de cuarenta y ocho horas deposita la cantidad correspondiente a la indemnización en el Juzgado de lo Social y al tiempo se lo comunica al trabajador, no abonará salarios de tramitación (art. 56.2 LET).

c) Transcurrido el citado plazo de cuarenta y ocho horas, el empresario podrá, antes del trámite de conciliación administrativa, reconocer la improcedencia del despido, pero, en este caso abonará los salarios de tramitación correspondientes entre la fecha del despido, la del reconocimiento de la improcedencia (art. 56.2 LET).

El Estado, si la Sentencia (la de instancia o la de la Sala correspondiente) que declare la improcedencia del despido se dicta pasados sesenta días hábiles desde que se presentó la demanda, responderá ante el empresario que los reclame de los salarios de tramitación abonados al trabajador; también serán de cuenta del Estado las cuotas de la Seguridad Social correspondiente a dichos salarios (art. 57 LET, Ley 45/2002).

Como recapitulación de la importante categoría de despido improcedente ha de precisarse por un lado su alcance y, por otro, la no afectación al principio de causalidad, como elemento esencial de toda la construcción de la extinción del contrato de trabajo en España. En efecto, la calificación de improcedencia hace referencia a la inexistencia de causa de despido (alegada y no

probada) o a la inexistencia o incorrección de formas (no se documenta el despido como legal o convencionalmente es exigible). El órgano judicial, en el primer caso, valora los motivos y las pruebas para adoptar una calificación; en el segundo, si constata el incumplimiento de los requisitos formales deberá, sin analizar lo actuado sobre la realidad material, declarar el despido improcedente.

Las anteriores posibilidades de actuación judicial no rompen el principio de causalidad del despido. El despido con causa (el despido como causa de extinción) está presente en la relación procedencia-improcedencia: sólo si hay causas (alegadas y probadas) se declara procedente el despido; esto es, no indemnizable. Por su parte, la improcedencia declarada por motivos formales impide la declaración de procedencia y da lugar a indemnización. La causalidad del despido va unida esencialmente a tener o no derecho a indemnización; sólo un despido con forma adecuada y causa probada «convalida la decisión extintiva sin derecho a indemnización» (art. 55.7 LET).

433. Despido nulo y readmisión del trabajador.—La calificación judicial del despido cumple una innegable función de garantía para la defensa del derecho del trabajador: sólo el incumplimiento probado e imputado en forma da lugar a la extinción sin indemnización. Por su parte la declaración de nulidad responde a un cuadro normativo donde aquella característica garantista tiene una especial relevancia. Se trata de una decisión, que toma el Juez, de carácter abstracto: si hay nulidad, no puede haber ya ni procedencia ni improcedencia del despido. La decisión unilateral del empresario no sólo puede ser justificada (procedente) o injustificada (improcedente), sino que puede ser nula (inexistente para el derecho). La nulidad acarrea la condena judicial «a la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir» (art. 113 LPL y art. 55.6 LET, redacción de la Ley 45/2002; o sea, la eliminación absoluta de cualquier efecto del despido, STC 186/1996). Al amparo de los arts. 180.1 y 182 LPL, el Juez o Tribunal que declare nulo el despido puede imponer al empresario el pago de una indemnización por los perjuicios adicionales causados por el despido nulo (STS 12-6-2001, A. 5931).

El artículo 108.2 LPL reseña el supuesto taxativo en que el Juez ha de declarar nulo el despido: «que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador». Se reúne así lo que inicialmente fue una construcción jurisprudencial (STC 38/1981) y doctrinal conocida con el nombre de «despido radicalmente

nulo»⁵. Se trata (en la anterior construcción y en la actual legalidad) de infracciones de los derechos y libertades del trabajador comprendidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la CE.

No importa, en este caso, cuál ha sido la forma (correcta o incorrecta) del despido; lo que importa, la base de la decisión jurisdiccional, es la violación de un derecho fundamental o de una libertad pública del trabajador⁶ (es des-

⁵ La construcción constitucional de la categoría del «despido radicalmente nulo» se apoya sobre las siguientes nociones básicas:

a) Una actuación empresarial lesiva de un derecho fundamental del trabajador.
b) La inversión de la carga de la prueba de la lesión del derecho, siendo el empresario quien habría de asumir en tal supuesto «la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral», de modo que pudieran presentarse «razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio o atentatorio a un derecho constitucional» (STC 38/1981). Y no, naturalmente, como habría de ser con arreglo a las normas comunes en la materia, el trabajador que alegase el comportamiento empresarial lesivo de un derecho fundamental de que sea titular. Aun cuando para imponer al empresario la carga probatoria (ha matizado también el TC) «no basta afirmar la existencia de un despido discriminatorio», sino que el trabajador ha de acreditar la existencia de «indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato» y, establecida esta «prueba indiciaria», el empresario asume entonces la carga de demostrar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente «ajenos a todo móvil atentatorio del derecho fundamental». No se le impone, así pues, la «prueba diabólica» de un hecho negativo (la no discriminación), sino el hecho positivo de la «razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada» (SSTC 55/1983, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 7/1993, 266/1993 o 142/2001).

c) La readmisión obligatoria del trabajador, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, incluida la sustitución de aquella por la indemnización acordada por el juez en el incidente de no readmisión.

⁶ La vigente LPL lleva a cabo, no obstante, una novedosa regulación de la nulidad del despido [resultante del precedente Texto Articulado de 1990, reformado en este punto por la L 11/1994, de 19-5], de la que derivan importantes consecuencias para lo que aquí interesa. Por lo pronto ha desaparecido del ordenamiento jurídico la «nulidad radical» del despido como categoría singular diferenciada de su nulidad «simple», ya que ahora *todo supuesto de nulidad del despido es siempre radical*, en el sentido de que conduce en todo caso a la readmisión obligada del trabajador. Mientras que el artículo 108.2 LPL (1990) distinguía un doble supuesto de nulidad del despido disciplinario [causas relativas a la ausencia de las formalidades esenciales del acto y causas de discriminación o constitutivas de lesión de derechos fundamentales], la modificación operada por la mencionada L 11/1994, tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley de Procedimiento Laboral, conduce ahora a una nueva formulación legislativa de la calificación del despido disciplinario [no así en el caso del despido objetivo, arts. 53.4 LET y 122 LPL], recogida finalmente en los vigentes Textos Refundidos de la LET y la LPL: despido nulo [nulidad del despido] será ya únicamente el que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley (tal es el caso de los supuestos de nulidad del despido que introdujo en el art. 55.5 la Ley 39/1999) o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (arts. 55.5 LET y 108.2 LPL). El incumplimiento de los requisitos de forma del acto del despido disciplinario establecidos en el artículo 55.1 LET no será ya constitutivo de un supuesto de nulidad del acto, como antes de la reforma legislativa mencionada, sino de improcedencia [despido improcedente].

pido nulo el de un trabajador al que se despide por haber testificado en contra del empresario con vulneración de su libertad de expresión, STC 197/1998). Al trabajador compete probar unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación y el empresario tiene la carga de probar que existe causa justificada suficiente para despedir, fundada en un motivo objetivo y razonable ajeno a cualquier vulneración de un derecho fundamental o libertad pública (SSTC 7 y 14/1993 y STS 18-6-1991, A. 5151; es despido nulo la discriminación por razón de sexo al incumplir la empresa la obligación pactada de convertir a los temporales en indefinidos que fue cumplida con los trabajadores varones, STSJ Castilla-La Mancha, 20-1-1994, A. 331; en general, sobre la nulidad por discriminación sexual, STC 136/1996). Para terminar de configurar la construcción del despido nulo ha de destacarse, en palabras del Tribunal Constitucional, «que no cualquier motivo sirve para justificar el despido»; «la decisión empresarial será así válida cuando aún sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presente ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental» (STC 7/1993; es, sin duda, despido nulo el efectuado por el empresario como reacción a cualquier uso por el trabajador de la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, art. 24.1 CE y STC 168/1999). No debe incluirse en la categoría de despido nulo sino en la del improcedente, los supuestos analizados por la jurisprudencia en torno al denominado despido en fraude de ley (SSTS 26-1, 23-5 y 10-7-1996, A. 202, 4612 y 6102).

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, construye un específico sistema de nulidad de la decisión empresarial de despedir, al modificar los

⁷ Así también, la LPL sanciona legislativamente la construcción constitucional de la «inversión» o desplazamiento de la carga de la prueba al empresario [o sujeto infractor], en la medida en que, en el acto del juicio, y «una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical» [o del derecho fundamental de que se trate], «corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» (art. 179.2 LPL). No se impone al empresario, ciertamente, que pruebe la no lesión del derecho fundamental [no se ha de situar al empresario «ante la prueba diabólica de un hecho negativo», como es la inexistencia del móvil lesivo, SSTC 180/1994 y 85/1995], sino el acreditamiento de que el despido «obedece a motivos razonables ajenos a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión» (SSTC 266/1993, 85/1995 y 49/2003), en el bien entendido de que «no cualquier motivo sirve para justificar el despido», porque, de lo contrario, el empresario «podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales», por lo que «la decisión empresarial será así válida, cuando, aun sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental» (STC 7/1993).

artículos 55.5 LET y 108.2 LPL. Cuando un empresario toma la decisión de despedir y los trabajadores están en unas concretas causas de suspensión (por maternidad, por riesgo durante el embarazo, por adopción o por acogimiento) o se refiere a trabajadoras embarazadas (la situación de embarazo debe conocerla el empresario, art. 2, a, Directiva 92/85/CEE y STC 41/2002, o a trabajadores con permisos por lactancia o cuidado de familiares, el orden jurisdiccional de los social declarará el despido nulo salvo que lo estime procedente por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia referidos (arts. 55.5, a y b, LET y 108.2, a y b, LPL; los derechos de la embarazada y lactante se refuerzan en esta dirección con la STJCE 4-10-2001, asunto C-438-99, y la aplicación directa en España del art. 10 de la Directiva 92/1985).

Además de en el despido disciplinario (causa k del art. 49 LET), se regulan dos supuestos de nulidad referidos a otras dos concretas causas de extinción (cfr. 443 y 448): elusión de las normas (causas y procedimiento) sobre despido colectivo (art. 51.1 LET y 124 LPL); y la extinción por causas objetivas sin el cumplimiento de las formas de este supuesto (art. 53.4 LET). Las nulidades referidas se estudian al hilo de cada causa de extinción en concreto y, en verdad, significan unas cautelas del legislador, que si bien rompen la construcción unitaria de la nulidad del despido, evitan que, sin las causas y las formas requeridas, se llegue a los despidos colectivos o a los objetivos no colectivos que conllevan una indemnización menor (20 días de salario por año de servicio) que la del despido disciplinario (45 días de salario por año de servicio). En todo caso, el efecto de la nulidad es el mismo: readmisión del trabajador. Por último, las cuestiones relacionadas con la readmisión y con los salarios de tramitación en el despido nulo se posponen a su estudio inmediato en la ejecución de sentencia.

434. Impugnación de la sentencia y ejecución provisional del fallo.— Cualquiera de las partes, demandante (trabajador) o demandado (empresario), si la sentencia del Juzgado de lo Social no le concede cuanto ha pedido puede, en todo supuesto de despido (art. 189.1, a, LPL), impugnarla en suplicación ante la Sala de lo Social del correspondiente Tribunal Superior de Justicia.

El recurso de suplicación deberá anunciarlo primero e interponerlo después conforme a las reglas generales de los artículos 192 y siguientes LPL, incluida la obligación del empresario recurrente de constituir un depósito y consignar o afianzar la cantidad objeto de condena (en caso de despido, el importe de la indemnización a que tendría derecho el trabajador y los salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia de instancia). Deberá fundarse el

recurso en alguno (o en todos) los motivos de suplicación que recoge el artículo 191 LPL (nulidad de actuaciones, revisión de hechos probados y examen del derecho aplicado).

La novedad del sistema impugnatorio de la sentencia por despido no radica, sin embargo, tanto en el recurso de suplicación propiamente dicho, como en las garantías legales articuladas en torno a la ejecución provisional de la sentencia en los supuestos de declaración del despido nulo (en todo caso) o improcedente (sólo en algún caso) y mientras dure toda la tramitación del recurso de suplicación (eventualmente, del posterior recurso de casación para la unificación de doctrina), de acuerdo con los criterios legales que en adelante se exponen.

Si la sentencia del Juzgado de lo Social, impugnada en suplicación, declaró el despido improcedente y el empresario la recurre y el sentido de su previa opción fue la readmisión (arts. 56.2 LET y 110.1 LPL), deberá readmitir al trabajador y continuará éste prestando sus servicios y recibiendo el salario mientras dure la tramitación del recurso, «a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna» (art. 295.1 LPL); esto es, abonar la misma retribución que venía percibiendo el trabajador a cambio de los servicios de éste o sin tal prestación, según decida libremente el propio empresario.

Declarada la improcedencia del despido y realizada la opción por el empresario a favor de la readmisión, si el recurso lo sostiene el trabajador (discrepancias con la indemnización, o con la cuantía del salario, o, incluso, en la calificación del despido que se entiende nulo), deberá producirse, en los términos fijados en el artículo 295.1 LPL, la readmisión y abono (o sólo esto último) de la retribución. Idéntica solución arbitra la norma cuando en el despido declarado improcedente la opción corresponda legalmente al trabajador y éste haya elegido la readmisión (art. 295.3 LPL).

En ambos casos anteriores, al percibir el trabajador los salarios, se suspende la prestación por desempleo (arts. 295.4 LPL y 212, e, LGSS, redacción ambos de la Ley 45/2002). Al contrario, cuando la opción del empresario hubiera sido por la indemnización e interponga el recurso ya el propio empresario ya el trabajador, no procede la ejecución provisional de la sentencia, si bien durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario (arts. 209.4 LGSS, redacción de la Ley 45/2002 y 111.1, b, LPL).

Quando la sentencia declara el despido nulo y el empresario interpone recurso de suplicación, viene, en todo caso, obligado a la readmisión provisional del trabajador y al abono de la retribución (o sólo a ésta, art. 295.2 LPL).

La ejecución provisional es siempre a instancia de parte (art. 296 LPL) y si la sentencia favorable al trabajador fuera revocada, total o parcialmente, «éste no vendrá obligado, en su caso, al reintegro de los salarios percibidos durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen los devengados durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de la firmeza de la sentencia» (art. 298 LPL; sólo se devengan salarios si se ha optado legalmente por la readmisión o el despido es nulo). En suma, puede sostenerse que la ejecución provisional, en los términos legales, es una construcción autónoma que no se verá afectada por el resultado del recurso promovido contra el despido (SSTC 104/1994 y 191/2000 y STS 6-10-1995, A. 7201).

435. Ejecución definitiva de la sentencia.—Los artículos 276 a 284 LPL regulan las peculiaridades de la ejecución de las sentencias firmes de despido. De nuevo vuelve a ser relevante para seguir la sistemática legal no perder de vista los efectos de la calificación del despido.

A) En el despido declarado procedente, el contrato se declara extinguido y sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación (art. 55.7 LET)

B) Con relación al despido declarado improcedente en sentencia firme, tendrá entonces toda la relevancia la opción realizada por el empresario (o, caso excepcional, por el trabajador, art. 56.4 LET) en el plazo de cinco días desde que se dictó la sentencia que declaró la improcedencia del despido (independientemente de si contra la misma cabe o no algún recurso). Dos son los supuestos posibles:

1º) Declaración previa expresa optando por la indemnización. El trabajador, si el empresario no cumpliera voluntariamente su obligación, puede pedir la ejecución de la sentencia la que condena al pago de una cantidad. La cantidad objeto de condena, la indemnización fijada en la sentencia, deberá ser el resultado estricto de aplicar la fórmula legal de 45 días de salario por año de servicio (art. 56.1, a, LET, redacción del RDL 5/2002) o, en su caso, el producto de un pacto indemnizatorio (en cualquier caso, la cantidad objeto de la indemnización devenga un interés anual igual al interés legal del dinero, incrementado en dos puntos, desde la fecha de la sentencia de instancia hasta la que efectivamente la empresa abone dicha cantidad, art. 576 LEC y STS 7-2-1994, A.810).

2º) El empresario (o el trabajador legitimado) opta por la readmisión (a no opción en el plazo legal equivale a readmisión, art. 56.3 LET), la Sentencia firme deberá cumplirse en los términos de la opción, procediendo el empre-

sario a readmitir al trabajador y abonar los salarios de tramitación (art. 57 LET, redacción de la Ley 45/2002). Los salarios de tramitación están definidos, como se vio, en el artículo 57 LET: se computan desde la fecha del despido y se descuentan los percibidos en otro empleo; la deducción de lo percibido ha de realizarse tanto en el despido declarado improcedente como en el nulo (STS 19-5-1994, A. 4284). Los salarios de tramitación han de discutirse y cerrarse en el proceso por despido y declararse en la sentencia que le ponga fin (art. 56.1 LET, redacción de la Ley 45/2002).

Es en la ejecución de la condena a readmitir donde pueden producirse los incumplimientos más complicados y, de ahí la mayor intervención legislativa. Cuando la readmisión no se ha producido (o se ha producido de manera irregular) el trabajador podrá ejercer la acción ejecutiva y deberá hacerlo en unos plazos que, de agotarlos, causarán la prescripción de la acción para pedir la readmisión.

Producida la opción, si el empresario no comunica al trabajador el deber de reincorporarse en el plazo de diez días desde la firmeza de la sentencia, éste podrá, dentro del plazo de 20 días a contar de tal firmeza, pedir la ejecución de la readmisión.

Si se requirió al trabajador para su reincorporación y, o no se fijó fecha para efectuarla, o no se efectuó real o correctamente por la voluntad rebelde del empresario, aquél tiene 20 días (a contar ahora desde el término de los anteriores diez) para solicitar la ejecución; tendrá el trabajador también 20 días para ejercitar la ejecución cuando la readmisión tuvo lugar de manera irregular (a contar desde el momento de la readmisión defectuosa, arts. 276 a 277 LPL).

El juego de los anteriores preceptos permite al trabajador instar la ejecución dentro de ellos y siempre con derecho a los salarios de tramitación devengados. Sin embargo, hay un plazo de cierre, el de tres meses, para la ejecución de la readmisión, percibiendo salarios de tramitación sólo dentro del cómputo de los plazos anteriormente citados (art. 277.2 LPL).

Cuando no acaezca la readmisión o ésta sea defectuosa, a instancia del trabajador y dentro de los plazos señalados, puede ponerse en marcha ante el Juzgado de lo Social un incidente que terminará por auto judicial en el que, acreditada la no readmisión o su carácter irregular (no es readmisión defectuosa dejar de abonar los salarios de tramitación, STS 4-2-1995, A.3734), el Juez resuelva declarar extinguida la relación laboral y que se abone al trabajador la indemnización a la que tiene derecho por la extinción del contrato (45 días por año de servicio) más una indemnización adicional, ponderable por el Juez en razón a las circunstancias concurrentes, de hasta 15 días por año de

servicio con un máximo de 12 mensualidades; por último, tendrá el trabajador derecho a los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia hasta la del auto que resuelve el incidente (art. 279 LPL).

En el despido improcedente de un representante legal que opta por la readmisión, la sentencia será ejecutada en sus propios términos (art. 280.1, a, LPL; en este caso y en el despido nulo aparece tal trascendente garantía que es indisponible para las partes). Si, a pesar de esta admonición legal, el empresario no readmite o lo hace de forma irregular, el Juez, a instancia del trabajador, acordará un conjunto de medidas de singular dureza para asegurar la percepción puntual del salario en la cuantía declarada en la sentencia «con los incrementos que por vía convenio colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la fecha de la readmisión en debida forma». Y con el añadido de que el trabajador habrá de continuar en alta y cotizando en el sistema de Seguridad Social (art. 282 LPL). No tiene, exclusivamente en estos dos supuestos, el empresario ninguna posibilidad de sustituir la obligación de readmitir por el pago de una indemnización.

Sólo finaliza la obligación de abonar salarios cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa en cuyo caso el Juez, por auto, declarará extinguido el contrato de trabajo y el abono al trabajador de las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir (art. 284 LPL).

C) En la calificación judicial del despido queda aún por analizar el supuesto de declaración de nulidad. En tal caso, la Sentencia será ejecutada en sus propios términos (art. 280, 1, b, LPL) con las medidas antes expuestas de los artículos 281 y 282 LPL que conducen a una misma situación: imposibilidad en el despido nulo (como en el improcedente de un representante legal o sindical que ha optado por la readmisión) de sustituir la obligación de readmitir por el pago de una indemnización (solo hay un supuesto excepcional, el regulado en el art. 284 LPL citado).

CAPÍTULO XXVI

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO (2). OTRAS CAUSAS EXTINTIVAS. PACTOS INDEMNIZATORIOS

SUMARIO: I. Despido objetivo no colectivo.—II. Despido por fuerza mayor que imposibilite el trabajo.—III. Despido colectivo.—IV. Extinción por desistimiento del trabajador.—V. Extinción por resolución del trabajador fundada en incumplimiento del empresario.—VI. Pactos indemnizatorios. Bibliografía (capítulos XXV y XXVI).

I. Despido objetivo no colectivo

436. **Concepto y causas.**—Desde su introducción en el ordenamiento jurídico laboral por el RDL 17/1977, de 4 de marzo, hasta su actual configuración en los artículos 49.1, 1, 52 y 53 LET y 120 a 123 LPL, esta forma de expresión causal de la voluntad extintiva del empresario no ha dejado de recibir críticas y posiblemente la menor de ellas no sea el carácter asistemático de las causas que enumera el artículo 52 LET aún complicado con la reforma que, en el artículo 52 c LET, introdujo la Ley 11/1994 y que, en su misma línea, continúan la Ley 63/1997 y el RDL 5/2001.

Se trata de una decisión unilateral del empresario de poner fin al contrato de trabajo con fundamento en uno de los cinco supuestos del artículo 52 LET. Todos ellos tienen en común, al menos, tanto el carácter unilateral como su relación con elementos objetivos que se vinculan al funcionamiento de la empresa.

Las cinco causas objetivas no tienen nada que ver, en ninguno de los casos, con conductas incumplidoras del trabajador. De ahí que sea una forma de despido (en cuanto decisión del empresario), pero no disciplinario sino objetivo. Configura este supuesto extintivo despidos individuales, salvo dos de los supuestos que regulan despidos colectivos: uno, en número determinado que no puede sobrepasarse (art. 52, c, LET) y, otro, en el número que resulte de los afectados (art. 52, e, LET).

La decisión unilateral con fundamento en las causas objetivas está rodeada de un conjunto de formalidades que encauzan la decisión del empresario y hacen que la conozca así el trabajador. Las cinco causas son las siguientes: a) ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa; b) inadaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo; c) amortizaciones de puestos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y en número inferior al establecido en el artículo 51.1 LET (único supuesto colectivo en esta causa extintiva; para diferenciarlo del despido colectivo en sentido estricto, art. 51 LET, es conveniente, quizás, denominarlo despido plural); d) por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes y e) por insuficiencia de consignación presupuestaria.

437. La ineptitud del trabajador.—El artículo 52 a LET al definir la ineptitud que puede causar el despido objetivo del trabajador lo hace ciertamente con un carácter restrictivo o, incluso, residual. Se trata de una incapacidad sobrevenida para realizar el trabajo encomendado, no pudiéndose alegar la existente con anterioridad al periodo de prueba. Es, pues, la ineptitud objetiva una disminución del rendimiento que ha sobrevenido (originaria, si no hubo periodo de prueba) por circunstancias ajenas a la voluntad del trabajador.

La ineptitud, inimputable al trabajador, que requiere esta causa puede referirse no sólo a supuestos que darían lugar a grados de incapacidad permanente que representan un enorme deterioro físico o síquico (STSJ Canarias 9-7-1996, A. 2536) sino, incluso, a la situación que deriva de invalidez parcial (la total y la absoluta extinguen el contrato). También quedan incluidos los supuestos en que se pierda la habilitación legal para ejercer una función (con-

ductores, vigilantes jurados, por ejemplo), aunque no puedan subsumirse en esta causa los casos de imposibilidad legal de desarrollar un trabajo por incurrir en incompatibilidad (SSTS 30-11-1989, A.8288 y 2-5-1990, A. 3937).

438. La inadaptación del trabajador a las modificaciones técnicas.—Como claramente ha señalado la jurisprudencia (STS 15-7-1986, A. 4147), esta causa (art. 52 b LET) requiere tres ineludibles presupuestos: a) que se produzca en la empresa una modificación técnica; b) que ésta afecte al puesto de trabajo y c) que se produzca una falta de adaptación del trabajador a dichas modificaciones técnicas. Se trata de posibilitar, con alcance individual, la mejora técnica en la empresa, pero siempre que los cambios sean razonables y dando oportunidades al trabajador para que adapte sus conocimientos a la nueva tecnología.

Para que el empresario pueda utilizar la inadaptación como causa extintiva es necesario que hayan transcurrido dos meses desde que la empresa instauró la modificación técnica. Si la empresa ofrece un curso de reconversión o perfeccionamiento empresarial, el trabajador deberá seguirlo con suspensión del contrato hasta tres meses. Pasado el curso, comenzarán a computarse los dos meses de observación descritos anteriormente.

439. La amortización de uno o más puestos de trabajo en cuantía inferior al despido colectivo: el despido plural.—La tercera de las causas de despido objetivo reseñada en el artículo 52, c, LET se refiere a la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 LET y en número inferior al establecido en el mismo (la carga de la prueba de la utilidad o racionalidad en términos económicos, organizativos o productivos de la amortización del puesto o puestos de trabajo es del empresario, STSJ Castilla y León 8-2-1995, A. 549). Esta causa de despido objetivo pertenece, después de las reformas de 1994 (Ley 10/1994) y 1997 (Ley 63/1997), al género de los despidos colectivos, pero se individualiza a través de una triple consideración:

A) El número de trabajadores afectados ha de ser menor al establecido prolijamente en el artículo 51.1 LET (incluso, si el número es inferior a cinco es despido objetivo aunque suponga el cierre de la empresa, STS 25-11-1999, A. 8745; cfr 438). Se trata no sólo de una afección de menor entidad que la regulada en los denominados despidos colectivos sino que, además, ha de suponer tanto la extinción de los contratos como la amortización de unos determinados puestos de trabajo. Los trabajadores afectados tienen, pues, una doble consideración: en tanto que titulares de un contrato cuya extinción se

decide y en tanto que su prestación de trabajo (puesto de trabajo) desaparece (STS 22-2-1991, A. 862); sin embargo, no es necesario que los puestos a amortizar guarden relación directa con la situación económica, técnica, organizativa o de producción de la empresa; lo que se precisa es que tales amortizaciones ayuden a superar la mala situación (STSJ Cataluña, 14-7-1995, A. 3099; la selección de los trabajadores que deben ser despedidos corresponde al empresario, pero sin que medie fraude de Ley, abuso de derecho o móviles discriminatorios, STS 19-1-1998, A. 996).

B) Las causas son las establecidas en el artículo 51.1. LET; pero el legislador (con toda claridad en la nueva redacción del art. 52.c LET dada por el art. 3º Ley 63/1997) quiere establecer una proporcionalidad entre la causa y el número de afectados y da pautas interpretativas que permiten una consideración ponderada y escalonada en sus efectos de los citadas causas. Así, se estimará que las causas económicas guardan relación (sirven de fundamento) con las extinciones objetivas de contratos pretendidas si estas contribuyen a la superación de situaciones económicas negativas (situación económica quizás no irreversible, pero siempre grave, que es preciso superar para mantener la viabilidad empresarial y a tal superación ha de contribuir la amortización de puestos de trabajo, SSTS 14-6-1996, A. 5162 y 3-10-2000, A. 8660); las causas técnicas (alteración u obsolescencia de la tecnología empleada, STSJ Madrid 8-2-2000, A. 2378); organizativas (mejor ordenación de los recursos, STSJ Navarra 22-1-1999, A. 299); las de producción (transformar el ciclo o disminuir la oferta) son fundamento extintivo cuando la amortización de puestos contribuya a superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado, ya por exigencia de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos. En resumen, es la relación de proporcionalidad razonable entre el número de trabajadores cuyos contratos se extinguen (y cuyos puestos se amortizan) y las causas que se invocan y tal ponderación con un exclusivo fin: contribuir razonablemente a mejorar la situación y hacer viable el proyecto empresarial (en su conjunto o en el ámbito en el que se considere necesaria la amortización, STS 19-3-2002, A. 5212) en el que disminuye o va a disminuir el volumen de trabajo y las funciones encomendadas al trabajador desaparecen o pueden hacerlas otros (STS 29-5-2001, A. 5452).

C) La causa c del artículo 52 LET queda sometida a las propias formas de la extinción por causas objetivas y no, claramente, a la del despido colectivo. Así, por vía negativa, ha de señalarse que no precisa ni consulta de los representantes de los trabajadores ni autorización administrativa y está sometida al control de la Jurisdicción de lo Social.

La expresada identificación de la causa c del artículo 52 LET sirve ciertamente para darle vida propia, pero no por ello deja de formar parte de los denominados despidos colectivos por causa económica (todas las causas se reducen a un hecho obstativo de traducción económica), de dónde lo mejor será denominarlo despido plural por causa económica, a fin de distinguirlo del despido colectivo, pero, al tiempo, encuadrarlo en tal género, lo que desde la interpretación ponderada de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción es relevante; no será igual enfrentarse a tales causas en las vicisitudes modificativas (arts. 40 y 41 LET) o suspensivas (art. 47 LET) que en las extintivas y, dentro de ellas, diferenciando la de mayor número de trabajadores afectados (art. 51 LET) de las de menor afección (art. 52, c, LET). La naturaleza colectiva de esta causa c del artículo 52 LET queda, además, probada por ser la única, en la extinción objetiva, que ofrece tanto la garantía de prioridad de permanencia en la empresa a los representantes de los trabajadores como la obligación de dar copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento (arts. 52, c, segundo párrafo y 53.1, c, LET).

440. Las faltas de asistencia al trabajo aun justificadas.—Esta causa configura un instrumento de reacción del empresario contra las faltas al trabajo de un concreto trabajador, pero no sólo contra las injustificadas. La reacción frente a estas últimas es manifiesta al tratarse de un incumplimiento que, de ser grave y culpable, será causa de despido disciplinario. La dificultad radica en cómo regular la reacción contra un descenso de la asistencia al trabajo y para articularla el apartado d) del artículo 52 LET (redacción de la Ley 39/1999) toma dos decisiones: primera, excluir del cómputo de las faltas de asistencia, a efectos de esta causa de despido objetivo, todas las que se produzcan por huelga legal, por crédito de horas, por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o de enfermedad común o accidente no laboral si, en estos dos últimos supuestos, la baja dura más de 20 días; también se deducirán íntegramente las faltas que se produzcan por licencias, vacaciones, suspensión por riesgo durante el embarazo, partos o lactancias y descanso por maternidad.

Descontados del cómputo tal tipo de faltas, la norma toma otra decisión: establecer un máximo para la faltas (el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses) y, alcanzado por el trabajador, referir, además, su inasistencia a un concreto parámetro; el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo: sólo si éste supera el cinco por ciento en los referidos periodos de tiempo podrá ejercitarse sobre un determinado trabajador la causa objetiva de despido de faltas de asistencia al trabajo aun jus-

tificadas (si no se dan las condiciones del apartado d del art. 52 LET, el despido será improcedente, STS 29-1-2001, A. 2069).

441. Insuficiencia de consignación presupuestaria.—La Ley 12/2001 (antes el RDL 5/2001) añade una nueva letra al artículo 52 LET, la e, que configura la quinta de las causas de despido objetivo: en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias anuales, será causa de despido objetivo «la insuficiencia de la correspondiente consignación presupuestaria para el mantenimiento del puesto de trabajo de que se trate» (art. 52, e, LET). Esta constatación tenía ya alguna tradición a la hora de interpretar el artículo 15 LET con referencia a la duración de contrato de obra o servicio determinado y la debida consignación presupuestaria o subvención pública que respalde el proyecto o programa de actuación (SSTS 18 y 20-12-1998, A. de 1999, 307 y 387). Ahora, con una perspectiva más amplia y como una notable especialidad de las Administraciones Públicas y de las empresas que, total o parcialmente, de ellas dependan, se regula como causa de despido objetivo la siguiente realidad que tiene, por otra parte, su ineludible apoyo en normas y conceptos netamente presupuestarios.

Los presupuestos de las Administraciones Públicas contienen las obligaciones que pueden estas contraer. En efecto, es preciso, tanto para atender nuevas contrataciones como para hacer frente a los gastos de las ya formalizadas, la correspondiente dotación presupuestaria en el estado de gastos del presupuesto vigente (arts. 42, 43 y 60 de la Ley General Presupuestaria: los créditos consignados no son fuente de obligaciones, pero constituyen la autorización legislativa para hacerles frente, SSTC 63 y 146/1986). La aprobación de los presupuestos (Ley de Presupuestos en el Estado o Comunidad Autónoma; acuerdos plenarios de los Entes Locales) supone para todas las obligaciones —legales y contractuales— el requisito ineludible que posibilita su satisfacción. Si la consignación, en la que se funden determinados contratos de trabajo o, por extensión, la subvención que recibe una empresa privada y por ella contrata, desaparecen en la correspondiente aprobación del nuevo documento presupuestario o agotan su periodo temporal y el programa o plan público se queda sin esa cobertura, procederá la Administración Pública sujeto del contrato o la propia empresa subvencionada a poner en marcha el despido de todos los contratos de trabajo adscritos al plan o programa público por la causa objetiva de falta o insuficiencia de consignación presupuestaria (vinculación clara entre dotación presupuestaria y plan o programa, STS 19-1-1998, A. 996).

La afectación que configura este despido objetivo se refiere a un número de trabajadores inferior a la escala del artículo 51.1 LET; de ser igual o superior, deberá seguirse el procedimiento del despido colectivo (expediente de regulación de empleo, cfr 448). Por lo demás, esta causa queda igualmente sometida a las propias formas de la extinción por causas objetivas.

442. El acto del despido objetivo.—La decisión del empresario de proceder al despido del trabajador fundada en alguna de las descritas causas objetivas requiere de la observación de los siguientes requisitos (art. 53 LET):

a) Comunicación escrita al trabajador expresando los hechos que lo motivan, la explicación de la causa que sirve de soporte (por tanto, «en términos similares a los requeridos por el art. 55.1 LET», STS 10-3-1987, A. 1371, prologando un conocimiento claro y expreso que evite la incertidumbre, la indefensión, STSJ Asturias 19-4-1996, A. 1253).

b) Al entregar la comunicación de despido, el empresario debe poner a disposición del trabajador una indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades; es, sin duda, una evidente consecuencia del carácter inimputable de la causa: justamente por darse la causa se abona indemnización. A través de la negociación colectiva se podrán articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos, en el ámbito correspondiente (art. 85.2 LET, redacción dada por el RDL 8/1997).

c) Los efectos del despido deben posponerse en razón a un plazo de preaviso de treinta días, computados desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato. De la comunicación y del plazo de preaviso hay que dar copia a la representación de los trabajadores cuando la causa esgrimida sea la de amortización de puestos de trabajo. Durante el preaviso tendrá el trabajador, además, derecho a un permiso retribuido de seis horas semanales para buscar trabajo.

443. La revisión judicial del despido objetivo.—El trabajador que recibe la comunicación de despido por causas objetivas puede impugnarlo ante el Juzgado de lo Social competente y deberá tener siempre en cuenta dos elementales reglas: la primera, el plazo de caducidad es de veinte días que comienza a contar del siguiente a la fecha del fin del preaviso que es, exactamente, el momento en que se extingue el contrato (art. 53.3 LET y 121.1 LET); sin embargo, a opción del trabajador, podrá anticiparse el ejercicio de la acción a partir del momento en que se recibe la comunicación empresarial de preaviso; la segunda de las reglas hace referencia a que «la percepción por

el trabajador de la indemnización ofrecida por el empresario o el uso del permiso para buscar nuevo puesto de trabajo no enervan el ejercicio de la acción ni suponen conformidad con la decisión empresarial» (art. 121.2 LPL).

La demanda que se presente deberá contener, además de los requisitos generales, las menciones precisas para impugnar un despido disciplinario (arts. 120 y 104 LPL). Se deberá solicitar del Juez la improcedencia o la nulidad del despido objetivo acordado por el empresario. La modalidad procesal sigue las reglas del proceso por despido disciplinario y la sentencia deberá calificar el despido objetivo de procedente, improcedente o nulo.

En la declaración de procedencia (probada, pues, la causa objetiva alegada por el empresario), el trabajador «consolida», hace suya, la indemnización recibida (art. 53.5.a, LET) y eventualmente recibirá la diferencia que pudiera existir entre la aplicación del baremo legal de veinte días de salario por año de servicio y la indemnización efectivamente recibida (la diferencia ha de deberse sólo a error excusable en el cálculo de la indemnización, art. 122.3 LPL). En este caso tendrá también derecho, si no los hubiera recibido ya, a los salarios del tiempo de preaviso.

El despido objetivo será declarado improcedente cuando la causa esgrimida por el empresario no resulte probada en juicio (el Juez de lo Social ha de enjuiciar la medida empresarial, pero es facultad del empresario indicar qué puestos de trabajo han de amortizarse, STSJ Cataluña, 10-10-1995, A. 3982). Los efectos, las consecuencias de la declaración de improcedencia, serán exactamente los mismos que para el despido disciplinario, condenándose al empresario a la misma alternativa de indemnizar con 45 días por año de servicio o readmitir al trabajador con abono, además, de los salarios de tramitación (art. 123.2 LPL). Si opta por la readmisión, el trabajador habrá de devolver al empresario la indemnización entregada; si opta por abonar la indemnización objeto de condena (la del despido disciplinario), «el Juez acordará, en su caso, la compensación entre la indemnización percibida y la que fija la sentencia» (art. 123.4 LPL). Conviene recordar que si los efectos del despido objetivo improcedente son los mismos que el disciplinario así calificado, el trabajador tendrá la opción de elegir entre indemnización o readmisión cuando sea representante legal de los trabajadores o si así está convenido colectivamente (cfr 446).

El importe de la indemnización, caso de despido objetivo declarado improcedente, es menor que la del despido disciplinario (45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, art. 56.1 LET) sólo en un supuesto: cuando el empresario y trabajador hayan validamente suscrito un

contrato para el fomento de contratación indefinida, en cuyo caso la indemnización por despido objetivo improcedente será de treinta y tres días de salario por año de servicio, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (disposición adicional primera 4 RDL 8/1997; cfr 311)

La decisión extintiva será nula (art. 53.4 LET redacción de la Ley 39/1999) cuando el empresario: a) incumpla los requisitos del art. 53.1 LET, o sea, cuando la comunicación escrita no cumpla las formalidades legales, incluida la mención de la causa y cuando, simultáneamente a la carta, no se hubiera puesto a disposición del trabajador la indemnización correspondiente (STS 28-5-2001, A. 5445); b) cuando la decisión empresarial resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (arts. 53.1 LET y 122.2 LPL y SSTC 48/2002 y 49/2003) y c) finalmente, será nula la decisión empresarial cuando afecte a trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato por maternidad, por riesgo durante el embarazo, por adopción o acogimiento, por embarazo y por disfrute de permisos o reducciones horarias por lactancia o guarda de menores o familiares (art. 37.4 y 5 LET). La nulidad será declarada salvo que la sentencia califique la decisión empresarial de procedente por que en ella no ha intervenido motivo alguno relacionado con los supuestos referidos (arts. 53.4, segundo párrafo, LET y 122.2, segundo párrafo LPL, ambos en la redacción dada por la Ley 39/1999).

Las amortizaciones de puestos de trabajo, por tanto la causa c del artículo 52 LET, tienen una particular y exclusiva causa de nulidad regulada en el párrafo quinto del artículo 51.1 LET. Serán nulas las amortizaciones (despidos plurales) realizadas en fraude de ley. En efecto, si en períodos sucesivos de 90 días se realizan extinciones de contrato fundadas en la causa c del artículo 52 LET y sin que, en cada período, se constate la existencia de nuevas causas que justifiquen las nuevas extinciones, éstas se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto. En este fraude, obviamente, la norma de cobertura es el artículo 52, c, LET y la norma infringida el artículo 51.1 LET. Persigue la declaración de nulidad impedir al empresario que divida el número de trabajadores afectados en fracciones inferiores al umbral del despido colectivo (cfr 447) y, de este modo, aplicar el sistema extintivo del artículo 52, c, LET con la consecuencia de las menores garantías.

Se puntualizan las causas de nulidad con la expresa mención de no causalidad la falta de preaviso (o de permiso para buscar trabajo) o haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización (art. 122.2 LPL). Por otra parte, el empresario podrá corregir (si es corregible, claro) la irregularidad cometida, pero «no constituirá en ningún caso subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha»

(art. 53.4 LET). La condena de nulidad lleva aparejada para el empresario las mismas consecuencias que las señaladas para el despido disciplinario nulo (art. 123.2 LPL).

II. Despido por fuerza mayor que imposibilite el trabajo

444. La fuerza mayor extintiva.—La causa h del artículo 49 LET regula el supuesto de extinción del contrato «por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo». El artículo 51.12 LET añade a la consideración extintiva de la fuerza mayor sólo la necesidad de su constatación administrativa, construyendo para ello un expediente administrativo idéntico, salvo ligeras modificaciones, al necesario para los casos de extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Son dos los requisitos para esta causa de extinción: que exista fuerza mayor, como hecho que impida la continuidad del contrato, y que ésta sea constatada como tal por la autoridad laboral, previa la tramitación del oportuno expediente administrativo.

La LET en sus artículos 49.1.h, y 51.12 no define la fuerza mayor que deberá, así, responder a conceptos tomados de la teoría general de las obligaciones. Es tradicional (art. 76.5 de la derogada LCT) enumerar como fuerza mayor el incendio, la inundación, el terremoto, la explosión, las plagas del campo, la guerra, el tumulto o la sedición. Incluso y como argumento indiciario, el artículo 115.4 LGSS exonera de responsabilidad en materia de accidente de trabajo a los supuestos de «fuerza mayor extraña al trabajo». Con los anteriores datos y la prescripción del artículo 1.105 Código Civil de que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubiesen podido preverse o que, previstos, fueran inevitables, se está en condiciones de dar las notas que singularizan a la fuerza mayor extintiva del contrato de trabajo:

a) Debe de tratarse de sucesos extraños al ejercicio de la actividad de la empresa que se presenten de modo violento, repentino, insuperable. El carácter de imprevisible o inevitable es la nota característica, lo que, además, significa la existencia de un suceso que coloca al deudor de trabajo en una posición de imposibilidad, a él no imputable, de cumplir con su obligación.

La involuntariedad resulta elemento esencial para entender esta causa y sólo así puede incluirse en este apartado extintivo, además de los fenómenos de la naturaleza y las conmociones sociales, a la denominada fuerza mayor impropia (o *factum principis*) configurada como decisiones de los poderes

públicos que afectando, de forma imprevisible e inevitable, a una empresa, impiden la continuidad de la misma (ilegalización de una actividad; término o revocación de una concesión administrativa, expropiación forzosa; resolución unilateral de contratos por la Administración sin causa justificada; es dudosa, sin embargo, que pueda incluirse, por su intrínseca inevitabilidad, la declaración administrativa de ruina, STS 28-2-1991, A. 1609).

b) El suceso que configura la fuerza mayor debe traer como consecuencia la imposibilidad de continuar la prestación de trabajo y, además, que lo sea con carácter definitivo (si es temporal, no extingue sino que suspende el contrato, art. 45.1, i, LET; sin duda, la fuerza mayor puede afectar sólo a un centro de trabajo).

445. El expediente administrativo.—La constatación de la fuerza mayor es una actividad encomendada al órgano competente de la Administración y, para llevarla a efecto, debe instruir el correspondiente expediente administrativo (art. 17 RD 43/1996, de 19 de enero). Se trata de una actividad reglada de la Administración que tiene por consecuencia la declaración de extinción de los contratos: el empresario no puede por sí sólo valorar el suceso como fuerza mayor extintiva (ni suspensiva, por otra parte); precisa de la previa autorización administrativa y sin obtenerla, su decisión tendrá los efectos de un despido nulo (arts. 124 y 113 LPL).

El expediente, que se instruye a instancia del empresario (art. 51.12 LET y 18 RD 43/1996), guarda parecido con el necesario para extinguir los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con las siguientes particularidades: se trata de un expediente sumario que no requiere ni trámite de discusión y consulta con los representantes de los trabajadores, a quienes, sin embargo, deberá comunicarse su presentación y serán parte interesada en el expediente; no requiere más documentación que la indispensable para conocer la fuerza mayor; es un expediente de rápida tramitación, pues la resolución ha de dictarse, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días (arts. 51.12 LET y 19 RD 43/1996).

Si la resolución administrativa aprecia la existencia de fuerza mayor, el acto administrativo retrotraerá los efectos extintivos a la fecha del hecho causante de la fuerza mayor (arts. 51.12 LET y 19 RD 43/1996). La constatación habrá de ser expresa. El transcurso del plazo para resolver (los cinco días del art. 51.12 LET) constituye silencio positivo de la Administración; o sea, entender estimada la existencia de fuerza mayor sometida a constatación administrativa (arts. 43 y 44 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, según la redacción de la Ley 4/1999,

de 13 de enero). Contra la resolución expresa o tácita, cabe recurso de alzada que agota la vía administrativa (arts. 19 y 16 RD 43/1996) y abre la jurisdiccional del orden contencioso administrativo.

La decisión extintiva lleva aparejada indemnización consistente en veinte días de salario por año de servicio para cada trabajador afectado; la autoridad laboral podrá exonerar al empresario del pago o reducir la cuantía de las indemnizaciones; en tales supuestos, el Fondo de Garantía Salarial pagará toda la indemnización o la reducción acordada con los límites legales del artículo 33.2 LET, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario (art. 51.12 LET).

III. Despido colectivo

446. Situación de crisis y garantía de la viabilidad futura de la empresa: causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.— La causa i del artículo 49 LET recoge la posibilidad de extinguir los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se legitima así y se mantiene con rasgos propios la extinción colectiva de contratos nacida de la imposibilidad de continuar la actividad o de la necesidad de disminuir el número de trabajadores; este tipo de actuaciones del empresario precisa de autorización administrativa que se adoptará en el interior del denominado expediente de regulación de empleo (art. 51.2 LET).

Se caracterizan, sin duda, estos despidos colectivos por fundarse tanto en motivos «no inherentes a la persona de los trabajadores» (art. 1.ª de la Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1998) como en supuestos de imposibilidad económica de mantener toda o parte de una empresa; se precisa ajustar el número de trabajadores a los efectos derivados de las causas económicas o tecnológicas sobrevenidas. Son, pues, despidos colectivos con fundamento económico que afectarán a toda o parte de la plantilla de la empresa. La regulación del despido colectivo ha sido una de las más importantes aportaciones de la Ley 11/1994, de reforma del LET. En suma, lo que

La Directiva 98/59 (DOCE del 12-8-98) derogó a la que fue la primera Directiva europea de Derecho del Trabajo, la 75/129, de 17-2-1975, dictada para armonizar la regulación de despidos colectivos y luego modificada en algunos extremos por la Directiva 92/59/CE del Consejo, de 24-6-1992. Las reglas armonizadoras de la vigente Directiva son de carácter mínimo y la regulación española sobre despidos colectivos las cumple sobradamente. La Directiva establece una intervención mediadora de los poderes públicos frente al sistema de previa autorización administrativa para proceder a despidos colectivos que exige la legislación española.

ha hecho es transponer al derecho interno el concepto y causas del despido colectivo de la Directiva 75/129 y, luego, abrir, sobre un mismo soporte (el fundamento objetivo de base económica o técnica) dos sistemas: el despido colectivo del artículo 51 LET y el despido objetivo del apartado c del artículo 52 LET. Ambos se diferencian en el número de trabajadores afectados, en la ponderación de las causas en razón a la gravedad de la situación empresarial y en las garantías existentes en uno y otro supuesto: consulta a los representantes y autorización administrativa en el primero; mera decisión unilateral del empresario y posterior control jurisdiccional, en el segundo.

Las causas significan una onerosidad sobrevenida que no hace razonable continuar el proceso productivo o continuarlo con el mismo número de trabajadores y tienen, por lo demás, una evidente fundamentación económica. La adecuación necesaria de la plantilla puede venir de las consecuencias de un cambio tecnológico, organizativo o de producción que conlleva la disminución de puestos de trabajo por razones de organización y gestión de la empresa. La causa económica tiene que ver con la situación de pérdidas, de inviabilidad económica, en que esté situada la empresa. Ambos supuestos pueden tener una incidencia sobre la vida misma de la empresa o, más limitadamente, suponer un recorte en la actividad o en el número de trabajadores. La presencia (constatación) de estas causas y su prueba en el expediente es lo que convierte a este despido colectivo en causal. Son conceptos jurídicos indeterminados que adquieren sentido en este precepto en la medida que significan una imposibilidad de continuar con igual número de trabajadores. La imposibilidad se produce, sin embargo, de diferente manera: en la causa económica las extinciones contribuyen a superar una situación negativa de la empresa (amortiguar o acotar el alcance de la situación negativa de la empresa o evitar la prolongación de pérdidas e inviabilidad empresarial, STS 14-6-1996, A. 5162); en las causas técnicas, organizativas o de producción, los despidos han de servir para garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos (art. 51.1 LET). Sin entrar en un afán de individualizar los conceptos legales, lo cierto es que todos se refieren a circunstancias que, de no obtener remedio, amenazan la continuación, viable y competitiva, de la empresa. Cualquiera de las expresiones legales debe encerrar una realidad sobrevenida (económica o técnica) que haga imposible continuar con el mismo número de trabajadores o, caso contrario, la empresa dejará de existir o perderá la actual configuración financiera y productiva.

Quedan asimilados, por mandato legal y por obedecer intrínsecamente a las mismas razones, a esta causa extintiva los supuestos siguientes: venta total de la empresa con paralización de la actividad por no interesarle la

continuación al comprador (art. 51.11 LET); situación de quiebra en que los sindicatos deciden no continuar la actividad empresarial (art. 51.10 LET); cese de la actividad de la empresa en virtud de decisión judicial (art. 51.10 LET) y extinción de la personalidad jurídica del contratante cuando no existe sucesión de empresa (art. 49.1, g, LET).

447. El número de trabajadores afectados.—Las causas sobrevenidas de carácter económico o relacionadas con la viabilidad de la empresa son, sin duda, el soporte común del despido colectivo del artículo 51 LET y, de modo proporcionado, del despido objetivo del artículo 52 c LET. La diferencia de mayor o menor intensidad en la causa guarda relación con la decisión cualitativa: sólo ante un determinado número de trabajadores afectados podrá hablarse de despido colectivo; por debajo de ese número, de despido objetivo plural. El número va a decidir el funcionamiento de uno u otro sistema extintivo que tienen la misma causa (con interpretaciones ponderadas) y la misma indemnización y se diferencian en las garantías que el ordenamiento ofrece. De ahí la importancia de interpretar las normas que fijan el número de trabajadores del despido colectivo del artículo 51 LET y del artículo 1.1, del RD 43/1996, de 19 de enero; un número de trabajadores inferior a ese podrá ser objeto del otro tipo de despido colectivo de fundamento económico, el del artículo 52, c, LET.

El número de afectados que sirve de umbral a partir del cual ha de reputarse el despido como colectivo no sólo está estáticamente determinado sino que es también el resultado de aplicar un porcentaje y todo ello en un tiempo determinado: diez trabajadores en empresas de menos de cien; el diez por ciento en las empresas que ocupan entre cien y trescientos trabajadores; treinta trabajadores en las empresas de trescientos o más. Ese número habrá de ser contado en un período determinado de la vida de la empresa, en los últimos noventa días (art. 51.1 LET). Sea cual sea el número de trabajadores, será despido colectivo el de la totalidad de la plantilla de la empresa si es superior a cinco y supone la cesación total de la actividad empresarial. Como puede observarse, el referente legislativo es siempre y en todos los casos la unidad económica en su conjunto, la empresa, no un centro de trabajo determinado. Por otra parte, el término de comparación ha de ser siempre la totalidad de la plantilla, sin exclusión de los trabajadores temporales.

El legislador aún intenta acotar la determinación numérica y añade otro mandato complementario: para el cómputo del número se tendrá en cuenta asimismo cualesquiera otras extinciones producidas en el período citado de noventa días, por iniciativa del empresario en número al menos de cinco y en

virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, siempre que no sea la finalización por el cumplimiento del término de los contratos temporales (art. 51.1 LET; en verdad, y si se tiene estrictamente en cuenta los dos requisitos exigidos, iniciativa empresarial no amparada en motivos inherentes a la persona del trabajador, sólo va a quedar la extinción fundada en el art. 52, c, LET, los despidos plurales decididos por el empresario en los últimos noventa días; regla absolutamente lógica para no superar los umbrales del despido colectivo del art. 51 LET). Ante este precepto adquiere aún más sentido la construcción del párrafo quinto del art. 51.1 LET: las extinciones fraudulentas hechas por empresario que se ampare, en períodos sucesivos, en la causa c del artículo 52 LET sin razones que lo justifiquen (cfr 444).

448. El expediente de regulación de empleo.—El procedimiento administrativo del expediente de regulación de empleo tiene las siguientes fases: presentación del expediente ante la autoridad laboral, período de consultas, ordenación del procedimiento y resolución administrativa.

La iniciativa es del empresario (en el supuesto excepcional de perjuicios de imposible o difícil reparación que nazcan de la no iniciación del expediente, estarán legitimados los representantes de los trabajadores, art. 51.9 LET y arts. 3, 4 y 7 del RD 43/1996) y consiste en una solicitud que aquél debe de dirigir a la autoridad laboral, acompañada de toda la documentación precisa para probar las causas que motivan el expediente y la justificación de las medidas a adoptar y acreditar que simultáneamente ha abierto, dándoles traslado de la misma documentación, un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores. En las empresas de cincuenta o más trabajadores hay que adjuntar, además, un plan de viabilidad del proyecto empresarial (art. 51.1 y 4 LET y 6 RD 43/1996). Entre los documentos que han de remitirse a la autoridad laboral debe acompañarse la solicitud y, en su caso, el informe a que se refiere el artículo 64.1.4º, a) y b) LET. De igual forma, toda las obligaciones de información y documentación se aplicarán con independencia de que la decisión haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza el control sobre él (art. 51.14 LET).

La autoridad administrativa es el Ministerio de Trabajo (Dirección Provincial, para empresas radicadas en la provincia, de menos de quinientos trabajadores y que la extinción no alcance a más de doscientos; la Dirección General de Empleo para los restantes supuestos y, en cualquier caso, puede recabar para sí la competencia para el conocimiento y resolución de cualquier expediente de regulación de empleo) o el servicio administrativo que corresponda dentro de la Administración de la Comunidad Autónoma, si tiene transferida esta competencia (art. 2 RD 43/1996).

La solicitud ante la autoridad laboral tiene por objeto directo abrir un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores (unitarios, art. 64.1.4, a, LET; y delegados sindicales, art. 10.3.3 LOLS). El plazo de duración de este periodo no será inferior a treinta días o a quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. Los efectos de la comunicación son diversos, según el destinatario: los representantes legales tienen el deber de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo y la Administración instruir un expediente.

La autoridad laboral, por su parte, realizará un conjunto de actividades para incorporarlas al expediente: a) comunicará la instrucción del expediente a la Entidad Gestora encargada de la prestación por desempleo; b) recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo sobre las causas motivadoras del expediente y, claramente, sobre los presupuestos del propio despido colectivo, número de trabajadores afectados, periodo de tiempo en que se ejecuta y situación de la empresa en relación con la Seguridad Social; c) podrá, a su juicio, solicitar cualesquiera otros informes que resulten necesarios para, en su caso, resolver. Todos los informes deberán ser emitidos en el plazo de diez días y mientras, paralelamente, se desarrolla el periodo de consultas (art. 9 RD 43/1996).

El periodo de consultas, de duración no inferior a treinta días naturales o a quince en empresas de menos de cincuenta trabajadores (art. 8 RD 43/1996), tiene por objeto analizar las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus consecuencias así como para atenuar sus efectos sobre los trabajadores y posibilitar la viabilidad de la empresa. Las consultas pueden desembocar en acuerdo o en desacuerdo y cada supuesto tiene su peculiar tratamiento legal (arts. 51.4 LET y 8 RD 43/1996).

El empresario y los representantes de los trabajadores pueden llegar a un acuerdo que, para reputarlo válido, ha de tener la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa o de los delegados de personal; en su caso, para que el acuerdo sea eficaz con representaciones sindicales es preciso que éstas, en su conjunto, representen a la mayoría en los órganos unitarios. Idéntico tratamiento que un acuerdo tiene el laudo arbitral que se emita conforme a lo regulado en el convenio colectivo de aplicación como forma de solución de una eventual regulación de empleo (art. 85.1 LET). La avenencia o el laudo será comunicado por las partes a la autoridad laboral, la que habrá de convalidar, en el plazo de quince días, lo acordado si hay silencio administrativo éste será positivo, arts. 43 y 44 Ley 30/1992, según redacción Ley 4/1999 y 11 RD 43/1996). La autoridad laboral puede, por su parte, apreciar en el acuerdo (o en el laudo, evidentemente) dolo, frau-

de, coacción o abuso de derecho; en tal caso, lo remitirá, con suspensión del plazo para dictar resolución, al órgano de la jurisdicción de lo Social competente a efectos de su posible declaración de nulidad (de igual manera actuará si estima que el acuerdo busca prestaciones indebidas de la Seguridad Social, arts. 51.5 LET y 11.1 RD 43/1996 y STS 15-7-1994, A. 7157).

En caso de desacuerdo, la autoridad laboral resolverá en quince días naturales (de fecha a fecha, por tanto) desde la comunicación a la autoridad laboral de la conclusión sin acuerdo del periodo de consultas (el silencio administrativo es positivo, arts. 51.6 LET y 12 RD 43/1996 y arts. 43 y 44 Ley 30/1992, redacción Ley 4/1999). No hay, ciertamente, actividad discrecional de la Administración (no es igualmente legítimo acordar las extinciones que rechazarlas); la resolución administrativa descansa sobre la necesaria interpretación de conceptos jurídicos indeterminados que hacen referencia tanto a la existencia de las causas (económicas, técnicas, de organización o de producción) como a que el número de trabajadores afectados es el adecuado (deberá entonces constatar si con tales extinciones es o no viable la empresa). En todo caso, la decisión administrativa ha de ser motivada y congruente con la solicitud empresarial (arts. 51.6 LET y 89.2 Ley 30/1992). Por otra parte, si la solicitud presentada no reuniera los requisitos fijados en el artículo 6 del RD 43/1996, la autoridad laboral requerirá al peticionario para que subsane los defectos observados; de no hacerlo, la resolución que se dicte declarará la improcedencia de la solicitud (art. 13 RD 43/1996).

Durante la tramitación, el empresario está en una particular posición que le obliga, si la extinción afecta a más de la mitad de la plantilla, a dar cuenta de la venta de bienes de la empresa (no los referidos al tráfico normal de la misma) a los representantes de los trabajadores y a la propia autoridad laboral. Incluso si ésta aprecia que el empresario está tomando medidas que pudieran hacer ineficaz cualquier pronunciamiento, podrá recabar del empresario y de las autoridades competentes la inmediata paralización de las mismas (art. 51.3 LET).

La resolución administrativa, al comprobar la existencia de la causa económica, técnica, organizativa o de producción y la viabilidad del plan, autorizará al empresario para extinguir los contratos. Compete entonces al empresario hacer uso de tal autorización y extinguir los contratos de trabajo (tiene el empresario, desde luego, la facultad de no ejercitar -renunciar- el acuerdo alcanzado o la autorización administrativa obtenida). Toda vez que la extinción ha podido referirse sólo a una parte de los trabajadores es de enorme importancia destacar que no hay un orden para la previa selección de los afectados incorporados a la resolución administrativa, salvo la prioridad en la

permanencia, sobre los trabajadores de la misma categoría o grupo profesional, que tienen los representantes legales de los trabajadores (art. 51.7 LET; en determinados supuestos tal garantía se integra en el derecho de libertad sindical, STC 191/1996).

Los trabajadores afectados tienen derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio hasta un máximo de doce mensualidades (art. 51.8 LET; el importe de las indemnizaciones es derecho necesario, STS 28-10-1996, A. 7799; si existiera una previa discriminación salarial, también la indemnización sería discriminatoria, STC 183/2000); la cantidad resultante constituye un mínimo legal e indisponible para los representantes legales de los trabajadores, quienes no podrán pactar por debajo de la cuantía resultante de aplicar la fórmula legal (STSJ Castilla y León, 8-3-1993, A. 1205; aunque sí pueden aumentarla, art. 14.1 RD 43/1996).

Los cálculos indemnizatorios y su monto total deberán venir, sin duda, incluidos en la resolución administrativa y el empresario, simultáneamente a la adopción de la decisión extintiva autorizada, abonará a los trabajadores la indemnización fijada (art. 14 RD 43/1996; sólo pueden reclamarse las indemnizaciones cuando la resolución es firme, STSJ Cataluña, 7-4-1994, A. 1453). En caso de empresas de menos de veinticinco trabajadores el FOGASA abonará el cuarenta por cien de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores (art. 33.8 LET), «aunque la indemnización pactada y abonada supere el mínimo legalmente exigido» (STS 27-6-1992, A. 4684; sin duda, el empresario, de la cuantía total a abonar ya la legal ya la pactada, deducirá el cuarenta por cien que corresponde pagar al FOGASA).

La decisión extintiva es producto de dos conductas: una, de la Administración que otorga la autorización legal y, otra, del empresario, extinguendo los contratos con fundamento en tal autorización. La resolución de la Administración puede ser recurrida en vía administrativa y luego en vía jurisdiccional contencioso administrativa (art. 16 RD 43/1996). Podrá allí discutirse el contenido formal del expediente y la base material de la resolución, la existencia o no de la causa económica, técnica u organizativa. Si la autorización fuera revocada, ya por resolución del recurso ya por sentencia, los trabajadores afectados por la ejecución empresarial del acto administrativo autorizador de la extinción, no tendrán derecho a percibir los salarios correspondientes al tiempo transcurrido entre la extinción y la decisión, administrativa o judicial, anulatoria (STS 13-12-1990, A. 9783). Será revisable ante la Jurisdicción Social el cálculo de la indemnización fijada para cada trabajador y también cualquier discrepancia que surja acerca del abono de dicha indemnización por el empresario (STS 13-1-1999, A. 808).

En otro caso, al tomar el empresario la decisión extintiva sin previa autorización administrativa, el cauce de impugnación será el de la Jurisdicción de lo Social (art. 124 LPL); si se pretende impugnar el contenido del acuerdo (o del laudo regulado en el art. 85.1 LET) entre empresario y los representantes de los trabajadores también será competente el Juzgado de lo Social.

Los despidos colectivos serán declarados nulos si falta la previa autorización administrativa (art. 124 LPL) ya por no haberse solicitado ya por haber sido desestimada la petición empresarial (incluso en el caso de anulación administrativa o judicial de la resolución de la autoridad laboral, STS 15-6-1992, A. 4577). La sentencia condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario nulo (art. 123.2 LPL, *cf* 433).

Las garantías con las que el derecho español rodea los despidos colectivos son muy parecidas a las que preceptúa la Directiva CE 75/129, de 17 febrero 1975 (modificada por la Directiva 92/56, de 24 de junio de 1992, DOCE DEL 26-8). La comunicación escrita con la más amplia información que pone en marcha el período de consultas con los representantes legales y el deber de notificar tal comunicación a la autoridad laboral, son requisitos comunes a la Directiva y al artículo 51 LET (STJCE 8-7-1994, asunto 383/1992).

La divergencia sustancial entre el derecho interno español y la Directiva radica en el papel de la Administración pública: la LET configura la autorización administrativa como un requisito de validez de los despidos colectivos; la Directiva regula una intervención de la Administración tendente a buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos, pero, de ninguna forma, exige el sometimiento de estos a la resolución administrativa (exactamente, «la Directiva no afecta la libertad empresarial de efectuar o no un despido colectivo», STJCE 12-2-1985). La Directiva que tiene por destinatario a los Estados miembros (art. 8) se presenta como un abanico de obligaciones mínimas (notificación escrita del empresario, audiencia sindical e intervención administrativa de conocimiento), pero aquéllos pueden introducir disposiciones más favorables para los trabajadores (art. 5): el control administrativo del derecho español (añadido al judicial en todo caso) supone una posición más favorable para los trabajadores, sin contravenir por ello los mandatos de la Directiva.

IV. Extinción por desistimiento del trabajador

449. **La dimisión del trabajador.**—El artículo 49.1, d, LET enumera como causa de extinción del contrato la «dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalan los convenios colectivos o la costumbre del

lugar». Recoge esta causa la libre manifestación del trabajador como supuesto extintivo, lo que significa una muestra más de la especialidad del contrato de trabajo dentro de la teoría general de la contratación: es posible que la relación contractual quede finalizada por la exclusiva voluntad del trabajador. Se protege así la libertad del trabajador de quedar o no sujeto a un trabajo (recuérdese la nulidad del arrendamiento hecho por toda la vida, art. 1583 Código Civil).

La expresión de la libre voluntad (art. 1.1. LET), ha de ser de tal naturaleza que «se deduzca la espontánea y unilateral decisión de poner fin a la relación concertada, requiriendo una actuación del trabajador que de manera expresa o tácita demuestra el deliberado propósito de dar por terminado el contrato de trabajo» (SSTS 2-7-1985, A. 3661 y 2-1-1990, A. 115); no es dimisión extintiva sino incumplimiento sancionable retrasar la incorporación al trabajo luego del alta médica (STS 29-3-2001, A. 3410); tampoco lo es la de un trabajador despedido y con demanda presentada que desoye los requerimientos del empresario que se retracta y lo readmite, (STS 1-7-1996, A. 5628).

La voluntad de abandono ha de constar en actos u omisiones costáneos, anteriores y posteriores a su manifestación (STS 13-4-1987, A. 2415) y que no esté afectado el consentimiento por vicios que lo invaliden (STS 1-7-1988, A. 6111). La dimisión opera en cualquier tipo de contrato y sólo puede ser restringida por actos válidamente concertados del tenor de los que prevé el artículo 21.4 LET (pacto de permanencia derivado de especialización profesional pagada por el empresario).

La dimisión, si bien no precisa una determinada forma, necesita, para figurarse como causa de extinción, que produzca el efecto querido y ninguna consecuencia patrimonial para el trabajador, del preaviso recepticio (irrevocable, desde que se recibe, sin el concurso de la voluntad del empresario, STS 26-2-1990, A. 1234 y STSJ Cataluña 4-7-1996, A. 2902) «que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar». A falta de pacto convencional o de costumbre laboral no hay norma supletoria que aplicar y debe entenderse que no existe la obligación de preavisar.

Al contrario, si el trabajador extingue por su libre voluntad el contrato de trabajo sin mediar preaviso, abandonando bruscamente el trabajo (con o sin manifestación expresa), el empresario tiene derecho a reclamar una indemnización, derivada del incumplimiento, que comprende los perjuicios causados (STS 18-5-1987, A. 3727 y STSJ Valencia 28-11-2000, A. 1012); salvo pacto válido en contra, esa indemnización no será superior al plazo, convencional o acostumbrado, de preaviso que el empresario puede descontar de la liquidación de salarios devengados y no percibidos.

En cualquier caso, la cláusula de preaviso puede añadirse válidamente al contrato de trabajo y obligará tanto al trabajador como al empresario (preaviso unido, por tanto, a cualquier causa extintiva salvo, por definición, al mutuo acuerdo o al despido disciplinario procedente) y deberá ser cumplida en sus estrictos términos (STS 12-3-1991, A. 1847, abono del preaviso añadido a la indemnización por despido improcedente).

V. Extinción por resolución del trabajador fundada en incumplimiento del empresario.

450. Las causas o incumplimientos empresariales.—La causa j del artículo 49 LET dispone que el contrato se extinguirá por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario. Será el artículo 50 LET el que desarrolle esta razón extintiva enumerando las causas justas que configuran el incumplimiento del empresario y fijando los efectos de tal conducta empresarial.

La regulación normativa articula una facultad del trabajador de reaccionar frente a conductas empresariales que hacen insoportable o incluso ilusoria la prestación del trabajo. Este supuesto de extinción evita, por un lado, que, por vía indirecta se fuerce al trabajador a abandonar el trabajo (STS 14-10-1982, A. 6167) y, por otro, que se canalice la opción del trabajador para elegir entre la resolución del contrato o la exigencia de su cumplimiento (art. 1.124 C. Civil). De ahí que la resolución no pueda fundarse más que en comportamientos singularmente graves que, en verdad, impidan la continuidad del contrato.

La resolución causal está reservada para «aquellos supuestos en que la defensa de los intereses del trabajador no pueda realizarse o no es razonable exigir que se realice, por la vía de otras acciones o medios de defensa» (STS 16-1-1991, A. 52). En cualquier caso, se exige inexcusablemente que el trabajador pida la resolución al Juzgado de lo Social, manteniéndose vivo el contrato de trabajo, hasta tanto se produzca la sentencia, (art. 50.1 LET y STS 18-9-1989, A. 6455) y, por tanto, la obligación del trabajador de trabajar y la del empresario de abonar el salario. En casos extremos con «riesgo físico o moral» del trabajador, éste podrá suspender la relación laboral (STS 7-11-1989, A. 8019) hasta tanto el Juez resuelva.

El fundamento de la petición resolutoria del trabajador ha de ser un incumplimiento contractual del empresario que, en primer lugar, ha de ser grave y culpable, «o sea imputable al empresario a título de dolo o culpa»

(STS 15-3-1991, A. 1861) e incluido en alguna de las causas específicas del artículo 50 LET²:

a) Modificación sustancial en las condiciones de trabajo que redunde en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad del trabajador (que suponga no una mera contrariedad en el proyecto profesional sino una lesión grave, STS 16-1-1991, A. 52; lo es cambiar al trabajador de zona de venta con perjuicios económicos, STS 9-4-1992, A. 2125; no lo es cuando la modificación sustancial queda incluida dentro del *ius variandi* empresarial, STS 26-12-1990, A. 9840; tampoco lo es si la modificación ha sido pactada individual o colectivamente, STS 22-3-1991, A. 1891). Esta causa comprende cualquier deterioro grave del prestigio personal, laboral, o económico del trabajador (STS 29-1-1990, A. 8957). Se requiere, pues, un doble requisito: que la empresa introduzca unilateralmente una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (justificada, se entiende) y, en segundo lugar, que la modificación redunde en perjuicio de la formación profesional o de la dignidad del trabajador que debe, sin duda, probarlas (SSTS 8-2-1993, A. 749 y 18-3-1996, A. 2082).

b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado («bastando el impago de una parte del mismo», STS 3-4-1992, A. 2103); es preciso que el impago de los salarios no sea un mero retraso esporádico, sino un comportamiento continuado y persistente, de entidad suficiente (SSTS 25-9-1995, A. 6892 y 13-7 y 28-9-1998, A. 5711 y 8553), aun no culpable e indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa (SSTS 24-3-1992, A. 1870 y 24-12-1994, A. 10522). La falta de pago o el retraso carecen de relevancia resolutoria cuando la deuda es objeto de controversia, «bien lo sea por su realidad bien lo sea por su cuantía» (STS 6-5-1991, A. 4169). Resulta evidente que el trabajador mantiene, además, la acción para el cobro de los salarios insatisfechos (STS 3-11-1988, A. 8514). No se incluye en esta causa y sí en la siguiente, el adeudo por el empresario de prestaciones por incapacidad temporal, tanto las correspondientes a pago delegado como a las mejoras voluntarias pactadas (STS 2-11-1996, A. 8187).

² Si el juez aprecia la existencia de alguna de las causas, acordará la extinción del contrato y «el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente» (art. 50.2 LET). Tales «indemnizaciones» son, exactamente, la regulada en el apartado a) del art. 56.1 LET (cuarenta y cinco días de salario por año de servicio). Lo que resulta imposible (a pesar del plural «indemnizaciones») es recibir por la extinción del contrato más de una indemnización (STS 7-5-1985, A. 2671 y STSJ Cataluña 16-5-1996, A. 1653).

c) En el inciso final de la causa c del artículo 50 LET se incorporó, por la reforma efectuada por la Ley 11/1994, un nuevo incumplimiento: la negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 LET (movilidad geográfica) y 41 LET (modificación sustancial de las condiciones de trabajo), cuando una sentencia judicial haya declarado la alteración sufrida, en el lugar o en las condiciones de trabajo, injustificada (sin duda, no nulas en cuyo caso no producirán efectos, art. 41.3 LET, salvo que el trabajador opte por la indemnización, art. 138.7 LPL). Se trata de constituir legalmente un supuesto de incumplimiento empresarial que se produce en la ejecución de una sentencia. Sirve para que el trabajador que ha obtenido la resolución favorable pueda pedir al juez la extinción de su contrato. Justamente porque todo el artículo 50 LET está montado sobre la decisión voluntaria del trabajador de pedir la extinción o el cumplimiento, esta causa no tiene porqué ser una excepción.

El artículo 138.6 LPL dispone que cuando el empresario no procediera a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciera de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo y la extinción del contrato por la causa regulada en el artículo 50.1, c, LET, conforme a lo establecido en los artículos 277, 278 y 279 LPL (incidente procesal en la ejecución definitiva de la sentencia por despido). De ahí que el trabajador pueda solicitar la ejecución del fallo y, al tiempo, la extinción del contrato por la causa c del art. 50.1 LET.

Si la sentencia declaró nula la medida empresarial será el trabajador el que opte por la ejecución en sus propios términos (y pedirá al Juez que tome las medidas del art. 282 LPL) o pedirá la extinción indemnizada del contrato como si se tratara de la causa c del artículo 50.1 LET.

d) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor (art. 50.1, c, LET). Se configura en esta última causa un tipo abierto capaz de incluir cualquier modalidad de incumplimiento empresarial (STS, 21-3-1990, A. 2208, por asignar trabajos de inferior categoría; «la no ocupación efectiva del trabajador no fijándole servicios o actividad alguna», STSJ Andalucía 27-4-1993, A. 1695 y *cf* 319). Se incluye en esta causa conductas empresariales referidas a no dar trabajo y no pagar salarios una vez que ha cesado el motivo de suspensión del contrato de trabajo (para un supuesto de revocación de invalidez total, STS 8-11-1993, A- 8559).

e) Extramuros de la LET, la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información,

articula un procedimiento de resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador fundado en determinados comportamientos de la empresa de comunicación. En efecto, el profesional de la comunicación tiene derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa de comunicación, en los dos siguientes supuestos: 1) cuando en el medio de comunicación se produzca un cambio sustancial de orientación informativo o línea ideológica (véase la relación entre línea ideológica y puesto de trabajo, ya referido a los que con textos construyen la información como a los que lo hacen con imágenes, en STC 199/1999) y 2) cuando el empresario traslade al profesional a otro medio del grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador. En ambos casos el trabajador tendrá derecho a ser indemnizado en lo que se haya pactado o, en su defecto, en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio (artículo 2 LOCCI, cfr 56.

451. Aspectos procesales.—El trabajador podrá ejercitar la acción de resolución del contrato por las causas reseñadas en el artículo 50 LET en el plazo genérico de prescripción de un año fijado por el artículo 59.1 LET (STS 22-12-1988, A. 9897; en cualquier caso, cuando se roce la frontera del despido con una conducta indubitada del empresario de finalizar la actividad laboral, cierre de locales, por ejemplo, el plazo será de caducidad y de veinte días). Cuando la extinción causal del trabajador se fundamenta en el incumplimiento empresarial a reintegrar al trabajador en las condiciones de trabajo alteradas ya por modificación sustancial (art. 41 LET) ya por traslado o desplazamiento (art. 40 LET), ambas injustificadas, el plazo inicial para reclamar contra aquellas alteraciones será de veinte días y de caducidad (art. 59.4 LET y STSJ Valencia 24-9-1996, A. 2879)

La sentencia que da lugar a la resolución causal del contrato por incumplimiento del empresario condenará a éste al abono de una indemnización igual que de si un despido improcedente se tratara (art. 50.2 LET); o sea, cuarenta y cinco días de salario por año de servicio. El salario regulador será el que corresponda realmente al trabajador en el momento de acordar la extinción (STS 25-2-1993, A. 1441).

Resulta patente que, por razón de la autonomía de las causas extintivas, es posible al tiempo que el trabajador demanda la resolución por incumplimiento del empresario, éste proceda al despido del trabajador por incumplimiento grave y culpable. Ambas causas son incompatibles y hay que resolver antes un incumplimiento y luego otro y deberá ser primero el que primero se plantea (STS 4-2-1986, A. 703), pero el artículo 32 LPL ha resuelto que cuando el trabajador formula demandas con fundamento en el art. 50 LET y por des-

pido, la que se promueva en segundo lugar se acumulará a la primera. «A estos efectos, el trabajador deberá hacer constar en la segunda demanda la pendencia del primer proceso y el Juzgado que conoce del asunto» (art. 32 LPL; obsérvese que éste es el único supuesto posible de acumulación en demandas por despido, art. 27.2 LPL).

El Juez, al dictar sentencia, deberá resolver sobre las demandas acumuladas y de ahí que pueda declarar inexistentes ambas causas extintivas (o sea, no resolución por incumplimiento y despido improcedente o nulo con los efectos que conlleva); existente una de ellas (si la resolución causal, extinción con indemnización para el trabajador; si despido procedente, extinción sin indemnización); existentes ambas causas: extinción por incumplimiento del empresario y extinción por despido disciplinario procedente, declarando, entonces, que los efectos extintivos tendrán lugar a partir de la fecha del despido. Resulta, pues, una conducta prudente reclamar contra el despido aunque este lo haya ejercitado el empresario después de que el trabajador formule demanda solicitando la extinción por incumplimiento (STS 22-5-2000, A. 4623; sobre las consecuencias de una demanda por despido que no menciona otra anterior del propio trabajador con fundamento en el art. 50 LET, véase STC 63/1999).

VI. Pactos indemnizatorios

452. Extinción e indemnización: objeto, fijación e irrenunciabilidad de las indemnizaciones.—Las indemnizaciones configuradas en la LET, aún las aunadas a conductas incumplidoras del empresario, no tienen por objeto resarcir la pérdida del trabajo; o dicho de mejor manera, no tienen el carácter de «*restitutio in integrum*» del daño causado propio de todos las indemnizaciones de daños y perjuicios (SSTS 20-9 y 23-10-1990, A. 7031 y 7709). Se trata de una decisión de política social y económica (STC 6/1984) que el legislador adopta teniendo como punto de referencia un dato objetivo: las consecuencias de la imposibilidad de la prestación de trabajo. Sólo se rompe esta posibilidad de dar indemnización, en resarcimiento del puesto de trabajo perdido, en el supuesto del despido declarado nulo donde lo que hay que restablecer es el trabajo perdido.

La fijación legal de las indemnizaciones significa que la Ley ha establecido un régimen específico de indemnizaciones tasadas y sin posibilidad alguna de que el juez pueda valorar en cada caso los daños y perjuicios, sin fijar, por consiguiente, ni superior ni inferior cantidad que la establecida rígida-

mente por la Ley (SSTS 23-10-1990, A. 7709, 28-10-1996, A. 7799 y 3-4-1997, A. 3047).

El sistema de baremo implantado por la LET gira en torno al paradigma del despido disciplinario declarado improcedente (art. 56.1.a. LET, 45 días de salario por año de servicio). Esta concreta técnica se aplica también a la extinción instada por el trabajador y fundada en un incumplimiento contractual grave del empresario (arts. 49.1.j, y 50 LET).

Se aplica el mismo sistema, pero se modifica alguno de sus componentes (días de salario o alcance del monto total), en la extinción por despido colectivo, por causas objetivas o, a opción del trabajador, por traslado (20 días por año de servicio y máximo de doce mensualidades, arts. 51.8; 53.1, b y 40.1 LET) y en la extinción por modificación sustancial perjudicial para el trabajador (20 días por año de servicio, pero con un máximo de nueve meses, art. 41.3 LET).

Se trata, en todos los casos, de un cálculo automático de salario por antigüedad y son estos dos términos los que han sido objeto de estudio exhaustivo por la jurisprudencia: la antigüedad como elemento de cálculo para hallar la indemnización, es un concepto temporal que se reduce a concretar el número de años de servicio, el tiempo de servicios realmente prestados aún para empresarios anteriores subrogados STS 30-6-1997, A. 4950 y 16-3-1999, A. 2995) y que sirve para configurar el factor multiplicador establecido por la Ley (puede existir reconocimiento de la antigüedad a los solos efectos retributivos sin repercusión en el cálculo de las indemnizaciones, STS 5-2-2001, A. 2144; en cambio, repercute si la antigüedad se reconoce «a todos los efectos», STS 15-2-1990, A. 1094). La expresión «año de servicio» ha de ser entendida como el cómputo temporal que va desde el día del ingreso en la empresa hasta el día del despido, no hasta el de la sentencia que declara improcedente el despido (STS 17-2-1986, A. 772; caso de sucesión de contratos temporales, la antigüedad se computa desde la primera contratación: STS 18-9-2001, A. 8446). Años de servicio comprende todo periodo en el que realmente se ha prestado servicios; la jurisprudencia excluye del concepto «años de servicio», el tiempo transcurrido en excedencia forzosa (STS 30-6-1997, A. 4950) o en calidad de alto cargo (STS 28-6-2002, A. 9083).

Respecto al salario habrá que señalar que el regulador en las indemnizaciones «es el que debe corresponder al trabajador al tiempo de la extinción y no el que realmente percibía» (SSTS 25-2 y 14-4-1993, A. 1441 y 2922; sin embargo no pueden servir de base las modificaciones salariales acordadas después del despido, durante la tramitación del proceso, STS 7-12-1990, con interesante voto particular, A. 9760); resulta evidente que esta línea jurisprudencial

sienta el principio de que pueda y debe discutirse en un proceso por despido el salario que realmente corresponde al trabajador, sin que ello suponga vulnerar la prohibición de acumulación de acciones prevista en el art. 27.2 LPL (STS 27-3-2000, A. 7401).

Puede opinarse con cierta rotundidad que las causas de extinción del contrato, el procedimiento establecido y la estructura indemnizatoria construida por la LET, constituyen un bloque indisponible para las partes. No cabe la exclusión voluntaria de la Ley aplicable (art. 6º, Código civil), tanto desde la perspectiva del pacto individual como desde el convenio colectivo. Ahora bien, esta estructura extintiva, amplia e incluso flexible, supone un «ius cogens» que vincula en su indisponibilidad, pero no para su alteración mejorada o para la transacción. O dicho de mejor forma, lo que no pueden los trabajadores es disponer de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario (art. 3.5. LET).

El empresario, sin embargo, puede renunciar a la estructura que la ley contempla y, por otra parte, al trabajador le cabe la libre disposición de todos los derechos reconocidos por contrato. Para el trabajador significa un vínculo de derecho necesario todo lo relacionado con la regulación legal de las causas extintivas: la enumeración, las formalidades y las indemnizaciones. Para el empresario, salvo la renuncia previa referida a no ejercitar facultades en respuestas e incumplimientos del trabajador, parece que todo el restante conjunto es disponible.

Las transacciones, entendidas como contratos en evitación de pleitos (art. 1.809 Código civil), de notoria frecuencia e importancia en las causas extintivas que lleven aparejada indemnización, gozan de legalidad siempre que se trate de actos de presente en los que la libertad de decisión de las partes se exterioriza en el marco del artículo 49.1. LET y escapan a todo concepto de renuncia fraudulenta (STS 25-11-1986, A. 6513).

453. Los pactos indemnizatorios.—Los pactos indemnizatorios pueden referirse a todas o a alguna de las causas extintivas que llevan unida indemnización y a todas o a alguna de las partes de la fórmula de cálculo o sólo al resultado final. Pueden, pues, referirse a una indemnización conjunta y global o a un cálculo indemnizatorio que sea común a cualquiera de las causas de extinción o en particular a alguna de ellas (se ha de estar con exactitud a la causa o causas para las que se ha pactado la mejora indemnizatoria, STS 17-4-1996, A. 3321). Los pactos estarán en el contrato individual de trabajo (inicialmente o durante su vigencia, y de mutuo acuerdo, o por decisión unilateral del empresario) o serán producto de la negociación colectiva.

Es posible alterar³ cualquiera de los extremos del baremo legal fijado en la fórmula «días de salario por años de servicio». Es pacto lícito aumentar los días, considerar salario a estos efectos alguna percepción dudosa o fijar una antigüedad específica para el cálculo indemnizatorio. Finalmente, nada impide fijar un monto global que, si cuando opera resulta superior al baremo legal, será válido y eficaz. Por tanto, las indemnizaciones fijadas legalmente ceden en beneficio de las que pudieran establecerse por pacto con el empresario, dado que su finalidad «no puede ser más clara y terminante: incrementar los derechos de los trabajadores, frente al puro sistema legislativo» (SSTS 18-7-1984, A. 4192, y 25-2-1986, A. 822); estos pactos deben cumplirse en sus propios términos y aplicarse exactamente a la causa o causas de extinción para los que fueron suscritos (la indemnización pactada para la extinción unilateral del contrato por el empresario no es de aplicación cuando aquél se extingue por causas económicas, STS 17-4-1996, A. 3321).

Hay con toda claridad un escollo ante el que es preciso tomar postura: si los pactos indemnizatorios tienen o no un límite máximo. Los preceptos del Estatuto que, directamente o por remisión, fijan la indemnización de las causas extintivas, terminan todos con una expresión parecida, «y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades» o «y con un máximo de doce o nueve mensualidades» (arts. 56.1.a), 51.8, 40.1 y 41.3 LET). Los topes legales carecen de operatividad, pues ni se trata de una materia que la ley haya rellenado completamente, dejando sin posibilidades de intervención a la autonomía colectiva, ni está vedado a los pactos individuales fijar cantidades superiores a los mínimos. Se trata de un mínimo legal de derecho necesario: el baremo indemnizatorio ha de funcionar poniendo en marcha la fórmula hasta el límite de lo marcado legalmente (STS 28-10-1996, A. 7799). Pero no se trata de un elemento indisponible para las partes: pueden mejorarlo, alterando el máximo legal fijado (SSTS 7-12-1985, A. 6073 y 25-2-1986, A. 822).

La regulación y aplicación de los pactos indemnizatorios es cuestión a contemplar desde una triple perspectiva: a) los pactos conservan la naturaleza de las indemnizaciones legales; b) constituyen una condición más beneficiosa, y c) hay que cumplirlos en sus propios términos, mientras permanezcan vigentes.

³ Salvo que una ley lo impida expresamente como el precepto (art. 39. Cuatro, Ley 42/1994, 30 de diciembre) que prohíbe cualquier pacto indemnizatorio entre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y sus trabajadores que superen el monto de las indemnizaciones establecidas legalmente siempre que el exceso pactado se abone con cargo a recursos públicos o el art. 24 de la Ley canaria 2/2000, 17 de julio, que prohíbe pactos indemnizatorios superiores al baremo legal en los contratos del personal del sector público canario.

Que los pactos conservan la naturaleza de las indemnizaciones legales quiere decir, claramente, que mantienen la estructura de éstas y no admiten, por tanto, ponderación judicial. No son cláusulas penales sustitutivas de una indemnización de daños y perjuicios que, de conformidad con el artículo 1.154 del Código civil, admiten aquella ponderación. El que se amplíen las posibilidades indemnizatorias no supone que se desnaturalice la esencia legal de las indemnizaciones: una fijación tasada y a priori para el resarcimiento en supuestos de extinción del contrato de trabajo.

El principio de condición más beneficiosa impide que el pacto indemnizatorio, en lo que exceda al baremo legal, tenga un tratamiento estructural diferente: esto es, la parte de la indemnización pactada no tiene una naturaleza jurídica distinta a la indemnización legal y debe ser aplicada por el órgano jurisdiccional, sin otra limitación que la obvia de comprobar si se dan los supuestos de hecho para la aplicación del pacto indemnizatorio.

Si la naturaleza de condición más beneficiosa de los pactos indemnizatorios es innegable (por todas, STS 5-5-1987, A. 3233), hay que sostener, en consecuencia, que esa ventaja atribuida al trabajador tiene un origen contractual y que el propio trabajador tiene derecho a exigirla o a variarla en razón a su exclusiva voluntad novatoria (STS 15-1-1985, A. 623). Y tiene tal origen contractual aunque provenga de una decisión unilateral de la empresa, configurándose entonces la condición más beneficiosa en razón a la directa aplicación de la doctrina del respeto a los propios actos.

El origen de la indemnización puede ser un pacto de naturaleza colectiva: su régimen jurídico será el acordado en el propio pacto (STS 20-3-1996, A. 2303 que admite someter a condición resolutoria las indemnizaciones pactadas colectivamente por encima de la mínima legal). La causa c del artículo 49 LET, promueve que la negociación colectiva establezca la cuantía de la indemnización llegado el término de los contratos temporales (cfr 412). Por su parte, la causa i del artículo 49 LET (despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) tiene previsto (art. 51.4 LET) un régimen jurídico para enmarcar un posible acuerdo (o un laudo, art. 88.1 LET) entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Este pacto ha de constar por escrito y respetar los mínimos de derecho necesario, de tal manera que sólo será válido en cuanto contenga una indemnización igual o superior al mínimo legal de artículo 51.8 LET (STS 28-10-1996, A. 7799 y SSTC 99, 100 y 137/2001).

El artículo 2.2 LOCCI entrega a la autonomía individual del profesional de la información y a la de la empresa de comunicación el pacto para fijar la

indemnización a que tendrá derecho el trabajador si se dan los supuestos de cambio de tendencia ideológica o informativa o se traslada al profesional a otro medio que suponga ruptura patente con la orientación profesional del informador. El pacto puede fijar para la resolución cualquier cantidad y no existe, por tanto, en este caso, un mínimo de derecho necesario mejorable. Solo en defecto de pacto operará la indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio.

BIBLIOGRAFÍA (capítulos XXV y XXVI)

- AA.VV.: Estudios sobre el despido disciplinario, Acarl, Madrid, 2ª ed. 1992.
 AA.VV.: El despido. Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma de Estatuto de los Trabajadores, Edersa, Madrid, 1994.
 AA.VV.: El régimen del despido tras la reforma laboral, Ibidem, 1995.
 AA.VV.: Presente y futuro de la regulación del despido, Aranzadi, Pamplona, 1997.
 AA.VV.: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario, Universidad de Santiago de Compostela 1997.
 AA.VV.: Monográfico dedicado al despido objetivo individual y colectivo, RL, núm. 10, 1998.
 AA.VV.: El Estatuto de los Trabajadores veinte años después, T. II (número especial 100 de la REDT) Civitas, 2000.
 ALAMEDA CASTILLO, Mª. T.: Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial. Consecuencias frente a la liquidación de empresas en crisis, CES, Madrid, 2001.
 ALEMÁN PÁEZ, F.: «El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales», AL, 2002, núm. 8.
 ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo, Civitas, Madrid, 1990.
 —«La extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva» en AA.VV. La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva, MT y AS, Madrid 1996.
 ARCE GÓMEZ, J. C.: «La extinción del contrato de trabajo por causas económicas. Régimen jurídico y aspectos procesales», en RL, núm. 7, 1997.
 BAYLOS GRAU, A.: «Nuevas impresiones sobre la regulación de los despidos objetivos en la reforma laboral de 1997», AL, 1998, núm. 3.
 BLASCO PELLICER, A.: «Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación» en Tr.S, 2003, núm. 147

- BORRAJO DACRUZ, E.: «Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores» en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo (Homenaje al profesor M. ALONSO OLEA), MTSS, Madrid, 1990.
 CAIROS BARRETO, D. Mª.: «La limitación de los salarios de tramitación», en AL, núm. 42, 1996.
 CAMPOS ALONSO, M. A.: «El despido disciplinario en la Ley de 19 de mayo de 1994, de reforma del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Procedimiento Laboral» en AA.VV. Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García, AEDTSS y Marcial Pons, Madrid, 1995.
 CAMPS RUIZ, L.: «La huelga como causa de despido», RT, 1981, núm. 61-62.
 CARMONA POZAS, F.: «Ejecución provisional de las sentencias de despido» en AA.VV. Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García, AEDTSS y Marcial Pons, Madrid, 1995.
 CASAS BAAMONDE, Mª. E.: «La nulidad del despido y sus efectos» en AA.VV. Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García, AEDTSS y Marcial Pons, Madrid, 1995.
 CRUZ VILLALON, J.: «La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos», TL, 1997, núm. 44.
 DESDENTADO BONETE, A.: «El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997», RL, 1998, núm. 20.
 DURÁN LÓPEZ, F.: «Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España» DL, 1987, núm. 27.
 —«Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido» RL, 1990, núm. 11.
 ESTEVE SEGARRA, A y LACOMBA PEREZ, F. T.: La extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva, Tirant lo blanch, 2000.
 FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo, Civitas, Madrid, 1993.
 —Expedientes de regulación de empleo, Trotta, Madrid, 1993.
 GARATE CASTRO, J.: La comunicación escrita del despido disciplinario, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 1984.
 —Notas sobre la reducción del período de devengo de salarios de tramitación por aplicación del art. 56.2 LET, Aranzadi Social, núm. 3, mayo 1997.
 GARCÍA BECEDA, S. G.: «Balance y perspectivas de la política de reconversión industrial» RL, 1993, núm. 16-17.
 GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Universidad, Palma de Mallorca, 1983.