

EL SALARIO; CLASES Y PAGO. SALARIO MÍNIMO. ABSORCIONES

SUMARIO: I. PRESTACIONES DEL EMPRESARIO.—II. CONCEPTO DE SALARIO.—III. CLASES DE SALARIO: A. *Según el módulo de fijación*: a) Salarios por unidad de tiempo; b) Salarios por unidad de obra; c) Salarios mixtos. B. *Tareas*. C. *Salarios en metálico y en especie*. D. *Limitaciones y reglas sobre el salario en especie*: a) Objetos de consumo; economatos laborales; b) Manutención, comedores, vivienda; c) Otras especies; salario mixto.—IV. REQUISITOS DEL PAGO DEL SALARIO: A. *Lugar*. B. *Tiempo*; *anticipos* y «*post-remuneración*». C. *Forma*; *el recibo de salarios*.—V. EL SALARIO MÍNIMO.—VI. COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN DE SALARIOS: A. *Salario mínimo y salario convenido colectivamente*. B. *Salario convenido colectivamente y mejoras voluntarias individuales o colectivas*.

I. PRESTACIONES DEL EMPRESARIO

Recuérdese que del contrato de trabajo derivan obligaciones recíprocas y que la prestación es el contenido de la obligación. En las obligaciones recíprocas cada parte debe sus propias prestaciones y tiene derecho a las de la otra; además, y en ello consiste la reciprocidad, con la prestación de una parte (su deber y el derecho de la otra) se corresponde la de la otra (deber de ésta y derecho de la una).

Pues bien: lo que configura el contrato de trabajo como recíproco es la correspondencia que existe entre las prestaciones básicas del trabajador (prestar su trabajo, trabajar) y del empresario (remunerar el trabajo prestado). El empresario tiene a su cargo otras prestaciones, señaladamente las comprendidas en el deber de protección, pero es difícil ver en ellas una reciprocidad estricta con otras correlativas del trabajador, a semejanza de lo que ocurre con el deber amplio de buena fe de éste, salvo que ambos se consideren como modalidad o ampliación de las respectivas obligaciones básicas; éstas son las propias de un contrato de cambio; aquéllas más bien las de una relación comunitaria, reflejo del doble antecedente romano-germánico de la regulación del instituto (Gierke).

II. CONCEPTO DE SALARIO

La obligación de remunerar el trabajo, básica del empresario, es una obligación de dar una cosa a otro; esta cosa que se da es el salario; pero lo definitorio del salario no es la cosa que se da y recibe, que puede ser muy diversa según la clase de salario, ni el acto de darla o recibirla, sino el título en virtud del cual se da y se recibe. El salario se da como contenido u objeto de la pres-

tación del empresario en cumplimiento de su obligación básica de remunerar el trabajo, y se recibe por el trabajador como contraprestación de su trabajo.

La noción legal responde a la doctrinal: «Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación... de los servicios por cuenta ajena» (ET, art. 26.1).

Se puede añadir, comentando el precepto:

1.º Que contempla el título contractual del trabajador percceptor («por la prestación de los servicios»), recalcando enérgicamente que lo que define el salario es precisamente este título.

2.º No dice, en cambio, que el salario, a la vez que algo que se recibe por el trabajador, es algo que se da (y por el mismo título, por el trabajo, por los servicios prestados) por el empresario; pero es obvio —y no puede ser de otro modo— que se está pensando en ello; el empresario «está obligado a pagar» el salario, dice ET, art. 28; «el pago de los salarios es el deber correlativo al beneficio que [el empresario] obtiene por hacer suyo el resultado del trabajo», dice STS 27 abril 1981. En términos económicos, el salario es tanto renta del trabajador como coste del empresario.

Por no provenir del empresario, aunque éste proporcione el medio para obtenerlas —la «ocasión de ganancia» (Montoya)—, no son salario las propinas, según se vio¹; si éstas («el dinero que el cliente da voluntariamente al trabajador» [OIT, convenio núm. 172]) son lo único que se percibe, el contrato puede incluso no ser de trabajo en algún caso²; es, en cambio, salario la participación del trabajador en los porcentajes, o en su suma o *tronco*, que obligatoriamente satisfacen los clientes y recauda el empresario, sobre los importes de las facturas, en determinadas actividades; en otras, de fuertes propinas, tienen éstas regulación específica, quizá en parte salarial (ingreso del empresario que destina a salarios y aun a las cargas sobre éstos) y en parte no³. Sobre las «opciones de acciones», *infra* cap. 13.II.10.³

3.º Aunque con excepciones numerosas, es regla general, «por constituir el contrato de trabajo una relación jurídica... sinalagmática» y por ser «contraprestación, dentro del sinalagma funcional... [de los]... servicios»⁴, que los salarios sólo son debidos contra trabajo prestado; «sin trabajo no hay salario»;

¹ *Supra*, cap. 11, IV.A.a); STS 9 mayo 1985; por eso no se tienen en cuenta para la indemnización por despido (STS 1 marzo y 1 julio 1986).

² SCT 3 diciembre 1974 y 10 noviembre 1986 (Ar. 11.252), 15 julio 1987 (Ar. 16.119).

³ Ver, en hostelería, art. 52 Ordenanza 28 febrero 1974, con jurisprudencia abundante (SCT 1 julio 1985 y 20 y 24 [dos sentencias] octubre 1986; estas últimas relativas a los conceptos facturados sobre los que deba o no girar el porcentaje para formar el *tronco* a repartir entre los trabajadores). Distinguiendo con deliberación entre propina simple y «tronco» de propinas, STS 7 julio y 7 noviembre [Ar. 6.296] 1986; entre el tronco formado por propinas derivadas «de la mera liberalidad de los clientes»

y, a contrario, el formado por porcentajes forzados sobre facturación, STS 14 septiembre 1987 (Ar. 6.196).

Claramente errónea, STS, S. 3.ª, 27 octubre 1986 (Ar. 5.810).

En general: se forme o no tronco con ellas, las propinas no son salario si proceden de la liberalidad del cliente (STS 10 noviembre 1986 [Ar. 6.306-6.308] y las que citan).

En casinos de juego hay que atender al convenio colectivo; descripción de supuestos en STSud 23 mayo 1991 (Ar. 3.921).

⁴ STS 14 abril 1983 y SCT 27 octubre 1986 (Ar. 10.756) y el 16 febrero (Ar. 1.237), respectivamente; las dos últimas en supuesto de huelga.

y viceversa, al trabajo prestado corresponde, en general, un salario⁵. Por supuesto, la inexistencia pura y simple de salario determina la inexistencia del contrato de trabajo⁶.

4.º De la fórmula del ET («la totalidad») deriva la presunción *iuris tantum* de que todo lo que percibe el trabajador del empresario y todo lo prometido por éste —la entrega actual genera la promesa tácita de futuro si se reitera con periodicidad— le es debido a aquél como salario y se promete o entrega como constitutivo de la deuda salarial o como pago liberatorio de ésta. Con la jurisprudencia: existe «una clara presunción en el sentido de que todas las cantidades que [del empresario] percibe el trabajador» son salario⁷ o, como dijo una sentencia vieja, «el carácter económico de las relaciones laborales... desautoriza... que las concesiones anejas al empleo otorgadas a quien lo sirve... traigan su causa de móviles altruistas o de liberalidad»⁸ (pero este móvil puede existir y probarse contra la presunción, en cuyo caso la «concesión», aun reiterada, no es salario⁹); donación y salario son desde luego «términos... que por antitéticos se repelen»¹⁰, por más que la entrega de cantidades puede deberse a otro tipo de contrato existente entre las partes además del de trabajo¹¹. En definitiva, se diría que aquí, como en general, *omnis labor optat praemium*. Las normas fiscales, por lo demás, presumen que son «rendimientos del trabajo todas las contraprestaciones... que se deriven... del trabajo personal» del contribuyente (Ley 43/1978, 8 septiembre, art. 14.1).

5.º La calificación arbitraria que el contrato individual o el convenio colectivo haga de una percepción, negando carácter salarial a la que lo tiene, es irrelevante e ineficaz¹².

6.º El obligado al pago del salario es el empresario del trabajador, esto es, aquel con quien éste ha concertado el contrato de trabajo; lo que no impide que en supuestos singulares existan otros empresarios que puedan responder solidariamente con el principal (*supra*, cap. 3, VI).

7.º La expresión utilizada en la definición del salario, «percepción económica», es muy amplia, pudiendo comprender cualquier bien económicamente valioso; no lo es tanto, sin embargo, que comprenda prestaciones sustitutorias del salario mismo (serán éstas mejoras voluntarias de seguridad

⁵ Así en casos de incompatibilidad (SCT 27 enero 1986, Ar. 386); o indemnización compensatoria en caso de nulidad (*supra*, cap. 7, III). En el mismo sentido, la jurisprudencia civil sobre el arrendamiento de servicios (STS, S. 1.ª, 23 febrero 1989, Ar. 1.395).

⁶ «Por falta de causa», al ser el salario «esencia del contrato» (STS 31 mayo 1990, Ar. 4.527).

⁷ SCT 11 enero 1978; por tanto, a quien alegue el carácter «extrasalarial» de una percepción le corresponde la prueba (SCT 27 septiembre 1978 y las que en ella se citan; STS 9 febrero 1987 [Ar. 800] y 3.ª [4.ª] 17 abril 1998 [Ar. 3.064]).

⁸ «Aunque se digan gratuitas... siempre que su causa se halle en el servicio...» prosigue la sentencia (STS 16 mayo 1940 [Ar. 464]); lo mis-

mo en sentencia más reciente (STS, S. 3.ª [2.ª], 7 junio 1989, Ar. 4.361).

⁹ Por ejemplo, «bolsa de Navidad»: SCT 27 febrero 1978, 16 febrero 1982, 17 mayo 1983, 15 octubre y 29 noviembre 1984, 15 enero 1986; STSud 31 mayo 1995 (Ar. 4.012). Esta misma bolsa, «juguetes con motivo de la festividad de los Reyes Magos» y, en general, «regalos módicos... en ocasión festiva», SCT 26 junio 1980 (Ar. 3.940) y SAN 61/1991, de 17 abril; STS 4 febrero 1994 (Ar. 1.216).

¹⁰ STS 29 junio 1983.

¹¹ «El contrato de trabajo no origina *status* en los sujetos, que pueden, como es natural, celebrar todo tipo de actos jurídicos» (STS 12 diciembre 1983).

¹² STS, S. 3.ª [7.ª], 2 noviembre 1989 (Ar. 7.791).

social), u otras del tipo de «ayuda escolar y guarderías [de niños de los trabajadores]»¹⁵, derivaciones del deber de protección; las fronteras son indecisas, sin embargo.

ET art. 26.3 dispone que por acuerdo colectivo o individual se «determine la estructura del salario», distinguiendo entre «salario base» y «complementos salariales» de varios tipos (sobre éstos, *infra*, cap. 12, I-II). Realmente, este inocuo precepto no tiene otro sentido sino sustituir formalmente a un asimismo inútil y derogado D 2.380/1973, de 17 agosto, «sobre ordenación del salario».

Hasta que por aquel acuerdo desaparezcan o se modifiquen, se mantienen en sus «mismos términos» los «conceptos retributivos» anteriores a la LETyPL (ET disp. ad. 4.^a).

III. CLASES DE SALARIOS

Las clasificaciones del salario son muy numerosas, dependiendo del criterio clasificatorio. ET conoce las distinciones según el *módulo utilizado para su fijación* y según la *cosa o bien que se utiliza como medio de pago*. Sobre ellas se elabora lo que sigue, teniendo en cuenta, en lo no opuesto al ET, las reglas de buen sentido que se contenían en la derogada LCT.

A. Según el módulo de fijación

Atendiendo a este criterio, se distingue entre salarios por unidad de tiempo, salarios por unidad de obra (ET art. 26.3) y salarios mixtos.

a) Por unidad de tiempo

Salario por unidad de tiempo es el que tiene por módulo la duración del trabajo, independientemente de la cantidad de obra realizada, aunque el contrato puede estipular un mínimo de obra. Queda así descrito el salario por unidad de tiempo positiva (la duración) y negativamente (independientemente de la cantidad de obra).

La unidad de tiempo que concretamente se toma como base determina la división de los salarios por unidad de tiempo en estas dos especies:

— *Jornales*; el módulo es la hora o el día, aunque el salario acumulado se pague por días, semanas, quincenas o meses; típicamente así es el salario (a tiempo) del trabajador manual.

— *Sueldos*; el módulo es el mes o el año, con pago normal mensual; típicamente así es el salario (a tiempo) del trabajador «intelectual».

Esta distinción está profundamente arraigada en la práctica laboral; uni-

¹⁵ SCT 3 mayo 1982 (Ar. 3.232).

formemente la recogen las normas sectoriales; los DSM aunque iguales en su cuantía, fijan salarios mínimos diario y mensual.

La estipulación de un mínimo de obra refiere, más que al salario, a la intensidad o rendimiento de la prestación del trabajador, como se ve en la jurisprudencia (SCT 12 marzo 1975); como, por otro lado, es claro que, aun remunerado a tiempo, el trabajador debe el rendimiento normal, esto es, sigue sujeta su prestación a la diligencia debida (*supra*, cap. 11, II); si aquél se excede, en realidad se está primando un rendimiento superior al normal o pagando un «salario fijo» por rendimiento (Martínez Girón).

b) Por unidad de obra

El salario por unidad de obra, decía la LCT ^{13a}, «sólo ... atenderá a la cantidad y calidad de obra o trabajos realizados... independientemente del tiempo invertido»; el módulo del salario por unidad de obra o *destajo* es, pues, positiva y negativamente, el inverso del salario por unidad de tiempo.

La unidad de obra que se toma como módulo es de gran variedad, como varios pueden ser los trabajos que se retribuyan con esta clase de salarios; la LCT hablaba de «piezas, medidas, trozos o conjuntos determinados», expresiones aceptables por su misma inespecificidad, y en las que caben, por ejemplo, el número de fanegas o hectáreas recolectadas, los taladros hechos, los metros cúbicos de tierra extraídos o los kilos o toneladas de mineral arrancados, el número de camisas confeccionadas, de fichas rellenas, de piezas calibradas, etc.

Igual que por el salario a tiempo puede exigirse un mínimo de obra, el salario por unidad de obra puede ir acompañado de la estipulación de que la obra se concluya dentro de un determinado tiempo, o de que dentro de éste o de unidades del mismo se realice también un mínimo de obra; como en el caso anterior, se trata de fijar la intensidad o rendimiento del trabajo. Es condición resolutoria lícita [ET, art. 49.1.b)] la que sujeta la subsistencia del contrato a la obtención de un rendimiento normal o de uno mínimo no abusivo; al tiempo que es causa de despido disminuir continuada y voluntariamente el rendimiento *pactado* (ET, art. 54.2.e) ¹⁴. Lo que no parece es que el salario pueda quedar bajo el que correspondería a tiempo, como tampoco puede reducirse por defecto de rendimiento —ni por deficiencias de calidad—, sin perjuicio de que tales hechos puedan ser sancionados por el empresario ¹⁵.

Reténgase que al depender cada vez más el rendimiento de factores ajenos al trabajador (*supra*, cap. 11, II), los salarios «se estabilizan y dependen cada vez menos del esfuerzo diario e individual» (Erbès-Seguín), lo que lleva hacia el predominio de los salarios a tiempo.

^{13a} Numerosas disposiciones de la LCT, entre ellas buena parte de las relativas al salario, siguieron en vigor tras la promulgación del ET en 1980 al amparo de su disp. final 4.ª hasta la desatinada derogación de ésta («derogación de la derogatoria», ALONSO OLEA) expresa (por la LETyPL) y general (por el ET 1995). Normas

en general de buen sentido las de la LCT sobre salarios, con este carácter se sigue usando de ellas en este libro.

¹⁴ SCT 2 octubre 1973; véase *supra*, capítulo 11, II.C.b); e *infra*, cap. 17, III.A.

¹⁵ SCT 6 noviembre 1979; OLEA y jurisprudencia que cita.

c) Salarios mixtos

El salario mixto es un salario por unidad de tiempo al que se suma un salario por unidad de obra (prima, incentivo) dependiente del rendimiento del trabajador; el primero es cierto y se devenga en todo caso; el segundo es eventual y variable.

La forma originaria del incentivo prevé trabajos tasados o medidos en su tiempo de ejecución, siendo los ahorros de tiempo que el trabajador obtenga por la intensidad de su trabajo, valorando el tiempo por su salario a tiempo, la medida o cuantía de la prima que obtiene. Pero los trabajos pueden darse ya valorados en dinero y venir la prima dada por la cantidad de los que se realicen, con lo que esta forma de retribuir se aproxima al destajo puro con una garantía de percepción mínima representada por el salario a tiempo.

No son éstas sino nociones generales; existe una gran variedad de primas y de formas de cálculo, además de que pueden ser individuales y colectivas por trabajos dados en común a un grupo (*supra*, cap. 3.º, III); aunque aparecen sobre todo en el trabajo manual, algunas de sus variantes se aplican al administrativo y técnico.

Es regla inveterada que las tarifas de primas o incentivos se calculen de forma tal que un trabajador normal con rendimiento «correcto» obtenga retribución superior a la que obtendría si fuese remunerado por unidad de tiempo, de forma que existe un «incremento garantizado», esto es, una prima o incentivo mínimo para el trabajador que obtenga y mantenga el rendimiento establecido como «correcto»¹⁶, lo que a la vez premia el reflejo automático sobre este tipo de salario de las pérdidas de tiempo —mientras que, si el salario es a tiempo, las pérdidas exigen para su virtualidad la constatación de la falta de diligencia— y «normaliza» los rendimientos correctos, quizá fijándolos en niveles superiores a los normales.

Por lo general, las primas se valoran (a tiempo o en dinero; la segunda valoración exige la primera para su cálculo) por el empresario. Para la instauración misma del sistema de primas o del de trabajo «medido» y para su modificación es preciso oír al comité de empresa¹⁷. En empresas con variedad de trabajos, pueden ser miles o decenas de miles los que se valoren al año para cálculo de las primas, lo que exige departamentos especiales a tal efecto. Se insiste en que la consulta de la norma sectorial es esencial en esta materia; ésta puede incorporar sistemas técnicos, muy difundidos algunos, de fijación y cálculo de primas y prever la existencia de «técnicos de organización del trabajo» con esta función, entre otras.

¹⁶ Un 25 por 100 es el mínimo usual garantizado en los trabajos a prima; la garantía comprende normalmente el supuesto de que la prima no se obtenga, pese a ser el rendimiento correcto, por causas imputables al empresario; pero entre éstas no cuentan las disminuciones de pedidos debidas a una crisis económica general y notoria (SCT 13 octubre 1979). Ver *infra*, cap. 13, IX.A.b). En cambio, en ocasiones,

por norma sectorial se mantiene el mínimo, aun con rendimiento incorrecto, sin perjuicio de sancionar éste como falta (SCT 30 septiembre 1985 y las que cita).

¹⁷ Las reclamaciones sobre primas o incentivos devengados —y hoy también con seguridad sobre su implantación—, así como las relativas al «salario base» para su cálculo, competen a la Jurisdicción social [LPL art. 2.a)].

B. Las tareas

El «trabajo por tarea» es una singular especie de contrato de trabajo en la que el tiempo de trabajo y el trabajo ejecutado durante el tiempo se unen indisolublemente, y el salario refiere, por tanto, conjuntamente a ambos; en la feliz descripción del derogado LCT art. 38, «consiste en la obligación del obrero a realizar una determinada cantidad de obra o trabajo en la jornada u otros periodos de tiempo al efecto establecidos, *entendiéndose cumplida dicha jornada o período de tiempo en cuanto se haya ultimado el trabajo fijado en la tarea*», momento en el que, «terminada la tarea... encomendada», puede abandonar el puesto de trabajo¹⁸.

Lo definitorio de la figura es lo que aparece en cursivas; realmente lo que se remunera es la unidad de obra, siendo el tiempo accesorio, como ocurre en los destajos y en los trabajos con incentivo; pero a diferencia de éstos, en los que el incentivo está en la mayor remuneración que se obtiene, en la tarea el incentivo está en el puro ahorro de tiempo, que queda a beneficio del trabajador para dedicarlo a otras actividades (o a nuevas tareas). No se trata de una ejecución de obra, pese a su posible parecido externo, porque no hay duda sobre la titularidad inicial del empresario de los frutos del trabajo.

C. Salarios en metálico y en especie

El salario en metálico no necesita de explicación adicional, sino que es, con mucho, la forma actual más frecuente del salario. El ET se limita a constatar su existencia («en dinero», art. 26.1) y a decretar, prohibiendo el *truck*, que su pago se haga «en moneda de curso legal» [en España]¹⁹, autorizando además al empresario para pagarlo mediante talón «u otra modalidad similar» —transferencia a cartilla o cuenta— de pago en entidad de crédito, informando al comité de empresa (art. 29.4)²⁰.

D. Limitaciones y reglas sobre el salario en especie

Sobre los salarios en especie sigue pesando la sombra histórica del *truck*,

¹⁸ SCT 2 abril 1981 y 15 marzo 1984.

¹⁹ Sobre salario fijado en moneda extranjera, STS 30 enero 1985.

²⁰ El empresario puede pagar por talón o por transferencia bancaria (SCT 19 mayo 1979, STS 29 octubre 1993 [Ar. 8.088]), pero la opción por uno u otro sistema es del trabajador, parece (SCT 8 febrero 1988, Ar. 1.376). Por acuerdo colectivo o individual se fija el banco (TJMa 13 junio 1989). El trabajador puede pedir que el talón sea nominativo, no al portador; no que se le dé tiempo ni se reduzca la jornada para su cobro (SCT 17 agosto 1979, 19 noviembre 1980, 25 mayo 1981, 27 enero y 22 abril

1982, 8 octubre 1985); salvo pacto o que los trabajadores hubieran venido disfrutando durante años de este tiempo (SCT 15 enero 1985), y el mismo no hubiera sido absorbido por reducciones de jornada (SCT 3 abril 1984 [tres sentencias], entre otras).

Conforme a CC art. 1.170, el talón «sólo produce los efectos del pago cuando haya sido realizado» (STS 30 mayo 1988, Ar. 4.662), y la transferencia, es claro, cuando se haya hecho, sirviendo de recibo de salarios «el comprobante del abono» en la cuenta del trabajador (OM 27 diciembre 1994, art. 2.2).

en el que los productos que se suministraban como salario eran de mala calidad, o de precio alto, o el pago se hacía en vales patronales sólo redimibles en establecimientos determinados que, la calidad del suministro aparte, hacían posibles situaciones permanentes de endeudamiento del trabajador respecto del empresario. La precisión de que el salario en metálico se pague en moneda de curso legal va precisamente contra este tipo de prácticas como van contra ellas las relativas a objetos de consumo.

ET art. 26.1 dispone que «en ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 por 100» de su total^{20a}.

a) Objetos de consumo; economatos laborales

Derivaciones adicionales obligadas de la prohibición del *truck* son la nulidad de la condición del contrato de trabajo que obligue a los trabajadores a adquirir los objetos de su consumo en tiendas o lugares determinados, y la prohibición de que en el lugar de trabajo haya tiendas que pertenezcan al empresario o a persona que por razón del trabajo tenga alguna autoridad sobre los trabajadores. Nada de esto reza para los economatos que organicen los empresarios, siempre que el trabajador tenga libertad para servirse de ellos e intervenga en su administración.

Una normativa de gran complejidad obliga a determinadas empresas (en general a las de más de quinientos trabajadores, sea cual fuere la fecha de su creación²¹; las de menos —también las de más— pueden asociarse voluntariamente para constituir uno «colectivo»; D 21 marzo 1958, art. 2.º) a establecer economatos y a expender en ellos determinados productos, en general «los artículos de consumo más usuales y necesarios» (art. 1.º); la disposición básica es el decreto recién mencionado, desarrollado y modificado por normas posteriores, algunas de ellas, por cierto, de carácter restrictivo (se les prohíbe «toda forma de propaganda o publicidad», incluida la «ostentación de escaparates»; vender artículos distintos de los básicos²² —salvo autorización expresa o práctica anterior²³— o vender a personas distintas de los trabajadores de las respectivas empresas y «familiares y personas que convivan con él y estén a su cargo»²⁴; D 1.830/1962, de 5 julio); otras normas (RD 2.396/1976, de 6 octubre) precisan la com-

^{20a} Disparatado caso en STSud 20 septiembre 1999 (Ar. 7.753).

²¹ STS, S. 4.ª, 5 marzo 1976; «en una misma localidad» (SCT 21 octubre 1982; STS 16 y 18 marzo 1992 [Ar. 1.644 y 1.649]); no es exigible que el economato, cubierto el mínimo, mantenga un determinado nivel de suministro; sí lo es (SCT 28 octubre 1982 y 10 septiembre 1987, respectivamente; contradictorias). El empresario no puede unilateralmente suprimir un economato (SCT 8 julio 1983; TCo 178/1996 respecto de economato «reconocido en convenio colectivo»), salvo que de hecho no lo utilicen los trabajadores (SCT 2 abril 1984); pero puede sustituirlo por prestación

equivalente [incorporación del personal a cooperativa de consumo (SCT 18 noviembre 1987)].

²² Sobre esto, STS, S. 3.ª, 30 mayo 1985; no pueden expender «bebidas de todo tipo... [ni]... productos de droguería y perfumería». Esta sentencia, por cierto, se dicta en lugar de la de 31 octubre 1985, anulada por TCo 48/1983 (*Jur. Const. TSS*, t. I, ref. 53), por defecto procesal.

²³ D 2 mayo 1963, aplicado por STS, S. 4.ª, 24 octubre 1986 (Ar. 5.802).

²⁴ Sobre las «personas» no familiares, ver SCT 18 febrero 1987, con seguridad excesiva.

posición de las «juntas administrativas» a través de las cuales los trabajadores participan en el gobierno de los economatos²⁵.

El recién aludido carácter restrictivo de la regulación de los economatos laborales se acentuó en los RD 1.883/1978, de 26 julio, y 762/1979, de 4 abril, que prohíben su uso por «personal de alta dirección y consejeros», regla de dudosa vigencia, por discriminatoria, en cuanto al personal directivo (por supuesto, en general, la discriminación en cuanto al uso del economato es nula, conforme a ET, art. 17.1); dan reglas minuciosas para la «perfecta identificación» de los usuarios, insistiendo en que deben serlo sólo los trabajadores (o sus viudos o viudas, o huérfanos menores de edad; también los jubilados) o familiares que con ellos convivan a su cargo; restringen la obligación de crear economatos, salvo que excepcionalmente se disponga otra cosa, a centros de trabajo situados en término municipal de menos de treinta mil habitantes; ordenan que las cuentas de explotación se lleven con independencia de las de la empresa; y disponen que los economatos de empresa existentes²⁶ adopten «cualquiera de las formas previstas en el ordenamiento jurídico, dotadas de personalidad jurídica» propia. Son normas no pensadas para proteger al trabajador, sino al comercio.

b) Manutención, comedores, vivienda

Es evidente que si el salario comprendiera la manutención («ser sustentado» por el empresario), las condiciones de habitación y comida habrán de ser adecuadas, económicas e higiénicas. En general, todo empresario cuya jornada no «conceda a sus obreros un plazo de dos horas para el almuerzo», o al que se lo pida «la mitad del personal obrero», está obligado a proporcionar a éste un «local comedor» con mesas, asientos, agua potable y lugar donde calentar los alimentos²⁷; si el empresario ocupa más de cincuenta trabajadores, las obligaciones son más amplias, e incluyen el establecimiento de un régimen conforme al cual «puedan los obreros efectuar sus comidas a precios módicos» (D 8 y OM de 30 ambos de junio 1938, normas vigentes pese a su antigüedad²⁸, aunque esta misma pida una interpretación acomodada a las muy distintas circunstancias actuales²⁹).

La vivienda puede ser proporcionada por el empresario al trabajador por distintos títulos, todos ellos «en relación con el trabajo»; si el disfrute de la vivienda es característica esencial o natural del trabajo que se presta, puede ser formalmente bien gratuito, bien parte integrante del salario, cuyo importe metálico se minore en el precio del disfrute (técnicamente en ambos casos el disfrute es salario, en cuanto «percepción económica» en el sentido de ET, art. 26.1); en otro caso, y aun en el citado, puede con-

²⁵ Juntas que subsisten, sin asumir sus funciones el comité de empresa, mientras por convenio colectivo no se acuerde otra cosa conforme a ET, art. 64.1.10.º (SCT 16 diciembre 1980).

²⁶ «Sólo y exclusivamente... los simples (?) Economatos de Empresas» (STS, S. 3.º [7.º], 7 febrero 1990 [Ar. 772]).

²⁷ No si la jornada es continuada o reducida, durante la cual por hipótesis no se «come» (SCT 28 febrero 1984, 8 noviembre 1985 y 11 enero 1989).

²⁸ SCT 12 diciembre 1984 y 11 julio 1989; STS, S. 3.º, 12 noviembre 1986 [Ar. 6.189] en convenio colectivo la obligación puede sustituirse por el pago, evaluado en el mismo convenio, de la comida del mediodía por el empresario (SCT 18 junio 1986).

²⁹ SCT 7 diciembre 1988. En cualquier caso, la comida dada por el empresario —no así la ropa «de trabajo»— es salario (SCT 29 marzo 1989).

certarse un arrendamiento, con pago del alquiler por el trabajador al empresario, pero ligando su subsistencia y duración a las del contrato de trabajo³⁰. Todos éstos, insisto, son «usos de vivienda por ... el servicio que prestan» y, por ello, están excluidas de la LAU [art. 5.b)] de un lado; y de otro, compete a la Jurisdicción social conocer de los litigios que a ellas se refieran, incluidos los relativos a su cesión y lanzamiento eventual del inquilino (por despido u otra causa), conforme a LPL, art. 283 [DPrTr, cap. 10, I, B, d)]; «la competencia para conocer... corresponde a la Jurisdicción laboral... tanto si se le fijó [al trabajador por el empresario] una renta como si no pagaba alquiler por considerarla parte integrante de la retribución»³¹.

LPL art. 283 manda que el desalojo ocurra dentro del plazo de un mes (que el Juez puede prorrogar por dos más «si existe motivo fundado») desde la firmeza de la resolución que haya declarado la extinción del contrato de trabajo.

Se prescinde aquí de estudiar la completa y variable legislación de fomento de construcción de viviendas, tema de Derecho administrativo.

c) Otras especies. Salario mixto

Salario mixto en este contexto es el pagado parte en metálico, parte en especie. En las normas sectoriales aparecen con frecuencia salarios en especies adecuadas al trabajo o propias de la producción del sector; muy variados por tanto y, en ocasiones, de carácter salarial dudoso. Ejemplos son los suministros de ropa de trabajo o uniformes³²; o los de carbón al minero cabeza de familia previstos por la Ord. de 29 enero 1973³³; o los de agua³⁴; o los «títulos de transporte gratuito» de RENFE³⁵, o «adquisición de coches usados..., con descuento»³⁶; o de energía eléctrica^{36a}, etc. Respecto de ellos hay que distinguir si son para «beneficio particular del empleado» (en cuyo caso *son* salario en efecto) o se conceden «para mejor desempeño de los fines de la empresa» (en cuyo caso *no lo son*)³⁷; lo «particular» del beneficio lleva a considerar que, como el dinerario, el salario en especie debe ser individualizado^{37a}.

³⁰ Para este supuesto, el RD 484/1984, de 29 febrero, prevé la adquisición de la vivienda arrendada por los inquilinos, siempre que éstos sean trabajadores en activo o jubilados, sus cónyuges o descendientes directos de éstos, hasta el segundo grado, menores de edad o disminuidos profundos.

Normas sectoriales pueden prever también la continuación del arrendamiento con los familiares del trabajador fallecido (así, RNT de RENFE, modificada por OM 5 febrero 1975; SCT 19 diciembre 1984).

³¹ SCT 26 junio 1964, 28 febrero 1989 (Ar. 1.323). La acción de lanzamiento prescribe al año (ET, art. 59.1; *infra*, cap. 20, V.A; SCT 1 octubre 1984).

³² Para un supuesto, SCT 5 octubre 1987; *contra*, SCT 29 marzo 1989.

³³ Con litigiosidad abundante; así, SCT 14 enero 1986 (Ar. 530) que, por cierto califica el suministro como «prestación asistencial», que

no salario, para lo que no faltan argumentos; no cotiza por seguridad social su importe y, con frecuencia, los convenios colectivos lo consideran «percepción extrasalarial»; salario en STS 19 octubre 1998 (Ar. 8.907), confirmando decisión arbitral. En general es posible sustituir el carbón-especie por su importe a precio de costo (S. R. ESCANCIANO, sobre todo ello).

³⁴ Cincuenta metros cúbicos por trimestre día o daba el Canal de Isabel II (SCT 29 octubre 1986).

³⁵ Estos declarados salariales —y, por tanto, en suspenso su uso durante huelga— por SCT 23 diciembre 1987 (Ar. 29.660).

³⁶ STS 11 octubre 1993 (Ar. 7.591).

^{36a} STS 7 julio 1995 (Ar. 5.483); objeto actual de persecución fiscal.

³⁷ Muy pertinente distinción ésta; en STS 21 diciembre 1990 (Ar. 9.820); a propósito de uso de automóvil.

^{37a} Con alguna razonable duda, MORADILLO.

La norma sectorial puede contener reglas para valorar las especies; en otro caso se estará al acuerdo —inicial o sucesivo— entre las partes (Van der Laet).

IV. REQUISITOS DEL PAGO DEL SALARIO

Son a estudiar el lugar, el tiempo y la forma de pago del salario.

A. Lugar del pago

En cuanto al lugar, ET art. 29.1 remite a lo pactado y, en su defecto, a la costumbre.

La norma, inveterada en nuestro Derecho desde el RD de 18 julio 1907, según la cual no puede pagarse el salario en establecimientos de juego, tabernas, cantinas o tiendas, sigue en vigor en virtud del art. 1.º3 del Convenio OIT núm. 95 (Ginebra 1949) ratificado por España (Alonso Olea; Morgado); con esmero se salva de la prohibición el caso de los empleados en alguno de aquellos locales.

B. Tiempo del pago; anticipos y «post-remuneración»

En cuanto al tiempo, hay que distinguir:

— Respecto del *período* comprendido en el pago se estará a lo que fije la norma sectorial o costumbre³⁸, con la limitación de que no puede exceder de un mes para los salarios «periódicos y regulares» (ET, art. 29.1), llamando tales a los «determinados por tiempo fijo» (Martín Serrano). El mes es el período normal de los *sueldos*, también fijados por meses o por años. Respecto de los *jornales*, el pago es en ocasiones diario, frecuentemente semanal; también quincenal; el pago semanal o quincenal *provisional* con liquidación *definitiva* mensual está también extendido; hacia él empuja el período mensual normal del recibo oficial de salarios y de las liquidaciones de seguridad social; por lo demás, ET, art. 29.1.2.º establece el derecho del trabajador a obtener «anticipos [del salario] a cuenta del trabajo ya realizado»³⁹.

El D 3.084/1974, de 11 octubre —dictado para aplicar el art. 12 del Convenio OIT núm. 117⁴⁰—, autoriza los «anticipos de salarios futuros... a los trabajadores... para inducirles a la aceptación de empleo»; el anticipo no puede exceder del salario base de tres meses, ni ser reembolsado en cantidad superior a un sexto del salario base de cada mes. Nótese que se trata de «primas de enganche», de anticipos sobre salarios por

³⁸ No variable ésta, sí inveterada («desde siempre») por decisión unilateral del empresario (SCT 22 octubre 1984 y 9 febrero 1988 [Ar. 63]).

³⁹ Del salario mensual; no de la parte proporcional, aun ya devengada de retribuciones

(p. ej., pagas extra) de vencimiento superior al mes (STS 6 mayo 1994, Ar. 4.001).

⁴⁰ Ginebra, 1962; ratificado por España (BOE 5 julio 1974).

devengar, a diferencia de los previstos en el art. 29.1, que son «a cuenta de trabajo ya realizado», correspondiendo, por tanto, a salarios ya devengados⁴¹; pero determinadas normas sectoriales prevén también anticipos anteriores al devengo⁴².

— Respecto del *momento del pago*, y respecto de *los días y horas de pago*, ET art. 29.1 remite a lo pactado y en su defecto a los usos.

En el momento y con la periodicidad debidas, el pago del salario ha de ser *puntual* [ET arts. 4.º2.f) y 29.1]; la demora acarrea las consecuencias previstas en ET arts. 29.3 y 50.1 b), aparte de ser sancionable conforme a ET art. 96.1.

Toda la regulación del tiempo del pago del salario se halla bajo el principio denominado de la *post-remuneración*, dado que se remuneran tiempos o rendimientos de trabajo prestado que han de existir y hay que conocer para remunerarlos⁴³.

C. Forma; el recibo de salarios

En cuanto a la *forma del pago* (además de las reglas ya vistas [*supra*, III.C-D] según sea en metálico o en especie), ET art. 29.1.3.º, conforme a precedentes muy antiguos, exige la documental, con la que se cumple mediante la expedición por el empresario deudor y la firma por el trabajador acreedor de un «recibo individual y justificativo del pago» del salario, cuyo modelo de recibo debe ser aprobado por el MTS (el modelo actual lo fue por OM 27 diciembre 1994), salvo que por convenio o acuerdo colectivo fijen las partes otro que, como el oficial, «contenga con la debida claridad y separación» los conceptos salariales y las deducciones que sobre ellos se practiquen.

La omisión del recibo, o sus deficiencias, aunque sancionables administrativamente (ET arts. 94.3 y 95.2), no privan de efecto liberatorio al pago, aunque puedan dificultar su prueba⁴⁴.

El recibo firmado por el trabajador acreedor sólo prueba la percepción de las cantidades que en él se consignan⁴⁵, pero no, *a sensu contrario*:

— que las cantidades consignadas y percibidas sean todas las debidas, «ya que por otros medios de prueba puede haberse constatado un salario superior»⁴⁶, o un «derecho al cobro de mayores» salarios⁴⁷, ni, por tanto,

⁴¹ Anticipo es el de los bancarios, que pueden por convenio «mantener descubiertos en su cuenta corriente... hasta un límite igual... a la nómina del mes» (SCT 27 octubre 1986).

El importe íntegro de estos anticipos es deducible al tiempo de pagar el salario anticipado; no nos hallamos ante un pago por compensación probablemente sujeto a los límites de LEC arts. 1.449 y 1.451 (RÍOS SALMERÓN; *infra*, cap. 13, IX.C).

⁴² Así, en las Ordenanzas pesqueras, anticipos «de embarque»; ver SCT 9 octubre 1985.

De los pleitos sobre anticipos conoce la jurisdicción social (SCT 17 noviembre 1987,

Ar. 25.260); sobre su devolución a la extinción del contrato, STS 10 y 12 febrero 1990 (Ar. 891 y 907).

⁴³ Principio explícitamente acogido por STS 13 diciembre 1990 (Ar. 9.783).

⁴⁴ SCT 12 mayo 1981, 25 junio 1987 (Ar. 14.140). El empresario debe conservar los recibos durante cinco años (OM 27 diciembre 1994, art. 3).

⁴⁵ SCT 26 abril y 2 mayo 1972.

⁴⁶ SCT 18 octubre y 17 diciembre 1973, 20 septiembre 1979.

⁴⁷ STS 19 diciembre 1977; SCT 17 noviembre 1980 y 6 febrero 1986.

— que no se hayan percibido otras distintas y además de las consignadas⁴⁸; ni que haya habido o dejado de haber cobro indebido.

Con todo, del recibo oficial deriva la presunción *iuris tantum* de que lo en él consignado es todo y sólo lo debido, y todo lo pagado, presunción que debe ser destruida por quien lo niegue, que en su caso deberá demostrar también la buena o mala fe del cobro indebido.

En cambio, faltando el recibo y probados los servicios, al empresario corresponde probar, si discutido, que pagó los salarios y que lo hizo en la cuantía debida⁴⁹.

El recibo se expide por meses naturales; los salarios pagados en intervalos menores figuran en el recibo mensual como anticipos.

V. EL SALARIO MÍNIMO

La expresión «salario mínimo» acostumbra a aplicarse al fijado por el poder público como *suelo de contratación*, debajo del cual es ilícito trabajar por cuenta de otro. La imperatividad del salario mínimo se refleja en las sanciones administrativas y penales que se imponen al empresario que contrata debajo del mismo y en la obligación de completar hasta su importe el inferior que esté pagando.

La tasa o determinación pública de los salarios es de orígenes remotos; fue ampliamente practicada por los gremios y posteriormente, sobre todo, después que la gran epidemia de peste del siglo XIV diezmará la población europea, por los poderes centrales; pero los que entonces se fijaban eran salarios máximos y lo que se sancionaba era los pagos en exceso. La libertad salarial fue, en cambio, característica de los inicios del Derecho del Trabajo moderno, y la nueva intervención pública sobre los salarios, una de las últimas y más enérgicas intervenciones del Estado en las relaciones de trabajo. Hoy son una realidad generalizada.

En España, la fijación de salarios mínimos corresponde al Estado; los salarios estaban incluidos entre las «condiciones mínimas» a las que se refería LRT, cuya regulación era «función privativa del Estado»; del que sigue siendo atribución básica, junto con la previsión de prestaciones familiares de seguridad social, para la virtualidad del derecho al salario suficiente que proclama Const., art. 35.1. El Estado ha cumplido esta función de dos formas sucesivas que en alguna medida coexisten aún:

— En general, hasta 1963 (con variaciones estudiadas por Duréndez desde 1931), los salarios mínimos se fijaron por ramas de producción y, dentro de cada rama, por categorías profesionales, siguiéndose en esto los precedentes de las «bases de trabajo» que aprobaban los comités paritarios y jurados mixtos (*DPrTr*, cap. 1, II). Las tarifas o cuadros salariales (mínimos) de las reglamentaciones de trabajo fueron parte esencial de su contenido; no tanto de las ordenanzas, que en general remitieron a la fijación por convenio colectivo.

⁴⁸ STS 13 octubre 1972, 20 diciembre 1973 [dos sentencias], 3 mayo 1974, 21 marzo 1977, 29 noviembre 1989 (Ar. 9.183); SCT 12 septiembre 1986.

⁴⁹ SCT 24 marzo [dos sentencias] y 3 julio 1984, 23 julio 1987 (Ar. 16.803).

— A partir de 1 de enero de 1963 (en que entró en vigor el primer DSM, D 55/1963, de 17 enero), los *salarios mínimos* se convirtieron en *interprofesionales (s.m.i.)*, esto es, fijados «para cualesquiera actividades», iguales para el varón y la mujer, «en la agricultura, en la industria y en los servicios».

— Desde 1998, el *s.m.i.* no hace distinción por edad; hasta entonces, desde 1990, habían sido dos los *s.m.i.* (para mayores y para menores de 18 años); y hasta 1990 tres (mayores de 18, 17 y 16 años), desde el primer DSM de 1963⁵⁰.

El sistema general de los DSM fue confirmado por el ET, que en su art. 27.1 dispone que el Gobierno fije anualmente, previa consulta —necesaria, pero no vinculante— con las asociaciones más representativas de trabajadores y empresarios, el *s.m.i.* teniendo en cuenta los índices y factores que relaciona (índice precios de consumo⁵¹; productividad nacional; participación del trabajo en la renta nacional; coyuntura económica⁵²). La fijación puede ser revisada semestralmente «si no se cumplen las previsiones» —las contenidas en el decreto de fijación anual, parece— sobre el índice de precios al consumo; *no* es revisable judicialmente⁵³.

Se fija un *s.m.i.* diario, que no incluye «la parte proporcional de los domingos y días festivos» —DSM, art. 1.º; que, por tanto, debe ser abonada además y aparte (*supra*, cap. 10)— y un *s.m.i.* mensual, resultado de multiplicar por 30 el diario⁵⁴.

⁵⁰ Ver la 15.ª ed., cap. 12, notas 54, 55 y 56.

La distinción por edades del *s.m.i.* había sido aceptada por la jurisprudencia ordinaria y constitucional.

⁵¹ Entendido éste (en el DSM 1986, según su preámbulo) como el que «permite mantener unas expectativas de crecimiento del IPC que impliquen una reducción del diferencial de inflación con los países de la CEE».

⁵² «Y... en particular, el objetivo de contención de la inflación»; con todo, «las nuevas cuantías [del *s.m.i.*, para 1993] suponen un incremento del 4 por 100 respecto de las de 1992» (DSM 1993); la misma prevención —«contención de la inflación y moderación de las rentas salariales»; incremento del 3,5 por 100— en los DSM 1995 y 1996; más el «cumplimiento de los criterios de convergencia», para acceder al *euro* —incremento del 2,1 por 100— en el DSM de 1997; del 1,8 por 100 en el DSM 1998.

⁵³ STS, S. 3.ª (7.ª), 24 julio 1991 (Ar. 7.553), ni podrá serlo, dado que de la conjugación de los factores dichos deriva para el Gobierno «una amplísima libertad ... de determinación» (GARCÍA PERROTE).

⁵⁴ Los sucesivos DSM han sido: 55/63, de 17 enero; 2.419/66, de 10 septiembre; 2.432/67, de 21 septiembre; 2.187/68, de 16 agosto; 720/70, de 21 marzo; 496/71, de 25 marzo; 22/72, de 22 marzo; 527/73, de 29 marzo; 797/74, de 29 marzo; 546/75, de 21 marzo; 2.325/76, de 1 octubre; 458/77, de 6 marzo; 2.499/77, de 23 septiembre;

614/78, de 30 marzo; 2.458/78, de 29 septiembre; 888/79, de 20 abril; 2.343/79, de 5 octubre; 1.257/80, de 6 junio (ampliada su vigencia hasta 31 mayo 1981 por el 507/81, de 27 marzo); 1.326/81, de 19 junio (retrotraída su vigencia a 1 abril 1981; cumpliendo con ANE, II-7); 124/1982, de 15 enero; 100/1983, de 20 enero; 3.238/1983, de 28 diciembre; 2.299/1984, de 26 diciembre; 2.474/1985, de 27 diciembre; 2.642/1986, de 30 diciembre; 1.681/1987, de 30 diciembre; 23/1989, de 13 enero; 170/1990, de 9 febrero; 8/1991, de 11 enero; 3/1992, de 10 enero; 44/1993, de 15 enero; 2.318/1993, de 29 diciembre; 2.548/1994, de 29 diciembre; 2.199/1995, de 28 de diciembre; 2.656/1996, de 27 de diciembre; 2.015/1997, de 26 diciembre; 2.817/1998, de 23 diciembre; 2.065/1999, de 30 diciembre; 3.745/2000, de 29 diciembre; 1.416/2001, de 27 diciembre.

El salario mínimo del trabajador mayor de dieciocho años se fijó en 60 pesetas/día [para 1963], 84, 96, 102, 120, 136, 156, 186, 225, 280, 345, 380, 440, 500, 548, 600, 640, 692, 759, 854, 948, 1.072, 1.158, 1.239, 1.338, 1.405, 1.468, 1.556, 1.667, 1.775, 1.876, 1.951, 2.019 y 2.090, 2.164, 2.221, 2.268, 2.309, 2.356 (14,16 euros) [para 2000] y 2.404 (14,45 euros) [para 2001]; 14,74 euros/día o 442,20 euros/mes [para 2002]. Para los años anteriores a 2002 los *s.m.i.* diarios multiplicados por 30 dan los *s.m.i.* mensuales.

Han de calcularse como mínimo sobre el *s.m.i.* las remuneraciones indirectas que lista el DSM (art. 2.^o), que, siendo muy variadas, se evalúan en un mínimo global —«en ningún caso puede considerarse cuantía... inferior»— existan o no; mínimo que, acumulado al *s.m.i.* en cómputo anual, da el superior y verdadero *s.m.i.*⁵⁵, bien que su concepto legal siga siendo el puro mensual o diario^{55a}.

El *s.m.i.* refiere «a la jornada legal... en cada actividad»; si se realiza jornada inferior se percibe a prorrata.

La expresión «cualesquiera actividades» que utiliza el DSM no tiene otra excepción sino la de los porteros de fincas urbanas, y ésta más bien aparente al completarse la tabla de salarios mínimos en metálico contenida en la Ord. 13 marzo 1974, modificada en este punto por OM 26 noviembre 1976 y 29 diciembre 1978, con el valor de disfrute de vivienda, también previsto en la misma. Probablemente no admisible es la excepción que contienen las RNT 16 enero 1961 y 26 junio 1963 (*supra*, cap. 5.^o, IV) respecto de las remuneraciones a la parte en la pesca, y la autorización que conceden para «suspender» la garantía del *s.m.i.* en caso de circunstancias económicas especiales, vista no ya la generalidad de los sucesivos DSM, sino también que según la OM 5 febrero 1963, los «salarios mínimos tendrán el carácter de salario garantizado en las actividades en que la retribución del trabajo esté constituida por participación en los ingresos, como... en determinadas modalidades de la actividad pesquera» (art. 1.^o3.^o).

Fijan también los DSM los salarios *diarios* de trabajadores «eventuales y temporeros» —llamando tales a aquellos «cuyos servicios a una misma empresa no excedan de 120 días», refundiendo dentro de ellos las partes proporcionales de domingos, festivos y pagas extra^{55b}; y, a partir del DSM 1986, los salarios mínimos *horarios* de «los empleados de hogar que trabajen por horas»^{55c} (*supra*, cap. 2.^o, IV).

«Recursos e ingresos económicos [que] computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar» no superen el doble del *s.m.i.* dan derecho a la asistencia jurídica gratuita; de la que sin más disfrutan, ante la Jurisdicción Social, «los trabajadores y los beneficiarios del sistema de Seguridad Social» [Ley 1/1996, arts. 2.^od) y 3.^o1]; siendo éste un ejemplo entre otros del uso del *s.m.i.* como «delimitación... para el disfrute de prestaciones, bienes o servicios sociales» (Valdés Dal-Ré).

⁵⁵ Que resultan ser:

Para 1990 (dieciocho y menos de dieciocho años), 700.140 y 462.000 pesetas/año; para 1991, 745.500 y 492.240; para 1992, 787.920 y 520.380; para 1993, 819.420 y 541.830; para 1994, 847.980 y 560.280; para 1995, 877.800 y 580.020; para 1996, 908.880 y 703.080; para 1997, 932.820 y 827.820. Único para 1998, 952.560; para 1999, 969.780; para 2000, 989.520 [5.947,13 euros]; para 2001, 1.009.680 [6.068 euros]; para 2002, 6.190,80 euros.

Se apreciará que este *s.m.i.* mínimo anual resulta de multiplicar por 14 (doce meses más dos pagas extra de un mes) el mensual.

^{55a} STSud 11 junio 1998 (Ar. 5.200) y las que cita.

^{55b} 3.283 pesetas/día, para 1999; 3.349 (20,13 euros) para 2000; 3.418 (20,54 euros) para 2001; 20,95 euros para 2002.

^{55c} 538 pesetas/hora, para 1999; 549 (3,30 euros) para 2000; 560 (3,37 euros) para 2001; 3,44 euros para 2002.

VI. COMPENSACION Y ABSORCION DE SALARIOS

Siendo el *s.m.i.* un suelo salarial, es posible y aun común la percepción de salarios superiores procedentes de la aplicación de otras normas y pactos; la conexión de aquél con éstos, y de éstos entre sí, suscita los complejos problemas a que alude el epígrafe.

A. Salario mínimo y salario convenido colectivamente

El *s.m.i.* puede ser realmente pagado o no puede serlo, y no lo es cuando por convenio colectivo se ha fijado un salario mínimo superior (así, el «mínimo *intertextil*», al que hace referencia SCT 26 noviembre 1982) o se han diversificado en alza los mínimos según categorías profesionales, que es lo normal.

Nótese que este salario *convenido colectivamente* es tan obligatorio como el *s.m.i.* y, por ello, a todos los efectos prácticos, es el verdadero mínimo para los trabajadores y empresarios comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio, algo tan obvio que sólo en rarísimas ocasiones ha de ser recordado⁵⁶. De hecho, numerosos convenios colectivos contienen pactos de mejora del *s.m.i.*

La coexistencia de estos dos mínimos plantea el problema de cómo y en qué medida debe considerarse afectado un salario fijado colectivamente por una modificación ulterior del *s.m.i.* Las reglas sobre esto se resumen así por el ET art. 27:

— La revisión del *s.m.i.* no afecta a la «estructura» de los «salarios profesionales», subsistiendo, por tanto, la gama o escala que caracteriza éstos.

— La revisión del *s.m.i.* no afecta tampoco a la «cuantía» de los salarios profesionales; pero quedan automáticamente aumentados los que de ellos sean inferiores en su total anual al que resulte de aplicar el *s.m.i.*, en la medida necesaria para igualar éste. Esto quiere decir, en las expresiones usuales, que el salario convenido colectivamente «absorbe y compensa» —o «neutraliza» (González Posada)— la subida del *s.m.i.*

— La comparación, para precisar si la absorción procede, ha de hacerse «en su conjunto y [en] cómputo anual»; es ésta una derivación especial importante de la regla general de ET art. 3.º, que se estudia en su lugar (*infra*, cap. 31, II).

— Los DSM, a partir del de 1990, para «facilitar la comparación», fijan, como se dijo, la remuneración anual mínima (resultante de añadir al *s.m.i.* la estimación de las complementarias que se calculen sobre el propio *s.m.i.*); las *no* usuales en general, según la jurisprudencia, no son absorbibles sino por las de su misma naturaleza⁵⁷.

⁵⁶ SCT 8 marzo 1984; STS 16 marzo 1991 (Ar. 1.865). También es anómalo el recordatorio sobre la obligación de pago del salario mínimo; sendos casos en SCT 1 julio 1985 y 15 julio 1986.

⁵⁷ Así, un plus de toxicidad (SCT 5 enero 1989 [Ar. 272] y las que cita). Por las «homogéneas» (SAN 165/1992, de 16 noviembre, y 14/1993, de 1 febrero).

Es dudoso si ET art. 27.1 —«la revisión... *no afectará*»— es norma de derecho necesario absoluto (*no puede afectar*, ni las partes pueden pactar la afección) o relativo (*no tiene por qué afectar*, pero las partes pueden pactar la afección); más bien lo segundo, al menos respecto del salario individual. Por más que, quizá achatando las escalas, en cualquier caso la subida del salario mínimo, pueda la prohibición ser referida a la subida de todas ellas y de todos sus tramos.

Sobre la amplitud con que las partes pueden convenir colectivamente salarios aparecen con frecuencia limitaciones más o menos enérgicas que tratan de acomodar sus alzas con las de la productividad general, haciendo de estas medidas parte de la llamada «política de rentas». Remitimos sobre ellas a lo que respecto de las «normas de coyuntura» se expone en el Anexo IV.

B. Salario convenido colectivamente y mejoras voluntarias individuales o colectivas

A su vez, el salario convenido colectivamente puede o no ser el realmento pagado; no lo es cuando por contrato de trabajo singularmente a un trabajador (o a varios trabajadores no identificables como colectividad, por cada uno de ellos individualmente aceptada; mejora *plural*, Bejarano), o por «mejora voluntaria» unilateralmente concedida por el empresario a todos sus trabajadores, o a colectividades o grupos de los mismos, o pactada en convenio «extraestatutario» o «impropio»⁵⁸ —modalidades todas posibles de aumento— se hayan fijado y se estén percibiendo salarios superiores. La mejora colectiva se incorpora a cada contrato de trabajo y, en este aspecto, no hay diferencia de régimen entre ambas mejoras, esto es, entre la mejora individual y el efecto individual de la mejora colectiva (la diferencia es histórica; las mejoras individuales se aceptaron libremente en las primeras interpretaciones de la LRT; no así las colectivas, tiempo atrás sujetas a autorización administrativa; hoy no, ni por otro lado impedidas por la negociación colectiva⁵⁹).

A la coexistencia del *s.m.i.* con estas llamadas *mejoras voluntarias colectivas*, o con los incrementos individuales de salarios, unas y otros con formas, modalidades y denominaciones muy variadas, se aplican reglas idénticas a las de absorción y compensación mencionadas respecto de los convenios colectivos. Supuesto que los «salarios profesionales» de ET, art. 27.1, no refieran a ellas, en todo caso el art. 4.º del D 55/1963 dispone que «los incrementos de los salarios mínimos... «interprofesionales»... podrán ser absorbidos y compensados... con cualesquiera mejoras de cualquier clase y género que fueran» que las empresas «*voluntariamente hubieran concedido* o hubieran pactado en convenio colectivo... o *contrato individual de trabajo*» (respecto de las pasadas), y de las «*mejoras que puedan concederse o pactarse*» (respecto de las futuras). Los DSM se refieren también como absorbibles a los ingresos superiores al *s.m.i.*, que viniesen «*por todos los conceptos percibiendo los trabajadores*», incluidos los derivados de «*contratos individuales de trabajo*» (por ejemplo, DSM 1984, art. 4.º).

⁵⁸ *Infra*, cap. 28, III.B.b).b').c''); cap. 30, V; cap. 31, III.C.

⁵⁹ ALONSO OLEA; SAN 100/1989, de 7 diciembre. La desaparición de la necesidad de autori-

zación se remonta a los que se llamaron *Decretos de política de salarios* de 8 junio 1956 y 21 marzo 1958.

Para el juego entre el salario convenido colectivamente y el real mejorado que se viniera percibiendo, ET, art. 26.5, da regla similar a las anteriores; los aumentos de aquéllos sólo son efectivos cuando «en su conjunto y cómputo anual» sean superiores; en otro caso opera la compensación y absorción, «que es una constante en el ordenamiento jurídico laboral...», manteniéndose en los sucesivos DSM y actualmente en el artículo 26.5 ET»⁶⁰.

Esto aparte, el convenio colectivo puede contener reglas especiales de absorción y compensación, incluida su prohibición pura y simple, total o parcial.

La voluntariedad que preside estos aumentos colectivos o individuales refiere al momento de su concesión; una vez concedidos, dependiendo del condicionamiento real de la concesión —y del hecho de haber sido reiterada y periódicamente pagados, presunción de que la concesión no fue ocasional ni «por una sola vez» salvo si esto se hubiera hecho constar cada vez que se concedió⁶¹—, no de su nombre («extrasalariales», por ejemplo), son tan obligatorios, en su cuantía y circunstancias, como el mínimo interprofesional o de convenio. Su existencia es frecuente (en general y en nuestro país; la reserva preside normalmente su concesión individual), resultando de ella que el salario real puede exceder del fijado por normas estatales y colectivas. Por otro lado, es con seguridad nulo, por opuesto a principios y derechos esenciales de la persona —Const. arts. 9.º2 y 10.1— el convenio colectivo que pretenda prohibir o limitar la percepción por trabajadores individuales o grupos de trabajadores («autonomía contractual plural»; Ballester) de salarios, u otras condiciones de trabajo, superiores a los en aquél pactados⁶², salvo que por esta vía se viole «objetivamente» (*i.e.*, con independencia de su motivación) el derecho a la negociación colectiva, intrínseco a la libertad sindical^{62a} (Const., art. 28.1), y se prescinda del procedimiento que para las modificaciones sustanciales establece ET, art. 41 (*infra* cap. 14.2).

La «absorción y compensación» de estas mejoras —posible desde luego⁶³— con aumentos salariales posteriores mínimos o convencionales, apar-

⁶⁰ Entre otras muchas, SCT 29 noviembre 1984, 16 julio 1985, 29 abril 1986 (Ar. 2.872), 2 abril (Ar. 7.206) y 18 noviembre 1987 y las que citan y 7 febrero 1989 (Ar. 76).

* STS 14 diciembre 1996 (Ar. 9.465) autoriza al empresario, al amparo de este precepto, a compensar en sentido civil (CC, arts. 1.195 y 1.196) los salarios en exceso pagados por error.

⁶¹ SCT 13 febrero 1984, 16 julio 1985, 27 noviembre 1986 («subvención por ayuda escolar... establecida desde hace más de dieciocho años» en la última); STS 9 noviembre 1989 (Ar. 8.029).

Sin embargo, para STS 3 noviembre 1992 (Ar. 8.776) y 7 junio 1993 (Ar. 4.544) no basta «la mera persistencia en el tiempo» para que subsista la concesión, salvo que «la persistencia... descubra la voluntad empresarial de introducir» la mejora (STS 8 julio 1996 [Ar. 5.758], que cita, en el mismo sentido las de 25 enero y 31 mayo 1995 [Ar. 410 y 4.012]; compárense és-

tas con las sentencias citadas en la nota 66, y con la STSud 13 febrero 1997 (Ar. 1.265) para la distinción entre la mejora «para grupo colectivo o indiferenciado» (no mantenible sin más) y la «adquirida a título exclusivamente personal (en principio mantenible, a contrario), en un caso de sucesión de empresa.

⁶² Ver al respecto, limitativa en exceso, TCO 105/1992, y *com.* ALONSO OLEA en *Jur. Const.* TSS (t. X, ref. 633, págs. 384-405); extensamente el tema en CAVAS MARTÍNEZ y en BALLESTER. Remitimos nuevamente a *infra* cap. 31.III.

^{62a} TCO 107/2000 (*Jur. Const.* TSS, t. XVII, ref. 1.140, *com.* GALA DURÁN) y 224/2001, de matizada, bien que atrevida y poco convincente doctrina ambas.

⁶³ La imposibilidad de supresión no obsta a la posibilidad de absorción «en los términos previstos en ET, art. 26.5»; ambos puntos en STS 2 noviembre 1998 (Ar. 7.878).

te de que pueden regularse al concederlas, o por el convenio colectivo⁶⁴, exige un acto o conducta del empresario demostrativo de su voluntad de absorber; que no puede demorarse, pues si la absorción no ocurre oportunamente, la mejora se consolida y el intento posterior de absorción equivale a una reducción de salarios ilícita⁶⁵; pero la renuncia a absorber en vista de un convenio colectivo no implica «la renuncia a hacerlo en ocasiones futuras», esto es, ante futuros convenios, ni por medio de éstos⁶⁶, doctrina reforzada por la [nueva] redacción de ET, art. 86.4 que, al estatuir que «el convenio que sucede a uno anterior *deroga en su integridad* a este último», admite «convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio colectivo sea fuente de condición más beneficiosa» frente al nuevo contrario⁶⁷. Lo que se suma al debilitamiento de la jurisprudencia sobre mantenimiento de condiciones, exigiendo para éste «una voluntad inequívoca» en su concesión⁶⁸; y a la posibilidad de su modificación al amparo de ET, art. 41.2^{68a}.

La mera existencia de salarios diferenciados aun para la misma categoría profesional no vulnera el principio de igualdad ni constitucional ni legal, ya que impera en este terreno «la eficacia del principio de autonomía de la voluntad»⁶⁹; otro es el caso si a través de ella se viola el principio legal de igualdad de trato (por ejemplo, pagando salarios distintos el mismo empresario a «dos colectivos de personal ... no obstante realizar idénticas funciones», en razón de su procedencia⁷⁰, o a su calidad de temporales o fijos⁷¹, o a la fecha de su ingreso⁷²), o el constitucional que prohíbe la discriminación.

Téngase en cuenta, finalmente, que las mejoras voluntarias y, por tanto, los problemas relativos a su compensación y absorción, pueden existir respecto de salarios en

⁶⁴ Un ejemplo de esto en SCT 10 noviembre 1983.

⁶⁵ SCT 10 agosto 1977 y 15 marzo 1984. Por otro lado, si una mejora no se compensa con los aumentos de varios convenios colectivos sucesivos, no puede ser compensada inopinadamente con los de otro posterior al amparo de cláusulas generales de compensación; es necesario un pacto expreso y explícito de compensar precisamente esta mejora (SCT 11 enero 1979 y 6 noviembre 1980), aunque esta doctrina no es firme (SCT 22 marzo 1983; desafortunada, SCT 26 junio 1986).

«La persistencia de un estado de cosas inalterado durante quince años» (asunción el empresario de determinados costes de hospitalización) es mejora «consolidada».

⁶⁶ SCT 19 febrero, 4 marzo y 16 diciembre (Ar. 13.191) 1986, 21 septiembre 1987; STS 22 septiembre 1995 (Ar. 6.789).

⁶⁷ STS 23 febrero 1996 (Ar. 150), con cita de otros anteriores, en los que la nueva norma de ET, art. 86.4 «en definitiva encaja».

⁶⁸ STS 30 de marzo de 1999 (Ar. 3.777), 29 marzo 2000 (Ar. 3.134) y las que cita.

^{68a} *Infra*, cap. 13.II; BEJARANO.

⁶⁹ TCo 34/1984 (distinción entre los principios constitucional y legal de igualdad que sigue en el texto) comentario en *Jur. Const. TSS*, t. II, ref. 98. Citando esta y otras sentencias, SCT 4 septiembre 1987 (Ar. 8.693), 25 noviembre 1987 [dos sentencias], 7 febrero 1989; STS 15 junio y 23 octubre 1989 (Ar. 4.588 y 7.320). Elaborada y terminante, STS 4 febrero 1994 (Ar. 795).

Puede haber «niveles» de salarios dentro de la misma categoría (SCT 15 junio 1988).

Ver también *infra*, cap. 14, I.C.a).a').

⁷⁰ Caso de SCT 4 febrero 1986 (Ar. 1.337), respecto de colectivos de 84 y 62 trabajadores. También, SCT 18 noviembre 1986.

⁷¹ SCT 3 marzo 1986 y las que cita; pero el eventual puede recibir salarios superiores (SCT 21 abril 1987; Ar. 9.081); TCo 177/1993. Ver *infra*, cap. 14, I.C.a).a'), y cap. 28, III.C.

⁷² SCT 16 mayo 1989 (Ar. 238); STS 18 diciembre 1997 (Ar. 9.517); mas si, «... de forma sistemática, a partir de... [sin causa], se aumentaron sus retribuciones en cuantía inferior... a la de sus compañeros» (SCT 23 febrero 1988, Ar. 1.444).

especie, desde luego⁷³, y de condiciones de trabajo distintas («ventaja[s] de cualquier tipo»; «aspectos múltiples», «casuística numerosísima» [Díaz Aznar]) de los salarios, y aun de éstos respecto de aquéllas y viceversa; estos problemas generales y los principios por los que se rigen —«comparación conjunta» o global [o no]; necesidad [o no] de mantener «el equilibrio del convenio colectivo»; mejoras frente a «situaciones meramente toleradas o consentidas»— se estudian en otros lugares⁷⁴. Las mejoras pueden configurarse, en ciertos casos, como prestaciones de seguridad social, creando una zona gris entre ésta y los salarios también con sus peculiares problemas de compensación y absorción⁷⁵.

El mantenimiento de condiciones más beneficiosas adquiridas, salariales u otras, por grupos de personal *no* es discriminatorio⁷⁶; ni inconstitucional las que por éstos se pacten por entender que mejoran las contenidas en convenio colectivo formal⁷⁷.

BIBLIOGRAFÍA: M. ALONSO OLEA, *La negociación colectiva y la mejora de las condiciones de trabajo*, en *Jur. Const. TSS*; tomo X, ref. 633; el mismo, *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Madrid, 1995 («La derogación de la derogatoria», págs. 80-84); F. BALLESTER LAGUNA, *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Granada, 2001, cap. II.2; A. BEJARANO HERNÁNDEZ, *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión*, Barcelona, 2001, págs. 71-74, 165-171; F. CAVAS MARTÍNEZ, *Notas jurisprudenciales sobre...*, en «Homenaje a Juan García Abellán», Murcia, 1994, págs. 41-68; M. T. DÍAZ AZNARTE, *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Barcelona, 2001, págs. 191-231; I. DURÉNDEZ SÁEZ, *La regulación del salario en España*, Madrid, 1997, págs. 19-96; S. ERBES-SEGUN, *Sociologie du travail*, París, 1999, pág. 55; O. VON GIERKE, *Las raíces del contrato de servicios*, trad. G. Barreiro, Madrid, 1982; B. VAN DER LAAT ECHEVARRÍA, *El salario en especie*, en «Estudios en homenaje al Prof. A. Pla Rodríguez», Montevideo, 1987, volumen I, págs. 576-577; JAVIER GARATE CASTRO, *Régimen jurídico del salario fijo por rendimiento*, en «Estructura Salarial», Madrid, 1987, págs. 83-91; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, *El salario mínimo interprofesional*, en «Estudios sobre el salario», Madrid, 1993, págs. 334 y 353; L. GIL SUÁREZ, *Variación de las condiciones de trabajo por iniciativa del empresario*, en «Documentación Laboral»,

⁷³ Así: «ser alimentado en régimen de pensión completa» (SCT 5 febrero 1988, Ar. 1.359).

⁷⁴ Ver *infra*, cap. 30, III.B.b).c), y cap. 31, V. Ejemplos de «otras condiciones»: servicio de bar-comedor, SCT 15 enero y 13 octubre 1987 (Ar. 2.010 y 23.649) y 9 mayo 1989; TJMa 27 septiembre 1989; premios por años de servicios, SCT 14 abril 1987; «plus de conservación de vestuario», SCT 5 enero 1987 (Ar. 30); entre otros muchos (L. GIL SUÁREZ); jornada continuada en los meses de verano (SCT 7 febrero 1989); metal noble de una condecoración por antigüedad (SCT 28 enero 1987, Ar. 1.691); entre otras); colonias veraniegas para hijos de los trabajadores (STS 15 junio 1992, Ar. 4.582; muy interesante); intereses bonificados en saldos acreedores, o no devengo de interés de los deudores; de las cuentas corrientes de empleados de bancos (SAN 40 y 41/1989, de 27 julio, y 1 octubre 1990), o créditos a bajo interés (STS 18 julio 1990, Ar. 6.427); extensión de los servicios médicos de la empresa (TJMa 17 diciem-

bre 1991), o días libres para asistir a consultas médicas (STSud 14 mayo 1992, Ar. 3.556); vivienda (STSud 27 mayo 1998, Ar. 4.933); vacaciones (STS 29 marzo 2000, Ar. 3.134).

Comparación «global» e «irrescindibilidad», con energía, en SCT 22 junio 1988; «situación tolerada o consentida» en SCT 14 enero 1987 (Ar. 599); excesiva en sus exigencias, SCT 5 octubre 1988 (Ar. 6.103). Generalidad en SAN 100/1992.

⁷⁵ Así sobre la absorción de prestaciones de *i.l.* asumidas por el empresario por las impuestas a éste por el RDL 5/1992 (constitucional [TCO 37/1994]), hoy, LSS art. 131.1, STSud 19 junio 1998 (Ar. 5.796).

⁷⁶ SCT 7 mayo 1987 (Ar. 11.640), 2 noviembre 1988 (Ar. 6.997); TCO 171/1989 (*Jur. Const. TSS*, t. VII, ref. 437); M. RODRÍGUEZ-PINERO.

⁷⁷ SCT 26 octubre 1988 (Ar. 497); *contra*, con argumentación inaceptable, TCO 105/1992 (*Jur. Const. TSS*, t. X, ref. 633). Ver también *supra*, nota 62a.

oct. 1987, págs. 78-79; E. GONZÁLEZ POSADA, *La compensación y absorción de salarios*, Madrid, 1984, pág. 148; A. L. MARTÍN SERRANO, *Lugar, tiempo y forma del pago de salarios*, en «Estudios sobre salario», Madrid, 1993, pág. 762; A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 348; el mismo, *Ideología y lenguaje...*, cit., pág. 49; C. MORADILLO LARIOS, *El nuevo régimen... de las retribuciones en especie*, Valencia, 2001, págs. 28-29; B. RÍOS SALMERÓN, *La inembargabilidad del salario*, Murcia, 1986, págs. 48-49; E. MORGADO VALENZUELA, *La protección del salario; antiguas y nuevas necesidades y respuestas*, en «Estudios Pla», cit., vol. II, pág. 42; B. OLIET GIL, *Liquidación y pago del salario*, en «Documentación Laboral», cit., págs. 129-130, 156-157; M. RODRÍGUEZ-PINERO, *Igualdad y no discriminación en el empleo*, en RMTT, núm. 13, 1998, págs. 59-60; F. VALDÉS DAL-RE, *El salario mínimo interprofesional...*, «ET, 20 años», pág. 636.

Ver también, en general, C. MARTÍNEZ MORENO, *La regulación del salario: un [comentado, completo y cuidado] ensayo bibliográfico*, en «Tribuna Social», núm. 87, 1998.

SALARIOS INDIRECTOS. PROTECCION DEL SALARIO

SUMARIO: I. COMPLEMENTOS SALARIALES.—II. VARIEDAD DE GRATIFICACIONES Y PLUSES.—III. SIMPLIFICACION SALARIAL; SALARIO GLOBAL.—IV. ESCALAS MÓVILES DE SALARIOS.—V. PARTICIPACION EN LOS BENEFICIOS: A. *Naturaleza*. B. *Regulación legal*.—VI. COMISIONES.—VII. PRESTACIONES COMPENSATORIAS E INDEMNIZATORIAS: A. *Dietas*. B. *Varia*.—VIII. «VOCABULARIO SALARIAL».—IX. PROTECCION DEL SALARIO: A. *Generales*: a) Mora en el pago; b) Impedimentos en el trabajo. B. *Respecto de los acreedores del empresario*: a) El salario como crédito privilegiado: a') El orden de preferencias; b') El privilegio de ejecución separada; c') Prescripción y transmisión; b) El Fondo de garantía salarial: a') Responsabilidades asumidas; b') Funcionamiento. C. *Respecto de los acreedores del trabajador*: inembargabilidad relativa. D. *Responsabilidad administrativa*. E. *Régimen fiscal*.

I. COMPLEMENTOS SALARIALES

El salario es la contraprestación del trabajo; es la prestación básica del empresario correlativa con la prestación básica del trabajador. En esto reside la esencia del salario y sin ello el salario no existe.

Ahora bien: el trabajo como causa del salario (en el sentido del art. 1.274 CC: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte»), presente siempre, puede ser acompañado de alguna concausa determinante, que en ocasiones es una característica especial del mismo trabajo. El art. 26.3 llama «complementos salariales» a los salarios así cualificados; su variedad es extrema (las que siguen son sólo algunas de las especies más frecuentes) y su regulación ha de buscarse dispersa y variada en las normas sectoriales, con alguna aislada en el ET y en la práctica de las empresas.

II. VARIEDAD DE GRATIFICACIONES Y PLUSES

Insistiendo en que sólo se eligen los más frecuentes y generalizados de estos «salarios indirectos», pueden citarse *ad exemplum* los que siguen, todos ellos con sus reglas propias:

1.² Las gratificaciones extraordinarias, una de Navidad y otra en el mes que se fije por convenio colectivo formal o informal, procedimiento por el cual también se decide su cuantía¹ y si se opta por su pago prorrateado a lo largo

¹ Salvo pacto, las gratificaciones se calculan por el salario que se percibe al tiempo de su devengo (SAN 194/1992, de 9 diciembre); son proporcionales al tiempo trabajado (SCT 18

del año (art. 31 ET). Los DSM, a partir de 1990, parten de que serán dos como mínimo de treinta días de salario cada una, calculadas sobre el *s.m.i.*

2.^a *Gratificaciones extraordinarias*, otras que las anteriores y con la misma variedad, convenidas colectivamente u otorgadas voluntariamente ².

3.^a *Premios o pluses de antigüedad* de servicios a un mismo empresario, respecto de los cuales el art. 25 ET suprime su exigencia y límites legales remitiendo a los que se *pueda* tener derecho por convenio colectivo o contrato individual ^{2a}, respetando los que ya se tengan y los «en curso de adquisición... en el tramo correspondiente» [bienio, trienio, quinquenio los más frecuentes] en 13 junio 1994; la antigüedad se computa «según los mismos criterios para todos los trabajadores cualquiera que sea su modalidad de contratación» (ET, art. 15.6). Si sin solución de continuidad se han sucedido varios contratos, la antigüedad computa desde el comienzo del primero de ellos ^{2b}.

4.^a Ya se habló en su lugar del recargo por *trabajo nocturno* y del no obligado por *horas extraordinarias* (*supra*, cap. 10).

5.^a *Pluses de trabajo penoso, tóxico o peligroso*, respecto del de categorías profesionales para las que ordinariamente no lo es; un 20 por 100 de recargo por este concepto es normal; quizá un 30 si concurren dos de las circunstancias dichas. Sobre la calificación del puesto de trabajo como penoso, tóxico o peligroso hay que estar a lo convenido colectiva o individualmente o a lo determinado unilateralmente por el empresario, mientras no sea contradicho judicialmente. La Jurisdicción social decide sobre las discrepancias de calificación ³, cuantía y tiempos de devengo del plus ⁴.

6.^a *Pluses por asiduidad o puntualidad*, por la asistencia continuada al trabajo durante períodos más o menos largos sin faltas de una u otra índole.

7.^a *Pluses de eventualidad*, por discontinuidad o eventualidad del empleo.

8.^a *Pluses de turno* para quien acepte trabajar con horarios variables o distintos al suyo habitual ⁵.

9.^a *Pluses de disponibilidad* para quien habitualmente deba estar «en localización inmediata para en caso de urgencia incorporarse al trabajo» ⁶.

abril 1985), durante el año anterior a la fecha de devengo (TJMa 24 octubre 1989); por eso se deduce el tiempo no trabajado por huelga (SCT 4 septiembre y 17 noviembre 1987 y las que citan; también a los funcionarios, STS, S. 3.^a [1.^a], 17 diciembre 1991; Ar. [1992] 687).

Pueden ser prorrateadas a lo largo del año (STSud 6 mayo 1999 [Ar. 4.709]) y las del TS y TCT que cita. Prorrateo válido, aún no autorizado en convenio colectivo (STS 3 mayo 1996 [Ar. 4.730]) si percibido sin protesta.

² Salvo que se diga otra cosa, «las pagas extra se deben satisfacer a razón del salario que rija en el momento de su pago» (SCT 21 enero y 13 noviembre 1978 y 26 febrero 1982).

^{2a} Tesis confirmadas en STSud 11 marzo y 17 julio 2000 (Ar. 2.849 y 7.411).

^{2b} STSud 22 mayo 2001 (Ar. 5.471).

³ STS 18 julio 1991 (Ar. 6.253) y 28 septiembre 1992 (Ar. 6.823), *obiter* STSud 3 noviembre 1995 (Ar. 8.246); STS, S. 3.^a [4.^a], 16 enero 1996

(Ar. 159) y 27 enero 1998 (Ar. 837). Cambio brusco contra constante jurisprudencia anterior (competencia administrativa y jurisdicción contencioso-administrativa; véase la 12.^a ed., pág. 340, nota 4).

Para la distinción entre trabajo penoso y trabajo peligroso, STSud 21 julio 1997 (Ar. 5.939).

Peligroso el trabajo que pide llevar arma de fuego en STSud 23 diciembre 1997 (Ar. 9.554).

⁴ SCT 13 marzo 1973 y 7 diciembre 1984, 16 noviembre 1987 (Ar. 25.094); STS, S. 3.^a [7.^a], 10 mayo 1990 (Ar. 3.743).

En general, el plus «sólo se percibe [por] los días realmente trabajados en tales condiciones» (SCT 4 julio 1983 [Ar. 7.265] y 28 enero 1987 [Ar. 1.681]). STS 18 octubre 1991 (Ar. 7.665), *contra*, laboriosa y excesiva, a propósito de «liberado» sindical, STCo. 191/1998 (*Jur. Const.* TSS, t. XVI, ref. 1.057; *com.* MONTAYA).

⁵ SCT 23 junio 1978.

⁶ STSud 16 julio 1999 (Ar. 5.795) entre otras.

Et coetera (hay muchos otros: de residencia, de idiomas [éste normalmente por el desempeño de puesto de trabajo que los exija ⁷]; de «titulación académica»; de «polivalencia» [por posibilidad de ejecución de trabajos de varias categorías u oficios ⁸]; de navegación; de vuelo...); la designación que adjetive el *plus* o *gratificación* (puesto que estas palabras solas carecen de especificidad) dirá cuál es la concausa interviniente; se trata, insisto, de salarios, porque su causa es el trabajo prestado, evaluándose la concausa mediante el complemento salarial adicional. Se insiste también en su variabilidad (hasta 59, «sin ánimo exhaustivo...», en convenios en vigor»; Rodríguez Sañudo).

Los llamados *pluses de convenio* [colectivo] establecidos y regulados por éste suelen ser salarios puros (incremento y diversificación por categorías de los *s.m.i.*; *supra*, cap. 12, VI.A), aunque se condicionen de forma varia ⁹.

El art. 26.3 ET llama al convenio colectivo «o en su defecto al contrato individual» para que, además de fijar un salario base por unidad de tiempo o de obra, determine cuáles, si existen, serán los complementos salariales y su régimen, y si han de ser o no «consolidables»; no siéndolo, salvo pacto, los de puesto de trabajo ni los ligados «a la situación y resultados de la empresa».

10.^a Las «opciones de acciones» en favor de trabajadores, tienen su causa en el trabajo y su concausa en el incentivo del rendimiento y permanencia de aquéllos. Son por tanto salarios ^{9a} (en metálico significado por el título-valor), sujetos a las condiciones de su establecimiento y al tiempo de su efectividad (Cavas, comentando las sentencias citadas; con amplia bibliografía).

III. SIMPLIFICACION SALARIAL; EL SALARIO GLOBAL

La complicación que deriva de la diversidad de partidas salariales puede ser superada con el establecimiento de un denominado indistintamente salario *global*, *simplificado* o *profesional* que las refunda, de donde resulta una suma o totalización de las cantidades que percibe el trabajador (Ucelay de Montero); práctica ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia, si la cuantía del salario global es igual o superior a la suma de sus porciones integrantes. «En principio, nada obsta a la implantación de la técnica simplificadora del salario, refundiendo... dispersos conceptos retributivos, como enseñan... ordenanzas laborales y convenios colectivos» ¹⁰. El con-

⁷ SCT 31 diciembre 1983, 17 septiembre 1985, 24 abril y 16 septiembre 1986 (Ar. 2.764 y 7.969), 29 enero y 23 julio 1987 (Ar. 1.759 y 17.695), y las que citan; las más de ellas abordan el tema del cambio forzoso o voluntario del puesto, conservando el plus en el primero, no en el segundo.

⁸ Sobre este plus, STS 11 marzo 1985 y SCT 12 junio 1986; sobre el de titulación, SCT 4 febrero 1987 (Ar. 2.331).

Sobre la polivalencia (prevista en el art. 22.3 y 5 ET, véase *supra*, cap. 11, III.A-B).

⁹ Por ejemplo, al rendimiento y a la contención del absentismo (SCT 25 marzo 1986).

^{9a} STSud, sg 24 octubre 2001 (dos senten-

cias, Ar. [2002] 2.362 y 2.363), con sustancioso voto particular ambas. Las *stock options* «son frecuentemente usadas [en USA] como incentivo... para ejecutivos... y empleados de salarios» (*Enc. Británica*). La suspicacia ante ellas pudiera estar justificada, especialmente en cuanto a la de indemnización por despido o por cese, y más si son las de alto cargo.

¹⁰ STS 9 mayo 1985 (que cita hasta ocho más), entre otras. Incluidas las horas extra (SCT 8 septiembre 1970, 18 octubre 1971 y 27 febrero 1982; STS 2 abril y 9 mayo 1981); con reducción proporcional a la de la jornada, en su caso (SCT 10 abril 1980).

venio colectivo o contrato de trabajo puede refundir sin comprender percepciones no salariales (por ejemplo, prestaciones familiares de la seguridad social).

Los DSM, desde 1973, han autorizado la globalización en el salario mínimo, para los trabajadores con contrato de duración no superior a ciento veinte días, de las partes proporcionales de domingos, días festivos y gratificaciones de julio y diciembre, fijando en consecuencia un salario diario que comprende todos estos conceptos. Las referencias al «conjunto y cómputo anual» (arts. 26.5 y 27.1 ET) pudieran ser también vías de globalización (Diéguez). El art. 31 ET, se vio, autoriza la globalización de las pagas extra.

IV. ESCALAS MOVILES DE SALARIOS

La escala móvil es un intento de conseguir la adecuación de los salarios a determinados índices sin necesidad de la negociación individual ni colectiva constante, ni de la renovación continua de promulgaciones normativas.

La cláusula o regla de escala móvil puede incluirse por disposición general estatal (especialmente respecto del salario mínimo), en convenio colectivo (para los salarios estipulados en éste y para su período de vigencia) o en contrato individual. Consiste en sustancia en establecer o pactar que los salarios variarán *automáticamente* (aunque haya grados de automaticidad) cuando varíen los índices; siendo los más frecuentemente usados:

— Índice de *coste de vida o de precios* (de todos los precios, o sólo de los precios al por menor, o de los precios de una serie de artículos seleccionados como de consumo más frecuente y usual; los precios de la «cesta de la compra», por ejemplo). En España se usa de él con alguna frecuencia por los convenios colectivos (incluidos los pactos sociales, como el AI.83 y el AES), remitiendo a las variaciones constatadas periódicamente por el Instituto Nacional de Estadística en los *Índices de precios de consumo* (IPC; OM 23 febrero 1977, que contiene las reglas para su elaboración).

La discusión, más económica que jurídica, sobre este tipo de escala móvil fue y sigue siendo muy intensa, bien porque se estime que la presión que las alzas de salarios que de ella deriva desencadena o «institucionaliza» (OIT, 1987) el desastre de la espiral precios-salarios y, consiguientemente, de la inflación, bien por provocar el desastre aún mayor de reducir los niveles de ocupación de trabajadores.

— Índices de *productividad*, generales, o de rama de producción, o de empresa, menos usados por la dificultad y discusiones a que se presta su estimación. En alguna ocasión se usan en convenios colectivos (no tanto para modificar salarios a tiempo como para conceder primas por rendimiento); las mismas normas que han limitado las escalas móviles según el coste de la vida tienen como fin declarado evitar, en general, que los aumentos de salarios sobrepasen el incremento medio de la productividad; la *política de rentas* descansa en buena parte sobre esta idea.

Ya se dijo que el art. 27 ET ordena la revisión anual, y eventualmente la semestral, del *s.m.i.* «teniendo en cuenta... el IPC, la productividad media nacional alcanzada, el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional y la coyuntura económica general». No se trata propiamente de una escala móvil, porque si bien la revisión es obligada, los factores a ponderar no son sino indicativos para el Gobierno, aunque éste aceptara en el pasado —así en el ANE (II, 7) para 1981 y 1982— el compromiso de revisar; por otro lado, habría de precisarse si los *s.m.i.* en nuestro país, en cuanto tales «red de seguridad» de la estructura salarial, al ser móviles la «presionan hacia arriba... influyendo en el nivel general de salarios» (OIT, 1987) y en la inflación por tanto, y contribuyen al «achatamiento» de las escalas de salarios típico de «los países desarrollados» (OIT, 1989).

V. PARTICIPACION EN LOS BENEFICIOS

Acostumbra hablarse de participación en los beneficios cuando la remuneración del trabajador, en todo o en parte, viene determinada por, o es extraída de, los beneficios que obtenga el empresario.

A. Naturaleza

En cuanto el salario meramente se *fiije* según los beneficios del empresario, éstos no son sino un módulo de fijación, la participación en ellos no es tal participación y nos hallamos, en consecuencia, ante un salario puro y simple; si se da la garantía de un salario mínimo convencional o legal, los beneficios pueden actuar como un incentivo o prima.

En cuanto la retribución se *extraiga* de los beneficios, que queden minorados en la parte que se atribuya a los trabajadores, hay una verdadera participación en los mismos que plantea problemas de importancia teórica; entre ellos:

1.º La esencia del contrato de trabajo está en la ajenidad, esto es, en que los frutos del trabajo pertenezcan *ab initio* al empresario; si esta titularidad inicial y única se mantiene, el contrato de trabajo subsiste aunque la remuneración sea parciaria en todo o en parte, esto es, aunque del beneficio que el empresario obtenga de la enajenación ulterior de los frutos asigne parte al trabajador; «la [mera] inserción de una prestación parciaria en un determinado tipo contractual no altera por sí el esquema del contrato ni transforma su naturaleza» (Díez Picazo). Situación semejante a la inversa posible en la sociedad civil, en la que «el socio de industria puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas» (art. 1.691 CC), sin que pierda su calidad de socio ni se desnaturalice el contrato de sociedad.

2.º Sin embargo, de la ajenidad en el trabajo deriva *naturalmente* la ajenidad en los riesgos, de forma que éstos, es decir, la posibilidad de beneficio o pérdida, se imputa al empresario. En la medida en que el trabajador participe en los beneficios y de alguna manera o en alguna cuantía el salario esté influido por aquéllos, hay, ciertamente, una aproximación del contrato de trabajo hacia formas societarias.

3.º Si el salario —que ya no es realmente tal— es indeterminado y depende en su existencia de que haya beneficios, no pagándose cuando hay pérdidas, desaparece la ajenidad de los riesgos, puesto que éstos los soportan conjuntamente trabajador y empresario, y la ajenidad del trabajo es formal o simbólica, porque aunque el empresario pueda seguir adquiriendo la titularidad inicial de los frutos, lo hace para una enajenación ulterior por cuenta de (en parte) los trabajadores. Realmente nos encontramos entonces con un contrato tipo societario (o parciario) en el que los trabajadores son socios industriales y el empresario socio capitalista o de organización; los frutos realmente pertenecen al complejo trabajadores-empresario; aquéllos siguen, por tanto, reteniendo titularidad, la ajenidad desaparece y, con ella, el contrato de trabajo: no se da la «transferencia de la obra ejecutada al patrimonio de un dador de trabajo o patrono como exigen las doctrinas científica y jurisprudencial» para que exista contrato de trabajo ¹¹.

¹¹ SCT 1 julio 1970; STS 3 octubre 1987 (Ar. 6.970). Para un ejemplo de socio industrial, SCT 6 octubre 1988 (Ar. 6.120).

B. Regulación

La LCT previó que la remuneración consistiera «total o parcialmente en la participación en los beneficios de la empresa» (art. 44) y dio algunas reglas al respecto, entre ellas que, salvo pacto en contrario, no habría lugar «a compensaciones de los años de pérdida con los años de ganancia» (art. 45). Pero las normas de la LCT se refirieron, simplemente, a la participación en beneficios como hipótesis.

La realidad —y la experiencia de España ha sido similar doquiera— sólo conoce algún ejemplo aislado de participación, sin que la institución haya, en general, suscitado el interés ni de los trabajadores, por la escasa cuantía normal de los beneficios, aun repartidos íntegramente, si comparados con los salarios, y por el riesgo de indeterminación del salario que implica participar en las pérdidas; ni de sus organizaciones, recelosas de que se susciten nuevas lealtades hacia la empresa entre sus clientelas de afiliación; ni de los empresarios, que prefieren la asunción de riesgos y la correlativa de beneficios o pérdidas.

A raíz del Fuero de los Españoles, fueron muchas las reglamentaciones de trabajo que establecieron, «en tanto no se desarrollara el principio de participación en los beneficios» previsto en su art. 26, percepciones o formas sustitutivas tales como gratificaciones extraordinarias, fijas, proporcionales a los salarios o incluso a los propios beneficios. Estas percepciones perdieron pronto su identidad, convirtiéndose en remuneraciones indirectas o, en algún caso, en cuotas de seguridad social. La OM 9 abril 1948 dispuso que estas seudoparticipaciones se abonaran «con independencia del resultado del ejercicio económico»; como «complementos salariales», esto es, salarios, son compensables y absorbibles¹².

Algún convenio colectivo ha establecido no propiamente participación en los beneficios, sino remuneraciones indirectas atendiendo a la cuantía de los beneficios; así, el de Banca privada de 1982¹³, art. 14, previó el pago de mensualidades extraordinarias según un torturado sistema que, comenzando por una mensualidad si el 10 por 100 de los dividendos líquidos abonados a los accionistas es inferior a un cuarto del total de la paga, aumenta por cuartos de mensualidad a medida que el 10 por 100 va superando el importe del cuarto de paga.

Dentro de la amplia dicción de Const., art. 129.2, cabe este tipo de participación; incluso los poderes públicos deben «promoverla eficazmente».

VI. COMISIONES

La retribución mediante comisión tiene una cierta semejanza con la participación en los beneficios; ahora bien, mientras que en ésta cuentan los beneficios generales obtenidos por el empresario, las comisiones son partici-

¹² SCT 20 abril 1978 (Ar. 3.330).

¹³ BOE 15 agosto 1982; previsión similar en convenios anteriores, así en el de 16 abril 1970 (véase la 7.ª ed. de este libro, pág. 253) y posteriores (convenio para 1986-1989, en BOE 19 mayo 1988; aplicado por SCT 16 mayo 1989 y SAN 73 y 143/1990, de 16 abril y 9 octubre; convenio de julio 1990, aplicado por SAN 173/1991, de 19 noviembre, y 50/1992, de 28 marzo; y, creo, STS 10 febrero 1992 (Ar. 962).

Los beneficios destinados a reserva voluntaria, aunque con cargo a ésta se aumente el valor de las acciones o se emitan acciones liberadas, no son dividendos a estos efectos (SCT 22 abril y 26 mayo 1983 y 27 noviembre 1984); tampoco las primas de asistencia de los accionistas (SAN 73/1990); sí la «distribución de remanente» (SAN 173/1991); «dividendo líquido, es decir, después de haber descontado» la retención por IRPF (SAN 143/1990).

pación en los negocios concretos en que hubiese mediado el trabajador así remunerado.

La retribución por comisión es muy frecuente respecto de determinadas clasificaciones laborales, tales como las de viajantes y agentes de ventas y representantes de comercio; la relativa abundancia de casos jurisprudenciales demuestra su vigencia real y explica la persistencia en ET, art. 29.2, de normas reguladoras, que son, en sustancia, las siguientes:

1.^a El derecho a la comisión, salvo pacto, nace «en el momento de realizarse y pagarse el negocio, la colocación [del producto o servicio] o venta», lo que exige la «consumación efectiva» de la operación (Garrigues), que ésta «haya sido realizada materialmente» (Cabrera Bazán), aunque el pago mediante entrega de letras de cambio vale a este efecto ¹⁴. El trabajador tiene derecho a la comisión si el negocio se deshace por culpa del empresario, conforme a la regla general del art. 30.

2.^a También salvo pacto, la liquidación y pago de las comisiones se hará al finalizar el año.

3.^a El trabajador tiene derecho, por sí o por «sus representantes legales» —o voluntarios, es claro; por perito que designe al efecto, por ejemplo—, a pedir y obtener del empresario (y del Juez en caso de resistencia o negativa; LPL, art. 77) acceso o comunicación de los libros de cuentas en lo preciso para conocer las bases de su comisión. Excepción, por tanto, al principio de que «la contabilidad de los empresarios es secreta»; confirmada, junto con la regla general, por la versión actual (procedente de la Ley 19/1989, de 25 julio) del art. 32 CCo.

Respecto de la cantidad o porcentaje en que la comisión consista nada dice el ET; habrá que estar a lo pactado y en su defecto a la costumbre local en la respectiva rama de industria o comercio; naturalmente, la mayor actividad suele traducirse en mayor rendimiento y éste en más o mayores comisiones ¹⁵. El pacto exigiendo un rendimiento mínimo y, por consiguiente, la «obtención» de unas comisiones mínimas es frecuente (y lícito en las condiciones expuestas; *supra*, cap. 12, II.A).

Con seguridad, un contrato de trabajo común retribuido a comisión exige la garantía de un salario mínimo; el que no se deba es indicio de que el contrato no es de trabajo, como dice la jurisprudencia ¹⁶; pero téngase en cuenta que el trabajo puede ser marginal, no sujeto a jornada o con jornada reducida ¹⁷.

Repárese en que el salario a comisión es típico del representante de comercio; se aplica entonces el DRC, como relación de trabajo especial (*supra*, cap. 5.º, VI). Ya se dijo que la no obtención de comisiones por cualquier causa *no* quiere decir que el representante responda del buen fin, pues esto exige además que se «responsabilice de las operaciones impagadas» ¹⁸.

¹⁴ STS 31 enero 1979 y 4 junio 1980.

¹⁵ De ahí que la jurisprudencia hable de las comisiones como salario por unidad de obra o al rendimiento (SCT 21 febrero 1984 [dos sentencias]).

¹⁶ STS 12 febrero 1976.

¹⁷ SCT 20 mayo 1986 (Ar. 3.468); STS 6 junio 1987 (Ar. 4.132); ambos casos de cobradores de recibos a comisión.

¹⁸ Si se «responsabiliza» responde del buen fin y, por tanto, la relación no es de trabajo [ET, art. 1.3.f)]; si no se responsabiliza, la relación es de trabajo, común o especial [ET, art. 2.1.f)]; recoge con claridad la distinción STS, S. 3.º (4.º), 14 enero 1998 (Ar. 745).

Como también se dijo, las comisiones son salario para calcular el de vacaciones ¹⁹.

VII. PRESTACIONES COMPENSATORIAS E INDEMNIZATORIAS

Entendemos por tales aquellas cuya causa de pago no se encuentra directamente en el trabajo, sino en los gastos que el trabajador ha debido hacer a consecuencia del trabajo, que así es para la prestación compensatoria no causa sino ocasión, entendida ésta como *quid* que pone a la causa en condiciones de producir su efecto, como aquello «sin lo cual la causa no podría ser causa», hubiera dicho Sócrates.

Regla general de ET, art. 26.2, es que no son salario las «indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados [por el trabajador] como consecuencia de su actividad laboral» ²⁰, aunque del propio precepto se desprenda evidentemente la obligación del empresario de compensarlos pagándolos.

Algunos de estos gastos son frecuentes, determinando la aparición de regulaciones específicas como las que siguen.

A. Dietas y gastos de viaje

Las dietas son indemnizaciones alzadas que percibe el trabajador para cubrir su manutención cuando, por razón de su trabajo, tiene accidentalmente que desplazarse fuera de la localidad de su domicilio habitual. Las normas sectoriales se ocupan de ellas, junto con los gastos de viaje propiamente dichos; generalmente fijándolas en cantidades de devengo diario, y frecuentemente distinguiendo entre dietas y *medias dietas*, según se pernocte o no fuera del domicilio. El ET conoce la existencia de estas percepciones, puesto que las nombra (art. 40.4).

El carácter compensatorio de las dietas hace que no estén sujetas a las reglas sobre compensación y absorción salariales ya examinadas ²¹, salvo pacto expreso, ni entren a formar parte de las bases de cálculo de gratificaciones, indemnizaciones, remuneración de vacaciones ni prestaciones de seguridad social ²².

¹⁹ *Supra*, cap. 10, IV.C; morosamente, SCT 14 abril 1984 y 27 julio 1987 (Ar. 16.966).

²⁰ Sobre los del «pequeño transportista» (caso límite, probablemente, en cuanto pone en juego la naturaleza misma del contrato), *supra*, cap. 1.º, III; STS 28 septiembre 1987 (Ar. 6.402).

²¹ *Supra*, cap. 12, VI-VII. SCT 25 mayo y 6 junio 1972, 3 mayo 1976 y 3 diciembre 1979; sean «reglamentarias» o individualmente pactadas (SCT 11 octubre 1973 y 17 junio 1982), insistiendo en su carácter no salarial (SCT 3 febrero 1989 [Ar. 1.136]).

La cuantía de la dieta es la del lugar de desplazamiento (si es distinta de la del de residencia en virtud, por ejemplo, de la vigencia de convenios diferentes), «salvo norma convencional [o estatal] más favorable» (SCT 10 y 14 mayo 1977 y 27 julio 1981, y las que en la primera se citan).

²² GARCÍA BERCEDAS; SCT 26 septiembre 1985; STS, S. 3.º [7.º], 14 mayo 1991 (Ar. 4.099) a contrario; SAN 24/1992, de 6 febrero.

B. Varia

Privados de *status* legal (por derogación expresa de sus normas reguladoras) los pluses de *distancia* y de *transporte* ²³, aún existen otros pluses de naturaleza indemnizatoria, como el de «compensación de subidas de transporte urbano» (OM 24 septiembre 1958) o el de residencia en Ceuta y Melilla (OM 11 noviembre 1958), o indemnizaciones puras y simples, como son las que se conceden en caso de traslado permanente a centro de trabajo situado en otra población «por necesidades del servicio»; aparte de las que puedan aparecer en normas sectoriales ²⁴.

El ET aprovecha la oportunidad del art. 26.2 para decir que tampoco son salario las prestaciones de seguridad social (no se pagan por el empresario), ni las indemnizaciones por traslado (compensación de gastos, en realidad), suspensión o despido (no se perciben por los servicios, sino por dejar de prestarlos; la expresión «despido» tiene aquí el sentido vulgar, y más que vulgar amplísimo, de extinción del contrato de trabajo por cualquier causa en virtud de la cual el trabajador deba ser indemnizado). Por lo demás la relación del art. 26.2 tiene carácter ejemplar, «no es... excluyente» (García Murcia).

VIII. «VOCABULARIO SALARIAL»

Aún pueden hallarse otras adjetivaciones propias o impropias del salario, cuyo conjunto forma un verdadero «vocabulario salarial» (Bayón Chacón); así, los *salarios-base* [o *bases*, a secas] de *cotización* son las cuantías salariales, o cifras en relación con las mismas, que se toman como módulos para las aportaciones de empresarios y trabajadores a la seguridad social; el *salario familiar* es expresión doctrinal que envuelve la idea de que el salario se determine no sólo por el trabajo prestado, sino por las necesidades del trabajador y su familia (a ambas se refiere Const., art. 35.1), tema que ha derivado en general hacia prestaciones, hoy en España asistenciales, de seguridad social; los *salarios diferenciales* son forma técnica breve de expresar la diferencia cuantitativa de los salarios según las cualificaciones profesionales de los trabajadores; distinguiéndose también entre *salarios reales*, como la totalidad de los efectivamente percibidos; *salarios ordinarios*, que normalmente eliminan percepciones no periódicas, y —con otro sentido ahora— *salarios base*, que en general se corresponden con los fijos, diarios o mensuales, según categoría profesional. El *salario diferido* se refiere a las cotizaciones de seguridad social, especialmente a las destinadas a pensiones de jubilación —y, donde existen, a las *indemnizaciones* por antigüedad al tiempo de extinguirse el contrato—, para una concepción según la cual estas cuotas minoran las retribuciones actuales del trabajador para revertir posteriormente a él en forma de prestaciones, etc.

Regla de interpretación —no del todo segura; del contexto puede desprenderse otra cosa ^{24a}— es que cuando el ET habla de salario o remuneración a secas, comprende «la totalidad de las percepciones» de su definición en el art. 26.1. Como tam-

²³ Sobre ellos, la 13.ª ed., pág. 30. La derogación por LETyPL, disp. derogatoria única.

²⁴ Así el plus de compensación de la comida de mediodía, en el caso al que se refiere SAN 96/1990, de 26 junio.

^{24a} Así, respecto del convenio de portuarios, STSud 9, 11, 16 y 17 marzo 1999 (Ars. 2.121, 2.126, 2.203 y 2.207), entre otras.

poco es seguro que la expresión *salario mínimo interprofesional* tenga un significado unívoco²⁵.

Repárese que las expresiones que se acaban de mencionar corresponden a categorías generales; en situaciones concretas aparecen denominaciones específicas muy variadas; por ejemplo, salario «de disponibilidad» o «de retén» por el tiempo en que el trabajador estaba a disposición del empresario «por si se producía alguna avería o emergencia imprevisible»²⁶.

IX. PROTECCION DEL SALARIO

Engloba esta expresión, y se exponen seguidamente, medidas de naturaleza varia que quieren bien garantizar la percepción efectiva por el trabajador de sus salarios, bien otorgar a éstos un régimen especial frente a determinadas contingencias o a ciertas cargas.

A. Generales

Todas las reglas sobre lugar, tiempo y forma de pago (*supra*, cap. 12, IV) podrían traerse a colación aquí, añadiendo la prohibición de discriminación salarial por razón de sexo (art. 28), también mencionada ya.

a) Mora en el pago

El interés por mora del 10 por 100 anual de los salarios adeudados sanciona el deber de pago *puntual* (ET, art. 29.1 y 3)²⁷, aparte de que ET, art. 50.1.b), lista «el retraso continuado en el abono de salario» como justa causa para que el trabajador resuelva el contrato. El tipo de interés del 10 por 100 abandona la fuerte sanción de la mora en el pago de los salarios, que fue, por cierto, característica de nuestro Derecho histórico, apareciendo ya en los Fueros de Cuenca, Soria y Teruel, entre otros (Gibert).

La reducción del tipo parecía privar de actualidad a la jurisprudencia, que exigía, como apreció Montoya, que el importe de los salarios debido fuera «pacífico e incontrovertido»²⁸. Pero la jurisprudencia sigue insistiendo en que «para que exista la mora, también la actualmente normada en ET, art. 29.3», se precisa inexcusablemente cantidad líquida y determinada y sobre cuya obligación de pago no exista duda razonable; un «retraso culpable», pues; lo que normalmente exige la constatación de la deuda en conciliación o por sentencia, sin que a su vez de éstas derive *per se* la culpabilidad de la mora²⁹; por

²⁵ SCT 20 febrero 1985 (a propósito del art. 37.3 ET, sobre retribución durante los permisos). A propósito del *s.m.i.*, STSud 26 febrero 1993 (tres sentencias; Ar. 1.446-1.448).

²⁶ SCT 24 abril 1978.

²⁷ ET art. 29.3, como norma especial, es el aplicable, y no la Ley 24/1984, de 29 junio; ésta fija el *interés legal* del dinero, derogando el art. 1.108, párr. 2.º, CC; pero lo hace «de-

jando a salvo lo dispuesto en leyes especiales» (preámbulo). Ver el final de este apartado a).

²⁸ STS 14 diciembre 1973, 21 mayo 1974, 4 junio 1981, 6 octubre 1982, 14 febrero 1983; SCT 27 febrero 1972 y 3 marzo 1978.

²⁹ STSud 15 junio 1999 (Ar. 6.736) y las que cita, entre otras.

otro lado, la certeza y liquidez indubitadas de los salarios pueden hacer que se incurra en mora *desde que debieron ser pagados* ³⁰.

Lo que ET, art. 29.3 impone es verdaderamente un «interés por mora», no un recargo; en consecuencia ha de fijarse en proporción al tiempo durante el que el salario ha sido adeudado (Fernández Avilés, extensamente); 10 por 100 anual, por tanto ³¹.

Si la deuda salarial está reconocida en sentencia que «condene al pago de cantidad líquida», devenga «un interés anual igual al... legal del dinero incrementado en dos puntos» (LEC, art. 576.1) ³²; el interés legal del dinero es el «tipo básico del Banco de España», salvo que las LP «establezcan —como no es infrecuente que hagan— uno diferente» ³³. Este interés se devenga sin necesidad de petición, ni aun de condena expresa ³⁴; *desde la fecha de la sentencia de instancia*, aunque ésta haya sido recurrida, si resulta confirmada ³⁵ no si revocada ^{35a}.

b) Impedimentos del trabajo

Puede citarse como garantía la conversión del salario en indemnización de su misma cuantía si el trabajador no pudiera trabajar por «impedimentos imputables» al empresario (art. 30 ET). Es presunción general que al empresario es imputable el impedimento, en cuanto asume el riesgo de empresa. El trabajador ha de estar a disposición del empresario y no rehusar aceptar trabajo distinto del suyo habitual ³⁶. *A sensu contrario*, «si el traba-

³⁰ Así, en SCT 5 enero 1989 (Ar. 272); «lo problemático y controvertido del principal... excluye la mora» (y, por tanto, los intereses; STSud 1 abril 1996, Ar. 2.974).

³¹ SCT 28 julio 1981, doctrina sobre la que insisten SCT 21 diciembre 1981, 19 enero 1982 y 10 diciembre 1984.

³² SCT 26 noviembre 1985; *infra*, cap. 18, II.D.b) y la jurisprudencia que allí se cita.

El interés del dinero, sin el recargo, conforme a la Ley General Presupuestaria, arts. 36.2 y 45, si es deudor el Estado o Comunidad Autónoma, según jurisprudencia reciente (STSud 5 y 6 noviembre 1996 [Ar. 8.405 y 8.554] y 6 febrero 1997 [Ar. 1.000]).

³³ Art. 1.º de la Ley 24/1984, de 24 junio; conforme al mismo, se fija el 10 por 100 (más dos puntos; el 12, pues) hasta el 31 diciembre 1990 (LP.90, disposición adicional 5.ª); igual hasta 31 diciembre 1991 (LP.91, disposición adicional 2.ª) y hasta 31 diciembre 1993 (LP.93, disposición adicional 9.ª); el 9 por 100 (más dos puntos; el 11, pues) hasta el 31 diciembre 1994 (LP.94, disposición adicional 19.ª) y hasta el 31 diciembre 1995 (LP.95, disposición adicional 12.ª), y hasta el 31 diciembre 1996 (RD 12/1995, de 28 diciembre, disp. ad. 3.ª); 7,5 por 100 (más

dos puntos el 9,5 por 100, pues), hasta el 31 diciembre 1997 (LPac.97, disp. ad. 11.ª); el 5,5 por 100 (más dos puntos, el 7,5 por 100, pues), hasta el 31 diciembre 1998 (LP.98, disp. ad. 6.ª); el 4,25 por 100 (el 6,25, pues) hasta el 31 de diciembre de 1999 (LP.99, disp. ad. 5.ª); los mismos hasta el 31 de diciembre de 2000 (LP.2000, disp. ad. 5.ª); los mismos hasta el 31 de diciembre de 2002 (LP.2002, disp. ad. 7.ª).

³⁴ STS 2 diciembre 1988 (Ar. 9.539) y 13 octubre 1989 (dos sentencias; Ar. 7.530 y 7.531) y las que citan, entre otras. Por ello no se aparta de lo ejecutoriado su reconocimiento en ejecución de sentencia, aun sin condena expresa en ésta; pero véase *en contra*, extravagante, STS 20 enero 1992 (Ar. 49).

³⁵ STS 10 noviembre 1989 (Ar. 8.031) y STSud 7 febrero 1994 (Ar. 810) y 31 mayo 1996 (Ar. 4.714); jurisprudencia con la que concuerdan TCo 69/1996 y las de ella derivadas TCo 110 y 113 (que además declaran que el incremento de dos puntos es exigible de los entes públicos morosos).

^{35a} STS, S. 1.ª, 5 abril 1993 (Ar. 2.787), amplia sobre estos temas.

³⁶ SCT 13 abril y 16 septiembre 1972: versión de la «excepción de emergencia».

jador no pudiera prestar sus servicios... por impedimentos [no] imputables» al empresario, no se deben salarios³⁷; pero éstos pueden ser pagados, «recuperando» en los días siguientes al cese del impedimento las horas no trabajadas³⁸. Tampoco se deben salarios si el impedimento no imputable al empresario pudo salvarlo el trabajador y no lo hizo por falta de diligencia³⁹.

En este contexto se puede situar el impedimento derivado de huelga para trabajadores no huelguistas, que justifica el cierre patronal defensivo (*infra*, cap. 33, IV) y la consiguiente interrupción de la obligación de pago del salario⁴⁰.

Si prevé larga la suspensión, el empresario puede formalizarla a través de un expediente de crisis [ET, art. 45.1.i)-j); *infra*, cap. 16, V.B.c)], del que derivarán prestaciones de desempleo si aquella es absoluta o si supone la reducción, «al menos de una tercera parte», de su jornada ordinaria (Ley 31/1984, de 2 agosto, art. 1.º3).

A medio camino entre ambos supuestos se halla la posibilidad de supresión de incentivos, primas o pluses especiales por falta de pedidos o circunstancia similar, justificada en principio por la naturaleza misma de estos tipos de retribución, aunque sin jurisprudencia consolidada⁴¹.

En general, se reitera, salvo norma expresa, o prueba de la fuerza mayor que destruya la presunción, siendo el «suministro de trabajo» obligación del empresario, a él se imputa la responsabilidad de su falta, con subsistencia consiguiente del crédito salarial; la presunción explica algún exceso de la jurisprudencia⁴².

Para el supuesto de que no dar trabajo obedeciera a la voluntad deliberada del empresario, con violación de ET, art. 4.º2.a), véase *infra*, cap. 14, II.

³⁷ Por ejemplo, no se deben en casos de: no asistencia al trabajo por falta de higiene en los tajos por huelga de los trabajadores de limpieza; o por huelga en los transportes (ambos ejemplos en SCT 27 mayo 1982); o por piquetes (SCT 2 noviembre 1987; Ar. 23.710); o por huelga en otro centro de trabajo de la misma empresa (*obiter* en SCT 22 septiembre 1987); sí, si en el mismo centro, pues ello equivale a un *lock-out* (SCT 27 enero 1988 [Ar. 821], excesiva; salvo que éste sea lícito de forma y fondo, es claro); no por accidente atmosférico o climático que afecte a trabajadores o suministros (SCT 24 septiembre 1986 y 27 mayo y 6 julio 1987, y las que ésta cita; STS, S. 3.º [1.º], 24 junio 1994 [Ar. 6.492]); o por falta de energía eléctrica (SCT 23 noviembre 1988).

³⁸ SCT 12 febrero 1988: «los trabajadores pierden la parte del salario correspondiente al tiempo no trabajado».

³⁹ Aplicando el art. 30 ET y pese a la declaración de nulidad del art. 5.º del DJ por STS, S. 3.º [7.º], 31 enero 1990 (Ar. 574), poco convincente, quizá fundada en creer que no hay deuda salarial previa (FERNÁNDEZ).

⁴⁰ Pero es preciso que se haya seguido el procedimiento legal de cierre; salvo que haya habido connivencia entre huelguistas y no huelguistas (STSud 20 junio 1995 [Ar. 5.360], ponderosa; seguida por la de 22 junio 1995 [Ar. 5.363] en el mismo sentido).

Para supuestos, en ocasiones, difícilmente distinguibles de los de *supra*, nota 37; véase STSud 7 julio 1992 (Ar. 5.589).

Ver *Suspensiones del contrato*, en *infra*, cap. 15, III.

⁴¹ Con diferentes matices, SCT 2 junio 1980, 1 marzo 1981 y 6 julio 1982. Claramente admisivas, SCT 4 junio 1985 y 5 abril 1989; negativa, excesiva por falta de matización, SCT 27 febrero 1987; matizada, SCT 2 diciembre 1987; caso singular (paralización de la obra por el Gobierno), SCT 14 enero 1987 (Ar. 608).

⁴² Así, SCT 13 junio 1985; ordena el pago de primas durante un «paro técnico» de tres días por alteración del proceso productivo; sus fundamentos son pobres. También, SCT 13 junio 1986 (avería de horno) y 11 septiembre 1987 (falta de «almacén» por huelga).

B. Respeto de los acreedores del empresario ⁴³

Son dos tipos de medidas, relacionados entre sí, los a incluir dentro de este epígrafe: los privilegios crediticios de que goza el salario y las garantías articuladas para su cobro a través del Fondo de garantía salarial (FGS).

a) El salario como crédito privilegiado

Las sucesivas versiones de ET, art. 32, han ido regulando los privilegios del salario como crédito, de origen remoto —y fuertemente arraigados en nuestro derecho hasta que la Ley Hipotecaria de 1861 primero y el CC después favorecieron los créditos hipotecarios (Ríos Salmerón)—, que ya fueron objeto de la atención de LCT y LRL, y de constante preocupación doctrinal; sus reglas actuales pueden resumirse e interpretarse como sigue, tocando algunos de los múltiples problemas que plantean.

a) El orden de preferencias

1.º Los salarios de los últimos treinta días, «en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional», son preferentes sobre cualesquiera otros créditos, «aunque estén... garantizados por prenda o hipoteca» ⁴⁴, sobre bienes cualesquiera del empresario deudor (núm. 1): «un gravamen... sobre todos y cada uno de los bienes del empresario, de carácter tácito y legal» (Gullón); son créditos protegidos por una «hipoteca [garantía real] general [sobre todos los bienes] privilegiada» [preferente sobre cualquier otra] tácita [no precisa de inscripción] en la terminología vieja; o ante un «privilegio general de primer rango» (Pérez Pérez) o «superprivilegio» (Américo Cruz; Ríos Salmerón), en las nuevas propuestas, más acertadas, porque no nos hallamos ante un derecho real.

2.º Todos los demás salarios gozan de preferencia también sobre todos los demás créditos, pero sólo sobre los «objetos elaborados» o reparados —de ahí su denominación doctrinal «privilegio [no carga real] refaccionario»— por el trabajador acreedor y «mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario» deudor (núm. 2).

El «objeto» puede ser mueble o inmueble ⁴⁵ (Ríos), quizá exigiendo para el inmueble anotación preventiva (Alvarez), y con seguridad trasladándose el privilegio a la indemnización o precio que sustituya al objeto (Martínez Vivot).

⁴³ El 16 mayo 1996 entró en vigor en España el Convenio 173 OIT (BOE 21 junio 1995), sobre «protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador», con las reservas hechas en el Instrumento de ratificación. Ni en cuanto a privilegios crediticios ni en cuanto a la «institución de garantías» parece ir más allá del ET.

⁴⁴ Ello implica «la extinción... y cancelación:

de la hipoteca... [para que]... la venta... se lleve a efecto libre de cargas» (SCT 23 marzo 1988; Ar. 2.365); venta «bajo condición de cancelar... la hipoteca» (STS 20 diciembre 1988; Ar. 10.077).

⁴⁵ Inmueble al que se ha incorporado el trabajo; no «el inmueble donde se trabaja» (determinadamente, STSud 17 noviembre 1997 [Ar. 8.314]).

Si no se toma *o* por *y*, los problemas interpretativos son insolubles (autorizaría la ejecución sobre bienes propiedad de tercero distinto del deudor, lo que es absurdo), salvo que se entienda —ésta es quizá la interpretación razonable— que el privilegio, respecto de los bienes meramente poseídos, refiere a los créditos que por su elaboración tenga el empresario contra su propietario, porque éste no haya pagado en todo o en parte el precio de elaboración, pese a ser o haber devenido propietario (aunque no poseedor, por hipótesis; así en casos de «venta sin entrega posesoria» y ejecuciones de obra en que la propiedad de ésta pertenezca al comitente, antes de su entrega).

3.º Los salarios no incluidos en el núm. 1 (superprivilegiados) o no hechos efectivos conforme al núm. 2 (con privilegio refraccionario) —hasta «la cuantía que resulte de multiplicar el triple del *s.m.i.* por el número de días de salarios pendientes de pago»; así como las indemnizaciones por despido, en su cuantía legal, aunque calculada sobre el triple del *s.m.i.*— gozan, sobre todos los bienes del empresario deudor, «de preferencia sobre cualquier otro crédito», salvo los que de éstos cuenten «con derecho real» y a su vez «con arreglo a la ley sean preferentes» (núm. 3), enrevesada y no decisoria redacción, especialmente su último inciso, al remitir a otras leyes.

Las reglas del art. 32.1-3 ET dejan sin aplicación virtual las del CC y CCo sobre privilegios salariales (Ríos), reforzando éstos, culminando así una evolución que comenzó en las primeras versiones de este torturado precepto, a partir de la contenida en el art. 16 del «Código» de Trabajo de 1926, como pertinentemente anotara el comentario de Alarcón y Horcas⁴⁵.

b') *El privilegio de ejecución separada*

Estas preferencias, como todas las crediticias, jugarán normalmente en el seno de los procedimientos de ejecución universal del empresario deudor, «de un procedimiento relativo a los activos de un empleador [para] pagar colectivamente a sus acreedores» (dice, fijando el ámbito del Convenio 173 OIT citado, su art. 1.º1); pero pueden jugar en cualquier otro (núm. 4). En cuanto a la no suspensión por la incoación de aquéllos de la ejecución particular instada por el trabajador acreedor (núm. 5), normalmente ante el Juez de lo Social, su juego parecería sólo claro respecto de los créditos del núm. 5, habida cuenta de su preferencia absoluta respecto de todos los créditos sobre cualesquiera bienes del deudor; pero el precepto es terminante y sin salvedades en cuanto a «las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos a que se refiere este artículo» [el 32], instaurando de tal forma un «privilegio de ejecución separada e independiente» forzado el legislador por la ineficacia del procedimiento concursal común; y quizá en espera de uno «ágil y eficaz... si a ello se llega alguna vez» (Ríos).

Algún titubeo jurisprudencial fue terminantemente resuelto por STS 28 enero 1983 [dos sentencias]⁴⁶, según las cuales ET, art. 32.5, conlleva a los «créditos labora-

⁴⁵ Siguen en vigor las reglas del Convenio de Bruselas de 10 abril 1926 (*Gaceta* 31 julio 1930), en cuanto a los créditos sobre el buque del capitán y la tripulación (STS, S. 1.ª, 22 mayo 1989; Ar. 3.877).

Para la distinción entre los créditos de los

apartados 2 y 3 del art. 32 ET, véase la precisa STS, S. 1.ª, 2 febrero 1995 (Ar. 732).

⁴⁶ Sentencias de la Sala de conflictos jurisdiccionales, resolviéndolos entre Magistratura de Trabajo y Juzgado de Primera Instancia; terminante la propia Sala en Sentencia 13 julio

les... un derecho de separación absoluta en el aspecto procesal», en cuya virtud «el ejercicio de acciones por parte de los trabajadores ante las Magistraturas de Trabajo en reclamación por los salarios que les sean debidos, y la ejecución de las sentencias que en estos procesos se dicten —«hasta que se consuma [el crédito] en ejecución de sentencia»⁴⁷— no queda en suspenso por la iniciación del... juicio universal en los supuestos de quiebra o suspensión de pagos de las empresas deudoras de dichos créditos». Pierde así importancia procesal, en el supuesto de quiebra, la distinción entre deudas [salariales] del [empresario] quebrado, y deudas [salariales] de la masa de la quiebra en cuanto que ambas quedan fuera del proceso universal, cuando menos si éste se inicia principiada ya la ejecución independiente⁴⁸.

En su redacción actual, los núms. 4 y 5 del art. 32 comprenden las indemnizaciones por despido en los términos del también actual núm. 3⁴⁹.

Las tercerías, así las de dominio —éstas «a los meros efectos prejudiciales», suspendiéndose «las actuaciones relativas a... los bienes discutidos», mientras se tramita el incidente (LPL, arts. 258 y 236)— como las de mejor derecho (LPL, art. 273), se plantean ante y resuelven por el Juez de lo Social⁵⁰.

Con todo, el privilegio de ejecución separada desaparece en algún supuesto⁵¹.

c') Prescripción y transmisión

Las preferencias relacionadas prescriben al año «desde el momento en que debió percibirse el salario» objeto de ejecución; pero este mismo, y con el mismo *dies a quo*, es el plazo de prescripción del salario según ET, art. 59. No son transmisibles los privilegios —salvo, por precepto expreso (ET, art. 33.4), en favor del FGS —por cuanto es intransmisible la calidad personal del acreedor al que amparan, salvo la tradicional subrogación del acreedor hipotecario que asume el pago resultante de ET, art. 32.1. Pero también, cómo no, se discute la transmisibilidad del privilegio.

El crédito salarial en sí mismo es transmisible; la prohibición de disponer

2000 (Ar. [2001] 2.405); siguiendo ya su doctrina STS 15 marzo 1984 y SCT 31 octubre 1985 (dos sentencias). La doctrina anterior en SCT 16 enero 1981 y 16 septiembre 1982.

⁴⁷ SCT 17 enero 1986 (Ar. 241).

⁴⁸ La solución es probablemente la contraria si la ejecución en vía civil se ha iniciado ya; esta regla de prioridad en el tiempo, respecto del procedimiento ejecutivo de la Hacienda pública, en RD 1.912/1984, de 30 agosto, decisorio de competencia; en general, S. Trib. Conflictos 7 y 17 noviembre 1992 (Ar. 9.671-9.672). La atribución «en favor del órgano que trabó el primer embargo... no afecta... a la preferencia de los créditos».

⁴⁹ Concluye así una tumultuosa historia jurisprudencial narrada con crudeza ejemplar por los Autos TS (conflictos) 27 junio 1992 (Ar. [93] 2.412) y 6 julio 1994 (Ar. 10.582); para la misma, 13.ª ed., pág. 347 y nota 56.

⁵⁰ Derogando jurisprudencia anterior, según la cual la tercería de dominio es «en realidad... ejercicio de una acción reivindicatoria» (SCT 22 septiembre 1987 [dos sentencias; Ar. 19.564 y 19.566]) sobre la cual había de decidir el Juez civil. Ver *D.Pr.Tr.*, cap. 10.º, A.c).

⁵¹ La incidencia sobre el art. 32 ET del RDL 10/1984, de 11 julio (art. 4.º6), y la Ley 33/1984, de 2 agosto (art. 32.1-2), que instituyen un régimen de liquidación administrativa de entidades aseguradoras, elimina para ellas el privilegio de ejecución separada de los salarios (Ríos; TCo 4/1988; *Jur. Const. TSS*, t. VI, ref. 281), por lo menos mientras aquélla se suspende a petición de la Administración, por un plazo máximo de un año (art. 32.2 de la Ley 33/1984; STS 17 noviembre 1987 [Ar. 8.002]). S. Trib. Conflictos 13 julio 1988 (dos sentencias; Ar. 10.309-10.310).

de ET, art. 3.º5, no afecta «a las relaciones [del trabajador] con terceros, al margen de su relación laboral» (Ríos Salmerón); pero téngase en cuenta lo que se dice *infra*, C, sobre la inembargabilidad relativa del salario, que hace inaccesible a los acreedores del trabajador la porción no embargable.

b) El Fondo de garantía salarial

El art. 33 ET regula este Fondo interempresarial [FGS; su organización y funcionamiento han sido desarrollados por RD 505/1985, de 6 marzo, que, su título no obstante, contiene también normas sustantivas; entre ellas la extensión de las prescripciones del art. 33 ET a las relaciones laborales especiales del art. 2.º1.d) y f) ET; también contiene normas sobre el FGS la LPL ⁵²], cuya administración se confía a un ente dependiente del MTS, al que se denomina también *Fondo de garantía salarial*, expresión que por tanto alude a los recursos económicos —«el Fondo se financiará con las aportaciones...», etc.— y a la persona jurídica que tiene atribuida su gestión y administración —el Fondo tiene «personalidad jurídica y capacidad de obrar...», etcétera—, núms. 5 y 1 del art. 33, respectivamente ⁵³.

a') Responsabilidades asumidas

En caso de «insolvencia [incluida la provisional declarada... por falta o insuficiencia de bienes embargables (Bragado)] ⁵⁴, suspensión de pagos, quiebra o concurso» del empresario deudor ^{54a}, el FGS hace efectivos a los trabajadores:

1.º Los salarios pendientes de pago de ciento veinte días como máximo reconocidos en acto de conciliación o por resolución judicial ⁵⁵. Salario es el de ET, art. 26.1, con el tope del doble del *s.m.i.* ⁵⁶ vigente al declararse la in-

⁵² Comenzando la LPL por la atribución de jurisdicción a la Social en el art. 2.ºf).

⁵³ Breve historia del FGS en la nota 60, pág. 348, de la 13.ª ed.

⁵⁴ La responsabilidad del FGS exige la previa declaración de insolvencia (STS, S. 3.ª, 1 octubre 1984 y 13 junio 1986; SCT 7 diciembre 1988 [dos sentencias; Ar. 8.192 y 8.194]). Cabe que el FGS pida la declaración de insolvencia a los solos efectos suyos (art. 275 LPL). Insolvencia total o parcial, cubriendo el FGS la deficiencia (SCT 7 diciembre 1988 [Ar. 8.191]); de la sociedad regular colectiva empleadora, no de sus socios (STSud 22 julio y 24 septiembre 1996 [Ar. 6.375] de doctrina tan laboriosa como probablemente errónea).

^{54a} «Aunque pudieran existir... [otros]... responsables solidarios o subsidiarios» (STSud 24 diciembre 1999, Ar.[2000]835).

⁵⁵ No los [desaparecidos] «salarios de tramitación» según la nueva redacción que a ET, art. 33.1 dio la DLDM.

⁵⁶ Sin recargo por pagas extra (STSud 11 junio 1998 [Ar. 5.200], Auto 23 noviembre 2000 [Ar. 10.304] y las que cita; contra jurisprudencia anterior).

Salario regulador, siempre con el tope del doble del *s.m.i.*, es «el realmente percibido» (STSud 27 julio 1993 [Ar. 5.989]), que puede ser inferior al propio *s.m.i.* (por ejemplo, en contrato a tiempo parcial; STSud 28 mayo 1998 [Ar. 5.701]).

El *s.m.i.* es «el vigente al tiempo de... la insolvencia» (STS 25 septiembre 1989 [Ar. 6.479]; STSud 10 junio 1992 [Ar. 4.560]). «El día [de] la extinción del contrato» (SCT 10 enero 1989 [Ar. 538], doctrina vieja mejor fundada). Para el supuesto de dos declaraciones de insolvencia sucesivas, STSud 12 mayo 1992 (Ar. 3.545).

solvencia⁵⁷. El FGS no paga cuotas de seguridad social sobre estos salarios, según la jurisprudencia⁵⁸.

2.º Las «indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa»⁵⁹ a los trabajadores «a causa de despido (colectivo o por causas objetivas —incluido desde luego el despido de «colectivos menores» de ET, art. 52.c)⁶⁰— o disciplinario [ET, arts. 51.8, 53.1.b) y 56.1.a), respectivamente) o extinción del contrato de trabajo» conforme al art. 50 ET [extinción causal por voluntad del trabajador o despido indirecto; *infra*, cap. 19, IV]; también extinción por traslado, vista la remisión implícita que el art. 40.1.4 hace al art. 51⁶¹. Pero con el tope que resulta de que la indemnización se calcula como de 25 días de salario por año de servicio [no de los 45 que resultarían de los arts. 56.1.a) y 50.2 ET⁶²], con un máximo de un año (no de 42 mensualidades), y sin que el salario que se compute pueda exceder del doble del s.m.i. «vigente en el momento... de la declaración de insolvencia»⁶³.

La declaración de insolvencia del empresario exige la audiencia del FGS para que alegue lo que le convenga, incluido el señalamiento de bienes para embargo y la solicitud de suspensión de la ejecución, si de ésta deriva «la extinción de relaciones laborales» (arts. 274-275 LPL). Por lo demás, el FGS debe haber comparecido antes en la ejecución, si ha habido propuesta o acuerdo de distribución de bienes del empresario deudor (art. 270 LPL) o si a su interés convenía; puede ser encargado por el «Juez del depósito, administración, intervención o peritación» de lo embargado (art. 251 LPL); ha de ser traído también a los procedimientos concursales.

Cuando el FGS hace frente a sus responsabilidades, se subroga en los derechos de los trabajadores para ejercitarlos frente al empresario cuando venga a mejor fortuna; este crédito conserva los privilegios que al salario otorga el art. 32 ET, «que constituye[n] elemento o cualidad del mismo»⁶⁴; si concurre con los trabajadores por la parte no satisfecha por el FGS, «unos

⁵⁷ STSud 6 junio 1992 (Ar. 7.359).

⁵⁸ STS, S. 3.ª, 23 junio 1986, de dudosa doctrina; si no hay cuotas «de empresario» tampoco las hay «de trabajador»; el período queda así sin cobertura de seguridad social.

⁵⁹ No las convenidas en acto de conciliación, ante el SMAC ni ante el Juez. Doctrina definitiva como sentada en uno de los últimos ejemplos del desaparecido [en la LPL de 1990] *recursó en interés de la Ley* (STS 4 julio 1990: Ar. 6.052); también, TCo 306/1993 *Jur. Const. TSS*, t. XI, ref. 790; *com.* GARCÍA PERROTE, y *Auto ud* 14 abril 1999 (Ar. 4.404) y las que cita.

Si las fijadas, por auto o sentencia, por incumplimiento de lo convenido en conciliación prejudicial o judicial (STSud 28 febrero y 17 abril 2000 [Ar. 2.244 y 3.962] y 22 enero 2001 [Ar. 781]). No las fijadas en convenio colectivo (STSud 26 diciembre 2001; Ar. [2002] 2.205).

⁶⁰ Las dudas que existieron en cuanto a estos despidos (ver TCo 103/2002) fueron resueltas por la Ley 60/1997, de 19 de diciembre, incorporando la mención expresa del

art. 52.c) al art. 33.2; STSud 14 abril 1999 (Ar. 4.405).

⁶¹ También de las indemnizaciones que fije el Juez en el supuesto de extinción por jubilación del empresario según el art. 49.7 ET (STS, S. 3.ª, 27 octubre 1986; Ar. 5.809); las de un mes de salario [ET art. 49.1.g)].

Si de la ejecución del empresario [parcialmente] insolvente resultan cantidades, éstas se aplican a prorata a los salarios debidos y a la indemnización (aplicando CC, art. 1.174.2.ª, SCT 3 marzo 1988 [Ar. 2.158] seguida por STSud 15 julio 1997 [Ar. 5.706] y la que cita).

⁶² Ni de los 20 que resultarían del art. 51.8 ET (STSud 15 julio 1991; Ar. 5.988); ni de los 33 que resultarían de ET, art. 53, conforme a DLMFci, disp. ad. 1.ª.

⁶³ STSud 4 junio 1991 (Ar. 5.128) y 6 julio 1992 (Ar. 5.583).

⁶⁴ STS, S. 1.ª, 11 noviembre 1987 (Ar. 8.371). De ahí su legitimación para impugnar la conciliación que estime fraudulenta (SCT 4 junio 1987 [Ar. 12.251] y 12 febrero 1988 [Ar. 1.403]).

y otros se abonarán a prorrata». El FGS goza de justicia gratuita; la jurisdicción social conoce de las pretensiones que como subrogado ejercite^{64a}.

Se nutre el FGS con una cuota del 0,4 por 100 de los salarios reales («la base de cotización... será la... de accidentes de trabajo», insiste LP.2002), de los trabajadores de *todos los empresarios*, «tanto si son públicos⁶⁵ como privados», cuyo tipo se fija en las Leyes de Presupuestos⁶⁶; es cargo íntegro del empresario. *No* están incluidos los trabajos en el hogar familiar⁶⁷; *sí* los de alta dirección⁶⁸; *no* los funcionarios⁶⁹.

b') *Funcionamiento*

Las peticiones dirigidas al FGS se resuelven, «previo... expediente para la comprobación de su procedencia» —instruido normalmente por las «unidades administrativas» del FGS—, por el Secretario General del Fondo, cuyas resoluciones (que «no ponen fin a la vía administrativa»⁷⁰) son susceptibles de recurso ordinario ante el MTS; las de éste habían de serlo en vía contencioso-administrativa, según normas anteriores al RD 505/1985 y el art. 29 de éste. Pero una abrumadora jurisprudencia concluyó declarando que el conocimiento correspondería a la Jurisdicción de Trabajo⁷¹, lo que definitivamente confirmó LPL, art. 2.ºf)⁷².

El derecho a las prestaciones del FGS prescribe al año, contado desde la firmeza del auto que declare la insolvencia del empresario deudor⁷³. Un año, contado desde el acto de conciliación, sentencia o resolución administrativa que los haya reconocido, es también el plazo de prescripción para instar la ejecución de los créditos salariales del empresario deudor, de la que puede resultar la declaración de insolvencia (art. 33.6-7 [párrafo 1.º] ET y art. 240.1-2 LPL). Son, pues, dos los plazos de prescripción, de un año ambos, de juego sucesivo; ambos aprovechan al FGS⁷⁴; pero para que aproveche el segundo ha

^{64a} STS, S. 3.º [7.ª], 27 septiembre 2000 (Ar. 8.136); ALONSO OLEA *et al.*

⁶⁵ Aunque se mantenga que éstos no puedan devenir insolventes (STS, S. 3.º [4.ª], 28 octubre 1998 [Ar. 8.213]).

⁶⁶ La cuota fue el 1,1 por 100 en 1985, 1986 y 1987; el 0,8 en 1988; el 0,5 en 1989; el 0,4 en 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002. Cuotas especiales para los contratos de aprendizaje. Ver Ley 35/2002, de 12 julio, art. 11.

ET disp. final 4.ª autoriza al Gobierno la revisión del tipo.

⁶⁷ Disp. ad., RD 1.424/1985.

⁶⁸ Sobre la muy compleja historia que vino a parar a este *sí*, tras años de *no*, ALONSO GARCÍA y ALONSO OLEA; brevemente, en la 13.ª ed., pág. 350, nota 73.

⁶⁹ STS, S. 3.º [4.ª] 28 octubre 1998 [Ar. 8.213]).

⁷⁰ Aclaración de LPac. 1999, art. 82.Uno.4.b).

⁷¹ Para la jurisprudencia citada, sus vaivenes y la solución dada por la Ley 20/1988, de 14 julio, similar a la actual de la LPL, véase la 11.ª ed., págs. 335-336.

⁷² ¿Con reclamación administrativa previa tras de agotar la vía administrativa?; parece que sí, por absurdo que parezca (ALONSO OLEA).

⁷³ STSud 24 febrero 1998 (Ar. 1.957) y 9 marzo y 17 diciembre 1999 (Ar. 2.752 y 9.822). Insolvencia declarada precisamente en el proceso «en que se reclamó... el pago de los mismos salarios o indemnizaciones que... se exigen al Fondo» (STS 30 octubre 1990, Ar. 5.517; doctrina dudosa).

⁷⁴ El FGS puede oponer a la pretensión de pago *ambas* prescripciones (STSud 25 julio 1991 [Ar. 6.262] y 7 octubre 1993 [Ar. 7.577]; TCo 171 y 233/1991 [Jur. Const. TSS, t. IX, refs. 575, com. F. RODRÍGUEZ-SARUDO, y 596]).

de haber sido el primero alegado a su debido tiempo y no haber consentido la sentencia que dejara de apreciarlo⁷⁵.

Pese a su regulación dentro del ET, el FGS es más bien una institución de seguridad social, y una operación de seguro social la que por el FGS se administra; en la que los defectos de pago de los créditos salariales serían el riesgo o contingencia objeto de protección; los pagos que el FGS hace, la prestación; el impuesto o cotización sobre los salarios, el precio o prima del aseguramiento; la colectividad de los empresarios, el conjunto asegurador, asociado con carácter forzoso en el FGS, que deviene así ente público asegurador o entidad gestora; cada empresario, el asegurado, su eventual responsabilidad última frente al propio FGS no obstante; y los trabajadores, los beneficiarios del seguro^{75a}. Estos rasgos propios del aseguramiento social, hacen del FGS el servicio público de garantía de los salarios (García Murcia) o el «fondo de solidaridad» (Montoya, Suárez) que su nombre refleja.

Sobre la responsabilidad del FGS, conforme a ET, art. 33.8, en las «crisis de empresa pequeña» y «amortización de puestos de trabajo, ver *infra*, cap. 16, págs. 434-435. Repárese que en este supuesto, siendo «directa» la responsabilidad del FGS no hay que esperar a la declaración de insolvencia del empresario, comenzando el plazo de prescripción, también de un año, desde la extinción del contrato de trabajo^{75b}.

El art. 33.9 ET exige que el FGS sea parte en los arbitrajes en virtud de cuyos laudos haya de asumir responsabilidades. Con seguridad se trata de los efectos de la secuencia: acuerdo conforme al art. 83.2-3 ET-contrato de compromiso-procedimiento arbitral-laudo de los árbitros, todo ello referido a materia de la que puedan resultar obligaciones del Fondo conforme al art. 33 ET. Sobre los aspectos procesales de todo esto, art. 65.3 y disposición adicional 7.ª LPL.

C. Respetto de los acreedores del trabajador; inembargabilidad relativa

Conforme a LEC⁷⁶, art. 607:

- «Es inembargable el salario... que no exceda» del *s.m.i.*⁷⁶.
- Las porciones que excedan del *s.m.i.* son embargables según una escala que va desde el 30 por 100 «para la primera cuantía adicional que suponga... el doble del *s.m.i.*», hasta el 75 por 100 (para la que suponga un quinto salario mínimo), siendo embargables las cuantías adicionales en su 90 por 100.
- Las cantidades exentas de embargo se entienden líquidas, esto es, de-

⁷⁵ STSud 5 mayo 1999 (Ar. 4.700) y las que cita, entre otras.

^{75a} Sobre la posibilidad de que los trabajadores dediquen sus prestaciones a «empresas de economía social» para conservar sus puestos de trabajo, consúltese el RD 505/1985, de 6 marzo, art. 2, y su modificación por RD 372/2001, de 6 abril.

^{75b} Desde la firmeza de la sentencia, si la decisión de extinción ha sido impugnada judicial-

mente (STSud 3 julio y 20 septiembre 2001 [Ar. 7.305 y 7.933]), entre otras.

⁷⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, que entró en vigor en 8 enero 2001.

⁷⁶ Pueden ser embargadas prestaciones de seguridad social, aunque así caigan por bajo del *s.m.i.*, para el reintegro de prestaciones indebidas (STSg 24 abril 1997 [Ar. 3.588] y *id.* 20 diciembre 1999 [Ar. 10.023]) y 10 octubre 2001 [Ar. (2002) 1.478]) y las que citan.

ducidos «los descuentos de carácter público»; fiscales, tributarios o de Seguridad Social.

— Las dos primeras reglas no se aplican a los alimentos a cuyo pago se haya condenado el ejecutado, incluidos los «debidos al cónyuge o a los hijos, en virtud de sentencia dictada en proceso de nulidad, separación o divorcio. En estos supuestos, el Juez «fijará la cantidad que puede ser embargada» (LEC, art. 608).

Son también inembargables —aparte del mobiliario, menaje, ropas...; no suntuarios— «los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado» (LEC, art. 606.1-2).

Parece seguro que lo protegido en la LEC es el salario aún no percibido, que es el que se paga o «retiene»; no el ya percibido e ingresado en el patrimonio del trabajador deudor; con alguna duda, más bien de *lege ferenda*, si aún es identificable (Rfós Salmerón).

«No será válido» el pago que se pretenda hacer al trabajador de la porción embargada de su salario, en aplicación del art. 1.165 CC.

Es irrenunciable el «derecho a la inembargabilidad» de los salarios en los términos expuestos: «el embargo [de] bienes inembargables será nulo de pleno derecho» (LEC, art. 609).

D. Responsabilidad administrativa

«El impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido», son infracción laboral muy grave (ET, art. 96.1)⁷⁷.

E. Régimen fiscal*

Tradicionalmente los salarios habían sido objeto de un régimen fiscal especial favorable a través de exenciones o bonificaciones en las bases o cuotas, últimamente de los Impuestos sobre los rendimientos del trabajo personal y general sobre la renta de las personas físicas.

El trato de favor desapareció a partir del 1 de enero de 1979 en virtud de la Ley 44/1978, de 8 septiembre, que creó el nuevo *Impuesto sobre la renta de las personas físicas* sujetando a imposición todas las rentas del contribuyente, incluidos «los rendimientos del trabajo personal» sin tratamiento especial o, si se quiere, con tratamiento especialmente duro para éstos; especial y precisamente para los «rendimientos del trabajo personal *dependiente*», componente esencial fáctico real del IRPF, caracterizado por su «elevado nivel» comparativo de declaración y control fiscales.

Por su parte, la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y el RD 1.841, de 30 de septiembre, que aprobó su Reglamento, mantienen la línea de dureza extremada y control de las rentas salariales.

El 1 de enero de 1999 entró en vigor la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Im-

⁷⁷ Un caso de imposición de sanción en STS, S. 3.ª [4.ª], 26 julio 1996 (Ar. 6.401).

* Agradecemos la ayuda y más que ayuda que para las sucesivas revisiones de esta parte

nos presta nuestro colega M. M. CASAL BRAVO, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid.

puesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, desarrollada por su Reglamento aprobado por RD 214/1999, de 5 de febrero. Esta nueva Ley considera rendimientos íntegros del trabajo (art. 16) «todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatuaria...».

Los gastos deducibles, aunque continúan muy tasados, mejoran la normativa anterior ampliándose con uno nuevo: la deducibilidad, dentro de un límite, de los gastos de defensa jurídica derivados directamente de litigios suscitados en la relación del trabajador con la persona de la que percibe los rendimientos.

La Ley introduce una nueva técnica de reducciones para obtener el rendimiento neto del trabajo mediante minoraciones que se aplican atendiendo a su cuantía neta, y que beneficiarían al trabajador:

La nueva Ley deja exentas [art. 7.e)] las indemnizaciones por despido o cese del trabajador en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el ET, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias⁷⁸. La exención se pierde si el trabajador es contratado de nuevo, dentro de los tres años naturales siguientes al despido o cese por la misma empresa o por otra a ella vinculada, en los términos del art. 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

Asimismo, quedan exentos los rendimientos de trabajo efectivamente realizados en el extranjero, siempre que se cumplan los requisitos del art. 5.º del Reglamento, así como las prestaciones reconocidas al trabajador por la Seguridad Social o por las entidades que la sustituyan como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Por último, están también exentas las prestaciones por desempleo reconocidas por la entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único establecida en el RD 1.044/1985, de 19 de junio.

La normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas vigente desde el 1 de enero de 1999 introduce mejoras en lo que se refiere a los rendimientos del trabajo, en el sentido de que, en determinadas condiciones, no tendrán que declarar por este impuesto los trabajadores que no superen los 601,01 euros brutos anuales (art. 79 Ley), habilitándose un procedimiento rápido para la devolución de las cantidades a que tuviese derecho; además el artículo 76 del Reglamento establece un límite cuantitativo excluyente de la obligación de retener en los rendimientos del trabajo que no superen ciertos importes.

Ocasionalmente en convenio colectivo, o como «mejora», el empresario «asumía» el antiguo impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal. El art. 26.4 ET prohíbe terminantemente este tipo de pacto, respecto de «todas las cargas fiscales» sobre los salarios, y de cuotas de seguridad social, a cargo del trabajador, declarándolos nu-

⁷⁸ En este sentido, STS, S. 3.ª, 14 mayo 1982 y 13 abril 1988 (Ar. 2.605), y STS 10 marzo 1983 (frente a lo que resultaba de la regulación anterior, STS, S. 3.ª, 16 mayo 1983) y STS, S. 3.ª [2.ª], 19 noviembre 1997 [Ar. 8.526]. También SCT 14 mayo 1982 y 1 abril 1986 (Ar. 2.027). Tampoco se cotiza por estas indemnizaciones a la seguridad social [art. 109.2.b) LSS; SCT 14 mayo 1981] ni por las de traslado (art. 40.2 ET); STS, S. 3.ª, 29 octubre 1988 [Ar. 8.270]).

Repárese en que estas sentencias son con-

tencioso-administrativas, jurisdicción que conoce de los temas fiscales y en favor de la que declina la suya la Jurisdicción Social (STS 21 diciembre 1989 [Ar. 9.255]) y STSud 4 mayo 2000 [Ar. 4.262], como en general lo hace retenciones por impuestos y cuotas practicadas por el empresario (STSud 25 mayo 1992 [Ar. 3.597]) y 7 octubre 1998 [Ar. 8.862]), entre otras; no si las retenciones lo son por deudas del trabajador de las que el empresario sea acreedor (STS 12 junio 2001, Ar. 5.935).

los; «norma de derecho necesario que escapa del poder dispositivo de las partes», que «obsta a cualquier acuerdo anterior o posterior a su vigencia»⁷⁹.

Conforme al art. 7.º5.º y 6.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el valor añadido (IVA), no están sujetos al mismo «los servicios prestados por personas físicas en régimen de dependencia derivado de relaciones administrativas o laborales, incluidas en estas últimas las de carácter especial», así como «los servicios prestados a las cooperativas de trabajo asociado por los socios de las mismas y los prestados a las demás cooperativas por sus socios de trabajo». Por el contrario, sí están sujetas al IVA, como «autoconsumo de servicios», «las prestaciones de servicios a título gratuito...» (art. 12.3.º), salvo que «sean obligatorias... en virtud de normas jurídicas o convenios colectivos...» (art. 7.º10.º). Incólume sigue el «provisional» impuesto confiscatorio sobre el patrimonio, incluso el formado por ahorros de salario ya gravados.

BIBLIOGRAFÍA: S. ALARCÓN Y HORCAS, *Código de trabajo*, t. I, Madrid, 1927, págs. 148-159; R. ALONSO GARCÍA, *Progresiva integración judicial del Derecho comunitario en el Ordenamiento laboral español*, en REDT, núm. 44 (1990), y *De nuevo sobre el Derecho comunitario*, en REDT, núm. 57 (1993); M. ALONSO OLEA, *El trabajo como bien escaso*, Madrid, 1995, págs. 72-80; el mismo, *Extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario*, en Estudios en honor a A. Menéndez, Madrid, 1996, vol. IV, págs. 5.065-5.071; el mismo, *Disposición adicional quinta [de la LJCA]*, en «Rev. Española de D. Administrativo», núm. 100, 1999; M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES, R. M.ª ALONSO GARCÍA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 11.ª ed., Madrid, 2001, pág. 64; A. ALVAREZ CAPEPOCHIPI, *Comentario a STS, S. 1.ª*, en «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», núm. 1987 (1987), ref. 392, págs. 5075-5076; G. BAYÓN CHACÓN, *Introducción sobre el salario y sus problemas*, en *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, Departamento de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1971; J. C. BRAGADO ALFAGEME, *El Fondo de Garantía Salarial. Un estudio comparado*, en REDT, núm. 7 (1981); F. CAVAS MARTÍNEZ, *Aspectos jurídico-laborales de las «stock options»...*, en Ar. Social, núm. 2, 2002; J. CARRERA BAZÁN, *La retribución a comisión*, en RPS, núm. 85 (1970); F. CAVAS MARTÍNEZ y J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La recuperación de las horas de trabajo perdidas por fuerza mayor*, en REDT, núm. 51 (1992), pág. 65; L. DIEZ-PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, vol. II, Valencia, 1965, págs. 288-289; J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *Configuración del salario*, Granada, 2001, págs. 269-283; E. FUENTES QUINTANA y col., *Reforma fiscal y problemas de la Hacienda pública española*, Madrid, 1990, págs. 92-94, 96-98, etc.; G. GARCÍA BECEDAS, *La dieta en la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Central de Trabajo*, en RPS, núm. 116 (1977); J. GARCÍA MURCIA, *El Fondo de Garantía Salarial*, Madrid, 1983, pág. 63; el mismo, *El Fondo de Garantía Salarial* (Tesis doctoral), Sevilla, 1982; el mismo, *La prohibición de la asunción por el empresario de las obligaciones tributarias y de seguridad social del trabajador*, en REDT, núm. 18 (1984), págs. 273 y sigs.; el mismo, *Concepto y estructura del salario*, «ET, 20 años», t. I, pág. 622; R. GIBERT, *El contrato de servicios en el Derecho medieval español*, en RPS, núm. 101

79. SCT 21 noviembre 1980, 25 mayo 1984 y 1 julio 1985 (GARCÍA MURCIA). Pero si el pacto es anterior al RDL 49/1978, de 26 diciembre, que estableció la prohibición que el art. 26.3 ET reproduce, pueden seguir percibiéndose cantidades por ese concepto *ad personam* («... a todos los que antes disfrutaron de aquella ventaja» [SCT 3 y 4 diciembre 1984 y 26 enero 1987]), inmovilizadas hasta su absorción (SCT 31 diciembre 1981 y 28 septiembre 1984 [dos sentencias]), 1 julio 1985), si procede ésta (como normalmente procede; SCT 22 noviembre y 15 diciembre 1983, 20 diciembre 1984, 25 junio 1985) como «complemento salarial individual» (SCT 18 enero 1982) aunque es claro, la empresa no está obligada a absorber (TCO

171/1989 [Jur. Const. TSS, I, VII, ref. 437]). Pero en todo caso los salarios han de gravarse; *contra*, profundamente errónea, la doctrina de SCT 8 febrero 1982, drásticamente corregida por la más acertada de SCT 18 marzo y 13 julio 1982. También, SCT 3 junio y 14 noviembre 1983, 7 marzo 1984, 30 mayo 1986, 16 noviembre 1987 (Ar. 25.097), 21 enero 1988 (Ar. 774); STS, S. 3.ª [2.ª], 11 abril 1989 (Ar. 3.681).

No cabe conceder intereses elevados a los depósitos en cuentas corrientes de trabajadores si las normas generales lo prohíben (SCT 10 octubre 1985); si en otro caso (SCT 2 julio 1985). Ni dejar de repercutir el IVA sobre los suministros y retribuciones en especie (SCT 1 julio 1986).

(1974); A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código Civil*, Barcelona, 1962; J. MARTÍNEZ GIL, *Privilegio salarial ordinario*, en *El salario como crédito privilegiado*, Madrid, 1981; J. MARTÍNEZ VIVOT, *Elementos de Derecho del Trabajo*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1994, pág. 437; A. MONTÓYA MELGAR, *La mora en el pago del salario*, en RPS, núm. 64; el mismo, *La reforma del FGS*, en «Estudios Pla», cit., vol. I, págs. 592-593; B. OLLET PALÀ, *El Fondo de Garantía Salarial*, en «Doc. Laboral» (octubre 1987), pág. 336; OIT, *El trabajo en el mundo*, vol. III, Ginebra, 1987, págs. 116 y 155-172; vol. IV, 1989, págs. 88-89; M. PÉREZ PÉREZ, *El crédito privilegiado del trabajador: sujeto, objeto y ejercicio*, en RPS, núms. 124 y 126 (1979 y 1980); el mismo, *Concepto, naturaleza jurídica y clases de privilegios del crédito salarial*, en REDT, núm. 4 (1980); PLATÓN, *Fedón*, 99b, en *Diálogos*, trad. de C. García Gual, vol. III, Madrid, 1986, pág. 107; B. RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, págs. 89, 107-109, 152, 295, 331, 365, 366, 408; el mismo, *La inembargabilidad del salario*, Murcia, 1986, págs. 51-56, 67-69; el mismo, *La situación de los créditos laborales en la liquidación administrativa de las entidades aseguradoras*, en REDT, núm. 34 (1988), y en *Jur. Const.*, TSS, t. VI, ref. 281; el mismo, *Las garantías del salario*, «ET, 20 años», t. I, págs. 692-694, 697-698; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Régimen jurídico laboral de la minería del carbón*, tesis doc. inédita, Univ. de León, 1996, III.II.8; F. RODRÍGUEZ SANUDO, *Complejidad y racionalización de la estructura del salario*, en REDT, núm. 17 (1984); F. SUÁREZ GONZÁLEZ, *El FGS*, en «Estudios Pla», vol. II, Montevideo, 1987, pág. 190; J. A. UCCELAY DE MONTERO, *Salario global unificado*, en *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, cit., pág. 200.

Sobre IX.C, una completísima bibliografía en A. PEDRAJAS MORENO, *El embargo sobre retribuciones*, Valencia, 1998, págs. 16-22.

**PODER DE DIRECCION Y SUS LIMITACIONES.
DEBERES DE RESPETO Y DE OCUPACION.
PODER DISCIPLINARIO; FALTAS Y SANCIONES.
DEBER DE PROTECCION Y RESPONSABILIDADES**

SUMARIO: I. EL PODER DE DIRECCIÓN Y SUS DERIVACIONES: A. *Concepto del poder de dirección*. B. *Manifestaciones*: a) Órdenes; generales y particulares; b) «Ius variandi» y conductas privadas. C. *Limitaciones del poder de dirección*: a) El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación; b) Legitimidad y cumplimiento de las órdenes; la presunción de legitimidad y la excepción de no cumplimiento; c) Las órdenes sobre la conducta privada y sus límites.—II. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO; LA «FLEXIBILIDAD INTERNA»: A. *Las condiciones afectadas*; B. *La sustancialidad de las modificaciones*; C. *Los procedimientos y efectos de las modificaciones*: 1.1) Individuales; 1.2) De colectivos menores; 1.3) De colectivos mayores: 1.3.1) Limitadas por el convenio colectivo; 1.3.2) Aptas para modificar el convenio colectivo.—III. INTIMIDAD Y DIGNIDAD DEL TRABAJADOR: A. *Intimidad*. B. *Dignidad; el acoso sexual*.—IV. EL DEBER DE OCUPACIÓN EFECTIVA.—V. EL PODER DISCIPLINARIO: CONCEPTO Y CARACTERES: A. *Faltas laborales*. B. *Sanciones laborales*. C. *Procedimiento sancionador*.—VI. CONCEPTO DEL DEBER DE PROTECCIÓN: A. *La protección reglada*. B. *La protección no reglada*.—VII. DIRECCIÓN, PROTECCIÓN Y RESPONSABILIDAD: A. *Responsabilidad frente al trabajador*. B. *Responsabilidad frente a los terceros*: a) Responsabilidad civil extracontractual; b) Responsabilidad civil derivada de delito; c) Responsabilidad administrativa.

I. EL PODER DE DIRECCION Y SUS DERIVACIONES

Sobre el empresario pesa una obligación general de protección del trabajador, cualitativamente diferenciada de la de remunerar el trabajo. Si se contemplaran ahora nuevamente, por ejemplo, las reglas sobre el lugar y el tiempo de la prestación del trabajador, se las vería como conjunto de prescripciones —seguridad en el trabajo, higiene en el trabajo, descansos diarios, semanales y anuales en el trabajo— que constituyen otras tantas obligaciones específicas del empresario.

Lo que se va a explayar ahora a este respecto es:

1.º Que las mencionadas obligaciones específicas son derivaciones o manifestaciones de una general; esto es lo que llamamos *deber de protección*.

2.º Que este deber no deriva naturalmente de la apropiación de los frutos del trabajo de otro, que queda atendida con la obligación de remunerarlos; el deber de protección nace de que el trabajo debe ser prestado de cierta manera y con sujeción a ciertas órdenes cuya fuente es el empresario, al que el contrato atribuye un *poder directivo* sobre el modo de la prestación, cuyo ejercicio según la buena fe característica del contrato de trabajo es el que impone el deber.

3.º Resulta además que el poder de dirección no ya fundamenta el deber de protección, sino también el *poder disciplinario*, sin el cual aquél sería una autoridad moral sin sanción jurídica eficaz; así como la *responsabilidad gene-*

ral del empresario, frente a los terceros y frente al propio trabajador, por las consecuencias de los actos que éste ha ejecutado cumpliendo con sus directivas.

Todos éstos son los temas que se van a analizar seguidamente.

A. Concepto del poder de dirección

El poder de dirección es la facultad, que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo; el poder de dirección es un poder de ordenación de las prestaciones laborales (Montoya); comprende, asimismo, la facultad de especificar las prestaciones debidas dentro de las posibles conforme a la cualificación profesional del trabajador, según se dijo; lo ejerce el empresario por sí o a través de otras personas; necesariamente a través de otras si el empresario es una persona jurídica, y voluntariamente puede ejercitarlo de esta forma indirecta en cualquier caso, lo que quiere decir que el titular de hecho, por derecho propio o por delegación, del poder de dirección es precisamente el que se calificó de estamento directivo (*supra*, cap. 6.º, III) de la empresa.

Si el estamento sujeto a las órdenes es plural, el poder de dirección se extiende a dar las necesarias para coordinar adecuadamente las prestaciones de todos los que lo integran. En este sentido, el poder de dirección es consustancial a la empresa, estricta necesidad técnica u organizativa de ésta, de la que es un «factor estructural» (Rivero Lamas); la consecuencia es que nos hallamos ante «un poder *ex lege*, imprescriptible, indisponible e intransferible» (de la Villa); pero la fuente del poder —la que permite el juego del ordenamiento legal— y de la obligación correlativa están en el contrato [de trabajo], «tras el cual existen y se desenvuelven» (Rodríguez-Piñero). Como apreciara Gierke, su extremada posición comunitaria no obstante, «la base jurídica del poder de dirección... [al que "se liga un deber de protección"]... sólo puede estar en el contrato de trabajo».

Por supuesto, en el ET el poder de dirección está implicado en el «ámbito de... dirección» de la definición del art. 1.º I, y recalcado con rigor en el art. 20.1: «El trabajador estará obligado a realizar el trabajo... bajo la dirección del empresario o persona en quien delegue.»

B. Manifestaciones

El poder de dirección se manifiesta o diversifica en la serie de facultades que seguidamente se exponen:

a) Órdenes; generales y particulares

Típicamente, manifiestan el poder de dirección:

1.º La facultad de dictar reglamentos, órdenes o normas generales de taller o fábrica; la formalización máxima —y por ello más controlada— de este poder era el reglamento de régimen interior, hoy eliminado en la lista de fuen-

tes de ET, art. 3.º¹, pero no se agotaba en éste, sino que también se manifestaba y se manifiesta hoy en directivas generales cuyos medios de publicidad son el tablón de anuncios y las circulares difundidas a través de la jerarquía interna a la empresa. Emanadas del poder de dirección¹, y en él fundadas, en ocasiones las órdenes generales pueden haber sido previamente convenidas con los representantes del personal, en cuyo caso nos hallaremos ante un convenio colectivo impropio (*infra*, cap. 30); si incorporadas a un convenio colectivo, adquieren como parte de éste el rango de fuente de derecho; pero en ambos casos su fuerza vinculante no deriva ya del poder de dirección del empresario, sino del normativo concordado de éste y la colectividad de trabajadores. Precisamente la paulatina amortiguación de la «remisión a la voluntad empresarial» como normativa (Alonso Olea) es una de las características que presidieron la emergencia y el desarrollo del Derecho del Trabajo.

2.º La facultad de dar órdenes particulares y concretas a cada trabajador o grupo de trabajadores; independientemente de que éstos, por muy rutinario y repetido que sea un trabajo, han de usar de su iniciativa para su ejecución, tales órdenes pueden ser necesarias, y lo probable es que se multipliquen a medida que aquél adquiera variedad o complejidad, lo que tampoco obsta a su vez para que el trabajo complejo y vario pida con intensidad mayor que el repetitivo y simple el ejercicio por el trabajador de su discreción. El grado de «dependencia o independencia técnica» varía grandemente de unos trabajos y de unos trabajadores a otros, y con él la frecuencia y precisión de estas órdenes concretas.

El deber genérico de obediencia a las órdenes así especiales como generales del empresario se impone enérgicamente por los arts. 5.ºc) y 20.2 ET.

El empresario puede verificar, vigilar y controlar el cumplimiento de sus instrucciones y órdenes y en general «el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales» (art. 20.3 ET)², incluida en especial la constatación de los motivos alegados por éste para justificar su inasistencia al trabajo, mediante reconocimiento médico si lo alegado es enfermedad o accidente (art. 20.4 ET).

b) «Ius variandi» y conductas privadas

Se manifiesta también el poder de dirección:

1.º En la facultad de modalizar la ejecución del contrato cuando es de duración larga o indefinida, para ir adaptando sus prestaciones a las necesidades mudables del trabajo que debe ser prestado, a los cambios estructurales y organizativos de la empresa, a los tecnológicos y a los cambios o perfeccionamientos en la cualificación profesional del trabajador. Es éste el poder denominado *ius variandi*, que el art. 39.1 ET sienta respecto de la «movilidad funcional» y el art. 41.1 ET reconoce ampliamente al autorizar al empresario

¹ SAN 32/1989, de 26 junio, y 100/1989, de 7 diciembre; conforme al art. 20 ET: «el empleador... [puede]... dictar normas u órdenes... [y]... modificarlas».

² Incluso mediante el «seguimiento externo» del trabajador, si «no existe otro medio de control» (STS 19 julio 1989 [Ar. 5.878], continente). Ver también *infra*, nota 4.

con toda amplitud la modificación no sustancial de las condiciones de trabajo³, que el trabajador está obligado a aceptar de buena fe, adaptándose a un cambio sin el cual su prestación deviene inútil. También el art. 41 ET atribuye al empresario, como se verá, la decisión o la iniciativa para la introducción de modificaciones sustanciales⁴.

2.^o En algunas ocasiones, en la facultad de exigir conductas privadas del trabajador, cuando el tipo de trabajo sea de tal naturaleza que su eficacia o virtualidad se pierdan o disminuyan si el trabajador desmerece ante la generalidad o sectores especiales del público⁵; una conducta «digna» es exigible y ordenable contractualmente cuando la indignidad repercute en el «prestigio» o «perjudica seriamente la buena imagen» de la empresa⁶; las advertencias sobre la conducta privada son admisibles si ésta puede afectar al trabajo. No se puede, en cambio, exigir del trabajador actitud o conducta congruente con un determinado ideal o visión del mundo; violaría ello, además de la libertad de Const., art. 16.1, la prohibición de discriminación del art. 4.^o2.c) ET salvo en las «empresas ideológicas» —confesiones religiosas y partidos políticos especialmente—, en las que la promoción y defensa de ideas determinadas es precisamente su fin institucional (Aparicio Tovar), y salvo en los centros docentes privados que hayan establecido lo que la LODE llama su «carácter propio» (arts. 22 y 52), respetuoso con la Constitución, que es lo que la derogada LO 5/1980, de 19 junio, llamaba «ideario educativo propio», que el profesor debe respetar; su violación es «motivo suficiente para romper la relación contractual entre el profesor y el centro»⁷.

C. Limitaciones del poder de dirección

El trabajador está bajo la obligación contractual de someterse a estas órdenes generales o particulares, y en éste su deber de obediencia, en estar comprendido en el círculo organizativo y director del empresario consiste su dependencia (*supra*, cap. 1.^o). Es, sin embargo, el de dirección del empresario, de un lado, el poder limitado y condicionado que caracteriza las «supremacías especiales» (Santi Romano), y de otro, un poder que debe ejercerse teniendo en cuenta «la consideración debida a la dignidad humana» del trabajador (art. 20.3 ET).

Los límites y condicionamientos aludidos, y su compleja temática, son los

³ Ejemplo típico de modificación «tecnológica» no sustancial en STS 11 diciembre 1997 (Ar. 9.163).

⁴ Sobre la extinción del contrato por estas causas, conforme a ET, arts. 51 y 52.c), ver *infra*, cap. 16, IV-VII.

⁵ Así, el reglamento de trabajo en el Banco de España, aprobado junto a un convenio colectivo con su personal (Res. 19 junio 1979), prohibió a éste (la violación de la prohibición es falta muy grave) «la asistencia frecuente a lugares donde se juegue dinero o se crucen apuestas, participando en ellas en cuantía des-

proporcionada a sus ingresos» [art. 168.j)]; e impuso también cuidar «del buen nombre y prestigio... del Banco», y «observar buena conducta oficial y privada» (art. 90.5.^o-7.^o). Normas aplicadas por STS 14 julio 1983.

⁶ STS 26 octubre 1965 y SCT 6 mayo 1980, respectivamente. Para ejemplo más tenue, STS, S. 3.^o, 3 diciembre 1980.

⁷ TCo 13 febrero 1981; pero hacen falta conductas o actos externos contrarios al ideario (TCo 47/1985, puesta durante la vigencia de la LO 5/1980; *Jur. Const.* TSS, t. III, ref. 147).

que se van a estudiar a continuación, fijándonos especialmente en las órdenes *concretas*. El poder de dirección exteriorizado a través de órdenes o instrucciones *generales* por supuesto ha de acomodarse al ordenamiento jurídico, aparte de que en ocasiones numerosas tiene que ir precedido de un informe del comité de empresa o de los delegados de personal; las más de ellas están previstas en el art. 64 ET, especialmente en el núm. 1.4.º; remitimos a lo estudiado *supra*, cap. 6.º, V.

Las órdenes concretas están limitadas por las generales, que pueden ser especificadas y desarrolladas, pero no contradichas —salvo en algunas circunstancias excepcionales imprevisibles o inevitables: excepción de emergencia—, sin ser previamente modificadas o derogadas. Puede probablemente hablarse, aunque no convertirse en un rígido armatoste, de un principio de «inderogabilidad singular» presidiendo las relaciones industriales —«la competencia... para establecer ordenanzas no autoriza la norma especial para cada caso particular», dijo Max Weber—, y aun si se quiere, con la misma prevención, de una «interdicción de la arbitrariedad» similar a la que Const., art. 9.º3, impone a los poderes públicos.

a) El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación

Es la citada interdicción de la arbitrariedad un *primer principio* en virtud del cual las condiciones de trabajo, si sus demás circunstancias (clasificación profesional, tipo de trabajo, etc.) no varían, deben ser iguales para todos los trabajadores del centro de trabajo —no para todos los de la empresa⁸—, salvo pacto o costumbre en tal sentido. Dicho de otro modo: el empresario debe guiar su conducta por el *principio de igualdad de trato*.

Sólo el motivo justificado, aunque entendido con amplitud (mejor calidad de trabajo, interés en que permanezca el trabajador, ser éste el «más idóneo» para un trabajo⁹, situación familiar, «premiar conductas y resultados»¹⁰, etc.), justifica la diferencia de trato, incluida la mejora «voluntaria» del salario de trabajador determinado, aunque si ésta *favorece* a trabajador o trabajadores determinados, la amplitud es máxima, al estar amparadas por la libertad contractual¹¹; pero ésta cede respecto de las que individualmente *perjudican*, al no poder fundar la desigualdad el mero capricho, menos aún la malevolencia sin motivo —«la desigualdad irracional, carente de todo fundamento»¹²—, que implica vejación y, por tanto, incumplimiento contractual, contra el que el trabajador puede reaccionar bien resolviendo el contrato por la vía del art. 50 ET [*infra*, cap. 19, IV.A.a)], bien pidiendo la cesación para el futuro de la desigualdad con la indemnización correspondiente. Corresponde al trabajador la prueba de que está siendo desigual e injustamente tratado; pero si esto es patente o el trabajador prueba «indicios que generen una razonable sospecha,

⁸ Para todos los que trabajan en el mismo centro, en cuanto a los «servicios» que éste ofrezca, aunque sean de empresas distintas (SCT 30 septiembre 1985).

⁹ STS 16 junio 1987 (Ar. 4.735).

¹⁰ SCT 13 abril 1984 (Ar. 3.565).

¹¹ Al respecto, con amplia recopilación de jurisprudencia, SCT 5 abril 1988 (Ar. 2.700); jurisprudencia y doctrina en MERCADER.

¹² SCT 28 noviembre 1985.

apariciencia o presunción» de la desigualdad¹³, se traslada al empresario la carga de probar el motivo justificado que la ampara¹⁴.

Sin embargo, determinadas manifestaciones de la exigencia de igualdad tienen fundamento más hondo en un *segundo principio*, siendo tal el de prohibición de discriminación que establece el art. 14 Const. y desarrollan y amplían los arts. 4.º2.c) y 17.1 ET¹⁵. Al juego del principio respecto de la admisión al trabajo ya nos hemos referido (*supra*, cap. 7.º, IV). Pero la prohibición, en los términos del art. 17.1 ET, juega especial y precisamente durante la ejecución del contrato, invalidando toda discriminación en las condiciones de trabajo basada en «sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español». Como los preceptos reglamentarios y las cláusulas de los convenios colectivos y los contratos individuales de trabajo, son también nulas las órde-

¹³ TCo 308/2000, *const.* 3.º (*Jur. Const. TSS*; t. XVIII, ref. 1.174; *com.* CHARRO BAENA); TCo 214/2001.

¹⁴ *Supra*, cap. 7.º; TCo 293/1993 (*Jur. Const. TSS*; t. XI, ref. 786; *com.* E. GARCÍA-TREVIÑO).

Es discriminatorio privar a un trabajador de retribución voluntaria que disfrutaban todos sus compañeros (STS, S. 4.º, 3 diciembre 1976) si no se justifica el motivo, hay que entender; no lo es abonar un plus a trabajadores que están en trabajo que requiere esfuerzo o atención especial (SCT 23 marzo 1983, 1 febrero 1989 [Ar. 1.114]) o con «cometido distinto», aunque la categoría profesional sea la misma (SCT 28 mayo 1985), mucho más si no lo es; así, concesión sólo a los «empleados» (*contra*, de doctrina mala, SCT 21 junio 1985).

Un general, la gama de salarios individuales o por categorías profesionales, es difícil que se considere discriminatoria (SCT 13 diciembre 1982 y 13 enero 1987; STS 16 octubre 1995 [Ar. 7.755] y 25 junio 1996 [Ar. 5.305]). Por el contrario, viola el principio de igualdad el abono de salarios distintos a los trabajadores fijos y a los eventuales, temporales, en prácticas o interinos, privilegiando a los primeros (SCT 23 noviembre 1983, y 21 junio 1988 entre otras. TCo 136/1987 y de 31 mayo [*Jur. Const. TSS*, t. V, ref. 526, y t. XI, ref. 752; *coms.* E. ALONSO GARCÍA y A. MONTOYA, respectivamente]; STS 15 julio 1995 [Ar. 6.260], entre otras), salvo «explicación plausible y suficiente» (STS 23 julio 1999 [Ar. 6.466]), o a los trabajadores que «ya» están en la empresa y a los que ingresen después (STS 22 enero 1996 [Ar. 479]); pero ver en *contra* STS 18 septiembre 2000 (Ar. 7.695). O negando a los no fijos un «complemento familiar» (SAN 182/1991, de 5 diciembre), o «por antigüedad» (STS 27 noviembre 1991 [Ar. 8.420]), o concediéndolo «desde que los interesados adquieren la

condición de fijos» (SAN 42/1982). Pero toda esta jurisprudencia ha quedado debilitada, ya que no abrogada, por la anómalamente restrictiva STS 17 mayo 2000 (Ar. 5.513). Con todo hay que seguir entendiendo discriminatoria la exclusión del convenio colectivo de los trabajadores con contrato temporal (salvo respecto de las cláusulas cuya aplicación «exija una larga o indefinida vinculación» [SCT 7 junio 1988; Ar. 4.201]), o de los eventuales (SCT 28 agosto 1984; SAN 10 septiembre 1990), o de los eventuales y los fijos discontinuos (SCT 11 diciembre 1985), o «la reserva de un *ius variandi*... [sobre]... la jornada y el horario... de los trabajadores contratados por tiempo cierto o en prácticas» (TJMa 23 enero 1990), o conceder a los fijos, no a los temporales, «ayuda para estudio de hijos» (STS 14 octubre 1993 [Ar. 8.051]). Lo contrario, esto es, privilegiar a los eventuales, sería admisible, quizá, para de algún modo compensar la precariedad.

No lo viola «la fijación de determinadas edades... para alcanzar mayores retribuciones» (SCT 18 julio 1984) ni el mantenimiento *ad personam* de condiciones mejores a quienes de antiguo disfrutaban de ellas (SCT 1 octubre 1986 y 7 mayo 1987; STS 16 octubre 1995 [Ar. 7.755]).

En general, «la antigüedad en la empresa... causa lícita y frecuente de mejores derechos», no es discriminatoria (SCT 10 diciembre 1985).

Sobre el principio de igualdad respecto de la negociación colectiva, *infra*, cap. 30, III.B.b).d'); de la condición más beneficiosa, *infra*, cap. 31, III; de los salarios, *supra*, cap. 12, VI.B. Sobre su infracción, art. 96.12 ET (*infra*, cap. 35). Sobre un posible exceso, «constitucionalizando» una discriminación legal, si acaso, TCo 103/2002.

¹⁵ Para los trabajadores extranjeros, la LOEx, art. 23.2.c)-e).

nes generales o particulares «decisiones... del empresario que contengan discriminaciones», por los motivos mencionados.

A la diferencia entre las dos especies —llamémoslas *legal* y *constitucional*— se refirió el Tribunal Constitucional, señalando que en la *legal* puede haber «una finalidad vejatoria... [que]... convertirá en ilícitas las medidas (se trataba de diferencias salariales individuales), pero, aparte de que ello deberá demostrarse, el problema se sitúa en ámbito diferente al del principio [constitucional] de igualdad», propio de la *constitucional*, que exige la prueba de que ha habido precisamente una discriminación de las prohibidas por los arts. 14 o 28.1 Const.¹⁶.

Dicho de otra forma: las infracciones del *primer principio* —las *legales*— pueden violar la ley; las del *segundo principio* —las *constitucionales*— violan la Constitución, lo que repercute en su protección respectiva (acceso al recurso de amparo de las segundas; art. 53.2 Const.). Bien es verdad que también la primera especie de infracción de la igualdad puede encontrar su inspiración y soporte indirectos, según se dijo, en la «interdicción de la arbitrariedad» que, aunque sólo respecto de los «poderes públicos», garantiza el art. 9.º3 Const.; al paso que la segunda ampara sólo contra las discriminaciones expresamente prohibidas por la Constitución (y las equivalentes según interpretación lógica del art. 14, último inciso, Const.).

En todo caso, se insiste, es preciso distinguir entre lo que a uno singularmente favorece, en sí no discriminatorio, y la discriminación que a uno singularmente perjudica o deja de favorecer, medidos perjuicio y deficiencia de favor por su desviación de una regla media razonable, en sí misma y en su aplicación; aunque *distinción* no equivalga a *discriminación* (Sagardoy) aunque del empresario «es suficiente que su actitud sea "neutral" sin pedirle que sea «promocional» (Rocamora) y aunque no en todo caso sea alcanzable ni exigible, se debe tender hacia un «ideal de igualdad» en las relaciones industriales; la discriminación perjudicial agresiva (por ejemplo, en sanciones; *infra*, III.B) es especialmente reprochable.

b) Legitimidad y cumplimiento de las órdenes; la presunción de legitimidad y la excepción de no cumplimiento

Las órdenes empresariales no pueden ser lesivas de derechos del trabajador (por ejemplo: la de firma de un contrato que califica al trabajador como eventual, siendo fijo; SCT 12 julio 1977); ni técnicamente disparatadas, en especial si su cumplimiento desprestigia o perjudica a quien ha de cumplirlas o a terceros (no tanto si al propio empresario, pues que a éste corresponde dar las órdenes que entienda más adecuadas; V. Vialard); ni intemperantes, ni destempladas o abusivas, ni «sólo tendentes a ofender o vejar al trabajador» (SCT 1 marzo 1978), aunque formalmente puedan estar amparadas por la exigencia de dirigir; todo esto es lo que envuelve el deber, que debe presidir tanto las órdenes como la verificación de su cumplimiento, impuesto al

¹⁶ TCo 34/1984 (*Jur. Const. TSS*, I, II, ref. 98). En el mismo sentido, SCT 17 septiembre 1987; clara la distinción en SCT 13 junio 1986 (Ar. 4.402); STS 9 octubre 1989 (Ar. 7.132) y 15 enero 1997 (Ar. 497).

empresario de tratar al trabajador «con la consideración debida a su dignidad humana» (art. 20.3 ET). Tampoco pueden ir las órdenes contra las convicciones del trabajador según su confesión religiosa, si ésta ha sido advertida al empresario y pactado que el trabajador *no* está obligado a aceptar las que impliquen funciones o prohibiciones que claramente contradigan aquellas convicciones o los ritos o prácticas que de ellas deriven¹⁷; órdenes que en otro caso *si* son posibles, siempre que respondan «con necesidad objetiva... [a]... los fines de la organización» (A. Alcolea). Ni pueden las órdenes invadir la esfera privada de creencias y actitudes ante la vida del trabajador, salvo en los supuestos excepcionales ya mencionados de «empresas ideológicas» (Aparicio, Baylos); el «respeto de su intimidad» ... [es] ... derecho del trabajador en la relación de trabajo» conforme al art. 4.º 2.e) ET.

Se presume *iuris tantum* que las órdenes sobre el trabajo son legítimas, de lo que deriva el deber del trabajador de obedecerlas, «sin perjuicio de impugnarlas si las cree lesivas o abusivas»; otra cosa sería convertir al trabajador «en definidor de sus obligaciones»¹⁸. Pero esta presunción se limita a la orden sobre el trabajo amparada cuando menos externamente por el contrato (a la orden que no sea «manifiestamente ilegal»¹⁹) y por los servicios debidos conforme al mismo, que la categoría profesional —o el hecho de que se vinieran prestando «desde siempre»²⁰—, ampliamente entendida para la presunción, haya delimitado; citando de nuevo a Suárez, el deber limitado a *quod ex officio facere tenentur* es lo que distingue de los siervos a los trabajadores libres, aparte de que éstos como tales, con Vitoria ahora, *non sunt propter alios sed propter se* (*De iure belli*, 12).

Requisito también de legitimidad es que la orden emane del empresario o de quien de él traiga poderes, pues en otro caso no existe sino apariencia de orden (Montoya, Diéguez); y que no viole reglas de seguridad en el trabajo, según se dijo (*supra*, cap. 8.º, IV) —ni en general ponga en peligro la vida o integridad física del trabajador, si éste no está obligado a asumir estos riesgos— y la jurisprudencia ha recalcado con energía, incluso para el supuesto de desobediencia colectiva, distinguiendo este derecho del de huelga²¹ (es ésta la distinción entre *Streikrecht* y *Zurückbehaltungsrecht*, muy elaborada por la doctrina alemana [Lieb, Birk, Gamillscheg, Hanau-Adomeit]²²).

En suma: la orden conexcionada con el trabajo, «aun cuando el trabajador entienda que es inadecuada, debe cumplirla... y luego reclamar contra

¹⁷ A *sensu contrario*, STS 3 mayo 1978; *directamente*, STS 30 octubre 1978; TCo 19/1985 (*Jur. Const.*, TSS, t. III, ref. 140).

¹⁸ STS 18 noviembre 1970 y 6 mayo 1971; SCT 19 y 20 mayo 1964, 1 marzo 1978, 8 enero y 11 diciembre 1981, 24 marzo y 13 mayo 1982, 8 abril 1983, 22 mayo 1984, 18 noviembre 1985, 15 enero y 5 abril 1986 (Ar. 205 y 2.207); STS 1 octubre 1987 (Ar. 6.976), 10 mayo 1988 (Ar. 3.589), entre otras muchas. La orden debió ser obedecida, «sin perjuicio de su posterior denuncia... si consideraba era inadecuada a su categoría profesional... dado que no se trataba de tarea que pudiese estimarse vejatoria para su dignidad profesional ni que supusiese riesgo fi-

sico para su persona» (SCT 4 marzo y 8 abril 1980). La misma doctrina, con deliberación y cita de precedentes en la primera, en SCT 16 abril 1986 (Ar. 2.546) y 23 marzo 1988 (Ar. 2.266).

¹⁹ STS 6 diciembre 1973.

²⁰ SCT 23 enero 1982.

²¹ SCT 28 junio 1978.

²² Sobre el peligro, por seguir siquiera una vez con Derecho comparado, en un caso inglés: estuvo justificada la desobediencia del marinero que se negó a embarcar en buque que había de tocar puerto español durante la guerra civil; envolvía la orden «riesgo no razonable para el trabajador» (*Robson vs. Sykes*, 1938; WRIGHT y CARR).

ella»²³. Pero el principio ha de entenderse con la salvedad de que en la ejecución de la orden concurren «circunstancias de peligrosidad u otras razones poderosas que justifiquen la negativa»²⁴, incluidas las que «comporten un menoscabo de la dignidad... de la persona» o, quizá, una inopinada variación total del trabajo y de las condiciones de su prestación²⁵. En estos casos excepcionales juega en favor del trabajador que se niega al cumplimiento de su prestación la *exceptio* de contrato no cumplido por el empresario (V. Viillard)²⁶; que desde luego es alegable procesalmente si el empresario ha sancionado en tal caso la negativa al cumplimiento²⁷.

Finalmente: de un lado, la obediencia sin réplica es especialmente exigida respecto de determinadas órdenes; así, las del capitán respecto de «la seguridad y entretenimiento de la nave»²⁸; de otro, la desobediencia, justificada o no, ha de ser «simple», no jactanciosa ni retadora, so pena de incurrir en indisciplina²⁹.

c) Las órdenes sobre la conducta privada y sus límites

No puede presumirse que estén fundadas en el contrato órdenes generales o concretas sobre la conducta privada del trabajador, o que le impongan o prohíban actos sin relación con el trabajo, aunque excepcionalmente puedan estarlo; el empresario que las diera tiene que estar dispuesto a alegar y probar su legitimidad, sólo fundable en una conexión estrecha con el trabajo de que se trate. Probablemente aquí la presunción es la contraria, esto es, la de no justificación de la orden «privada», lo que arroja sobre el empresario la carga de probar no sólo que la orden fue dada y desobedecida —esta prueba le incumbe siempre—, sino que era pertinente y exigida por el trabajo. A medio camino entre la orden «privada» y la de servicio se halla la referente a lo que Ihering y Tönnies llamaron deberes de decencia o decoro en la conducta y la «aparición personal externa» (incluida la propia imagen, en lo descubierto y en lo vestido; Ortiz Lallana), gestos y lenguaje, cambiantes según el tiempo, lugar y tipo de trabajo³⁰, órdenes legítimas si a éstos adaptada, cuyo cumplimiento es exigible; mucho

²³ SCT 12 enero 1989 (Ar. 559), además de las citadas en la nota 17, entre otras.

²⁴ STS 15 junio 1975, 23 febrero y 6 diciembre 1976, 30 abril 1986; SCT 16 diciembre 1981, 19 mayo 1987 (Ar. 10.357), entre otras. Así: la orden al minero de que trabaje solo, a la vez peligrosa y antirreglamentaria (STS 22 diciembre 1982), o la de trabajo delicado y peligroso a trabajador que nunca lo había realizado (STS 5 julio 1983), o la de aumento desmesurado de la jornada en trabajo con riesgo de accidente por cansancio (STS 6 febrero 1986), o la de hacer horas extra sin concurrir la excepción de emergencia (STS 8 mayo 1986), o el uso de máscara respiratoria ya usada por otros (SCT 29 abril 1987 (Ar. 8.869)), o conducir camión con deficiencias (SCT 13 septiembre 1988 (Ar. 5.673)).

²⁵ STS 27 febrero 1982; SCT 13 abril 1983.

²⁶ En STS 23 octubre 1984 se hace una reconsideración general de la jurisprudencia.

²⁷ Así, en un caso de despido, STS 6 febrero 1986.

²⁸ STS 12 febrero 1981. Doctrina general en STS 27 junio 1984, entre otras muchas.

²⁹ SCT 12 enero 1988 (Ar. 850) y las que cita.

³⁰ La barba es un buen ejemplo: de los auxiliares de vuelo masculinos de Iberia (prohibida en 1964; admitida en 1986), de empleados de restaurantes y bares (prohibida por costumbre; STS 12 febrero 1986; TCo 170/1987 [Jur. Const. TSS, t. V, ref. 265; com. ALONSO OCEA]; un ejemplo este, por cierto, sobre el que en su día discutió IHERING, y sobre el que —juntamente con deshuesador de jamones [TCo 99/1994; Jur. Const. TSS, t. XII, ref. 839; com. MONTAÑA MELGAR]— vuelve REY GUANTER. También sería ejemplo bueno el repugnante masticado de chicle ante el público; el uso o no de uniforme a ropa de trabajo (con independencia del impuesto como medida de seguri-

más, pero no sólo, si se trata de conductas que obstaculicen o impidan el cumplimiento de la prestación³¹.

Aquí también las empresas «de tendencia» son caso especial; pueden imponer conducta acomodada a la tendencia o que no la viole deliberada y públicamente; lo que depende de la conducta de que se trate y del puesto de quien la tiene. Por otro lado, no está obligado el empresario a adaptar las condiciones de trabajo a las derivadas de las nuevas creencias o ideología del trabajador³².

II. LA MODIFICACION SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: LA FLEXIBILIDAD INTERNA

Limitaciones importantes del *ius variandi* son las que se imponen al empresario en cuanto a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo; ligada a la movilidad funcional [*supra*, cap. 8.º, VII.B.a)] y a la clasificación profesional (*supra*, cap. 11, III), como aspecto de una «flexibilidad» querida, a ella dedica el ET su enrevesado art. 41, cuyo estudio debe proceder examinando sucesivamente: A) Las condiciones afectadas; B) la sustancialidad de su modificación, y C) los procedimientos a que ésta debe sujetarse; anticipándose que, como se verá, A, B y C están íntimamente ligadas entre sí.

Antes de entrar en el estudio que sigue, debe señalarse que la actual «limitación de las limitaciones» del *ius variandi*, esto es, la ampliación del «poder empresarial de organización» (Casas), derivada de la LETyPL y desde ella traída al ET de 1995, junto con las —derivadas y recogidas en las mismas fuentes— también ampliaciones de la movilidad funcional (*supra*, cap. 8.º, VII.7) y la mayor labilidad de la clasificación profesional (*supra*, cap. 11, III) son aspectos de una querida «flexibilidad interna» de las condiciones de trabajo, a la que acompaña la «flexibilidad externa» propia de los contratos de trabajo atípicos y de la nueva regulación de los despidos por causas económicas u organizativas (*infra*, cap. 17, IV-VII).

A. Las condiciones afectadas

Afectadas por la modificación sustancial pueden serlo cualesquiera de trabajo; la lista del art. 41.1 [a) jornada; b) horario; c) turnos; d) remuneraciones; e) «sistema de trabajo y rendimiento» (así, trabajo por unidad de tiempo, o de obra, o mixto); f) funciones] es ejemplar; modificadas pueden serlo las listas «entre otras». Aunque otra cosa parezca, la sustancialidad afecta a la modificación, no a la condición modificada. El art. 41 juega cabalísticamente con

dad; *supra*, cap. 8.º, IV.A.a).13) lo es, desde luego; también las relativas al «trato exquisito al que es acreedor el cliente» (STS 2 julio 1987 [Ar. 4.100] y 20 marzo 1990 [Ar. 2.183], no contrariando su sensibilidad [SCT 10 mayo 1988; Ar. 3.641]; «la utilización de fórmulas de cortesía (el «SBAG» [Sonrisa; Buenos días; Adiós; Gracias] del caso) responde a una actitud nor-

mal en la actividad laboral [en especial en] la relación con el cliente» (STS 5 febrero 1996 [Ar. 846]).

³¹ Matiza estos deberes y su incumplimiento, con amplitud, SCT 12 abril 1983.

³² TCo 19/1985 (*Jur. Const. TSS*, t. III, ref. 140; *com. ALONSO OLEA*); HIDALGO RÚA.

los apartados de la lista, y olvida que las modificaciones pueden ser otras que las de la lista.

B. La sustancialidad de las modificaciones

Siendo evidente tanto que una modificación que afecte a materia listada puede ser insignificante como que una modificación que afecte a materia no listada puede ser sustancial³³; aparte de que la misma modificación de la misma materia puede ser o no sustancial según las circunstancias de cada caso, del trabajo y del o de los trabajadores, hay que acudir a interpretaciones razonables, según las cuales es sustancial la modificación que, *conjugando su intensidad y la materia sobre la que versa*, sea «[real o] potencialmente dañosa para el trabajador» (López-Tarruella) porque implique en el caso «una mayor onerosidad de sus prestaciones, con un perjuicio [real o potencial] comparable» (Barrionuevo). A la luz de la protección del trabajador, y de los sacrificios que a éste impone en aras de la «mejora [de] la situación de la empresa» para la supervivencia de ella y del empleo en ella, es como se ha de juzgar la sustancialidad —la importancia, en realidad— de la modificación. Teniendo en cuenta que la decisión empresarial de modificar sustancialmente tiene que estar *justificada por favorecer* la «posición competitiva [de la empresa] en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda», lo que pide un juicio sobre el futuro respecto del que el que el formado por el empresario es difícilmente combatible y por ello debe ser en principio aceptado, salvo que sea manifiestamente absurdo, discriminatorio o atrabiliario; o que, si impugnado no se aporte «la menor prueba» que lo justifique³⁴.

Las modificaciones funcionales [apartado f)] son las que exceden de las previstas, como «movilidad funcional» (art. 39 ET); para las modificaciones en general relativas a traslados «geográficos» se estará a lo dispuesto en el art. 40.

Dato externo relevante es el número de trabajadores afectados, como se verá en seguida; y «presupuesto del art. 41» es que las modificaciones se intentan «por decisión unilateral» del empresario³⁵.

C. Los procedimientos y efectos de las modificaciones

Dejando a un lado las modificaciones no sustanciales objeto del *ius variandi*, los procedimientos para llevar a cabo las sustanciales se diversifican así:

- 1.1) Individuales.
- 1.2) De colectivos menores.
- 1.3) De colectivos mayores:
 - 1.3.1) Limitadas por el convenio colectivo.
 - 1.3.2) Aptas para modificar el convenio colectivo.

³³ STS 3 diciembre 1987 (Ar. 8.822); SCT 5 mayo y 3 diciembre 1988 (Ar. 3.457 y 8.059), la última muy elaborada.

³⁴ STS 8 enero 2000 (Ar. 394).

³⁵ De ahí que el art. 41 no sea aplicable cuan-

do la modificación sustancial ha sido individualmente aceptada por los trabajadores; lo que «entra dentro de la autonomía individual de las partes» (STS 2 julio 1997 [Ar. 5.695]).

1.1) Individuales

Se deciden por el empresario tras un preaviso mínimo de treinta días al trabajador afectado y a sus «representantes legales» (comité de empresa o delegados de personal).

Frente a esta decisión, el trabajador puede:

1.º Aceptarla, sin más.

2.º Impugnarla, si la entiende injustificable; el Juez de lo Social, si tal es el caso, «reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones»; si justificada, el Juez confirma *ex tunc* la decisión. El art. 138 LPL regula un proceso especial para esta materia. La impugnación no priva de ejecutividad a la modificación³⁶.

3.º «Rescindir el contrato» en cualquier caso, percibiendo, si la modificación le perjudica³⁷ y afecta a jornada, horario o turno [apartados a), b), c)], una indemnización de veinte días de salario por año de servicios, con un máximo de nueve meses. Si la modificación es vejatoria o perjudica la formación profesional del trabajador, esto es, de las previstas en el art. 50.1.a) ET, se aplica éste; parece como si *ex lege* se entendiera que existe un incumplimiento del empresario, con lo que las indemnizaciones serían las más elevadas que derivan de ET, art. 50.2 (*infra*, cap. 19)^{37a}; solución que se aplica también, en ejecución de sentencia, al supuesto de que, impugnada y declarada injustificada la modificación, el empresario se niegue a cumplir la sentencia en sus propios términos (art. 138 LPL; *DPrTr*, cap. 5.º, VII.B).

1.2) De colectivos menores

Cuando las modificaciones sustanciales se refieran precisamente a horario o funciones —apartados b) y f) del núm. 1 del art. 41— y en noventa días afecten a *menos* de diez trabajadores en empresas de menos de 100, 10 por 100 en las de 100 a 300 o más de 30 en las de más de 300 su régimen y efectos son los recién vistos para los individuales. Repárese que el colectivo menor es el mismo que el de los arts. 40.2 y 51.1 ET. Disimular la afectación de un colectivo mayor [*infra*, 1.3] como si fuera un colectivo menor es un fraude de ley que, si impugnado, determina la declaración judicial de que son «nulas y sin efecto» las modificaciones.

1.3) De colectivos mayores

Cuando la modificación sustancial afecta a colectivos mayores que los del apartado 1.2 precedente —o, parece, a los colectivos menores pero materias distintas a horario o funciones—, el procedimiento se diversifica como sigue:

³⁶ Para los complejos problemas que esta ejecutividad plantea, en especial los de derecho transitorio, TCo 87/1996 (*Jur. Const.*, TSS, t. XIV, ref. 949; com. A. CÁMARA BOTÍA). Para las reticencias de la jurisprudencia en cuanto a las apreciaciones del empresario, STSud 18 julio 1997 (Ar. 6.354).

³⁷ El perjuicio debe ser probado, salvo, quizá, si es notorio (SCT 1 diciembre 1987 [Ar. 26.817]; STSud 18 marzo 1996 (Ar. 2.082).

^{37a} Sobre la compleja relación entre ET, art. 41 y 51.a) [y 2], incluida la procesal, MORALES ORTEGA.

1.3.1) *Limitadas por el convenio colectivo*

En general, a la decisión de modificación sustancial del empresario precede un «período de consultas», durante quince días, en el que éste y la mayoría de los representantes de los trabajadores intentan de buena fe llegar a un acuerdo sobre las causas de la modificación y para atenuar sus efectos.

Si se obtiene un acuerdo, a él hay que estar; bien entendido que, pese a él, el trabajador afectado puede rescindir el contrato conforme a lo dicho en 1.1.3.º Anómalo parece que pueda en este caso ser de aplicación el art. 50,1.a) ET (*infra*, cap. 19, págs. 469-470).

Si no se obtiene un acuerdo, el empresario puede, ello no obstante, decidir la modificación tras el preaviso de treinta días. Decisión impugnabile «en conflicto colectivo» que, si intentada, suspende las acciones individuales impugnatorias, también posibles. Temas procesales éstos, respecto de los que la LPL, art. 3.2.b) —modificado por LJCA, disp. ad. 5.ª recalca su atribución a la Jurisdicción social.

Modificables por este procedimiento —y en general por todos— son las condiciones de trabajo existentes en la empresa de cualquier forma fijadas excepto si por convenio colectivo estatutario (lfl. III ET; *infra*, cap. 30).

1.3.2) *Aptas para modificar el convenio colectivo*

Las modificaciones pueden afectar, esto es, modificar, «las condiciones establecidas en los convenios» [«estatutarios»] del lfl. III ET —regla de importancia suma en cuanto autorizante de la modificación de un convenio estatutario por uno impropio de ámbito igual o menor³⁸ para colectivos mayores; respecto de horario, turnos, sistemas de remuneración y sistemas de trabajo [apartados b), c), d) y e) del art. 41.1]; excluyendo jornada y «funciones», a) y f)]; mediante acuerdo (en sentido estricto; sin él no, a diferencia de lo resultante del período de consulta [pero acuerdo impropio que modifica uno propio o estatutario]) entre los representantes de los trabajadores y el empresario. Con seguridad, respecto de los apartados a) y f) las prohibidas son las modificaciones que afecten directamente a sus materias; no las «complejas» que resulten modificadas indirectamente (San Martín).

A lo acordado hay que estar, en cuanto fruto legalmente previsto «de verdadera negociación colectiva» (Rivero), de «proceso negociador típico de un convenio colectivo de empresa» (Purcalla-Valle), «de un pacto o convenio colectivo» (G. del Rey). Hay que entender forzosamente que el acuerdo no consiente otra impugnación sino la prevista para la del convenio colectivo³⁹; al tiempo que, sin el acuerdo, su modificación es nula³⁹.

³⁸ Queda por ello abrogada la jurisprudencia contraria (de la que es muestra STS, S. 3.ª [4.ª], 25 noviembre 1997 [Ar. 8.552]) dictada en aplicación de las normas anteriores a la reforma de 1994.

^{38a} ET, art. 41.4.5; STSud 18 junio 2001 (Ar. 6.309); sin sentido STS, S. 3.ª [4.ª], 17 septiembre 2001 (Ar. 8.773).

³⁹ STS 11 mayo 1999 (Ar. 4.721).

III. INTIMIDAD Y DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

El respeto a ambas «en la relación de trabajo» está consagrado por ET, art. 4.2.e): «los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad...». Aunque su portada es mucho más amplia, es claro que este respeto, en su caso, limita el poder directivo.

A. Intimidad

Versión laboral —el «derecho a la intimidad personal» juega en cualesquiera ámbitos, conforme a Const., art. 18.1— típica y matizada del respeto a la misma es el art. 18 ET, conforme al cual si bien el empresario, y ello si es necesario «para la protección del patrimonio empresarial» y del de los demás trabajadores, puede ordenar registros en la persona, taquillas y efectos del trabajador, esto debe hacerse en las precisas condiciones que el precepto prevé⁴⁰, «para respetar al máximo [su] intimidad y dignidad»⁴¹.

En cuanto al respeto de la intimidad «genética», al tiempo también respeto de la dignidad humana (Fernández Domínguez), se remite a lo brevemente dicho *supra*, cap. 7.ºII.2.ª

B. Dignidad; acoso sexual

La «consideración debida» a la dignidad del trabajador impregna todos los aspectos de la relación de trabajo, como consecuencia que es de su carácter personal y del respeto que a toda persona es esencialmente debido. Los principios de igualdad y no discriminación, o el derecho a la intimidad recién expuesto, son manifestaciones de ello.

Comprende tal consideración, conforme a ET, art. 4.2.e), en parte ya citado, «... la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual». No nos hallamos ante la discriminación por sexo [ET, art. 4.2.c)], aunque pueda ser efecto o causa de ella —sino ante el llamado *acoso sexual* que «consiste en un comportamiento no deseado... [por el hombre o mujer que lo sufre, y aun en]... generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante»⁴², con independencia de su orientación sexual (Tratado CE, art. 13.1; Dir. 2000/78, art. 1.º; Chacartegui, extensamente).

⁴⁰ Asistencia al registro de un representante de los trabajadores, «siempre que ello fuera posible»; que no es necesaria en las entrevistas (TJMa 23 enero 1990).

«El tiempo empleado en [el registro] no puede correr a cargo del trabajador» (SCT 13 febrero 1981; TJMa 18 julio 1989); debe hacerse «en horas de trabajo» (art. 18 ET).

⁴¹ STS 11 junio 1990 (Ar. 5.049); *obiter*, TCo 272/1994. Sobre captación y grabación de sonido en el centro de trabajo TCo. 98/2000 (*Jur. Const. TSS*, t. XVIII, ref. 1.138; *com. DEL REY GUANTER*), de aceptable doctrina general, quizá

desafortunadamente aplicada al caso; y contra doctrina constante (MONTROYA); del todo desafortunada TCo 282/2000 (*Jur. Const. TSS*, t. XVIII, ref. 1.171; *com. ALONSO OLEA*).

⁴² Contra lo cual cabe recurso de amparo (TCo 224/1999; *Jur. Const. TSS*, t. XII, ref. 1114, *com. DEL REY GUANTER*), aplicando el TC Derecho Comunitario blando» (Res. 90/C 157/02; Rec. 92/C 27/04) para aplicar normas nacionales [Const., art. 18.1; ET, art. 4.2.e)] al acoso y amparar contra el mismo (R. ALONSO GARCÍA, comentado también TCo 224/1999).

Repárese que comportamiento o ambiente puede ser de, o crearse por, los compañeros de trabajo; al empresario toca, en tal caso, proceder contra los culpables usando de sus poderes o promoviendo el ejercicio de los públicos.

IV. EL DEBER DE OCUPACION EFECTIVA

Según el art. 4.º2.a) ET, «en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho... a la ocupación efectiva», lo que impone sobre el empresario el correlativo deber de dar «ocupación efectiva»; éste es el *Beschäftigungspflicht* que tanto ha preocupado a la doctrina alemana (Schwartz); un derecho de apariencia paradójica, en cuanto que consiste en el del trabajador a exigir que se le exija, valga la redundancia, su propia prestación; de ahí la dificultad de su configuración y sanción (Matía) al ir contra el principio general contractual de que el acreedor no está obligado a recibir y aceptar la prestación del deudor.

El derecho, enunciado en el ET en términos absolutos, carece de todo desarrollo en el propio ET; supliendo éste, puede afirmarse:

1.º Siendo el empresario el acreedor respecto del trabajo, nos hallamos ante la situación excepcional de que se niegue a recibir la prestación que le es debida; esto no le libera de las que él debe, del pago del salario señaladamente.

2.º Con independencia de lo anterior, no «dar trabajo», que a esto equivale no «ocupar efectivamente», constituye un incumplimiento grave del empresario; un despido indirecto contra el que el trabajador puede —si quiere; puede optar por recibir la remuneración sin contraprestación, a lo que tiene derecho⁴³, desde luego— reaccionar por la vía y con la indemnización señaladas por el art. 50 ET⁴⁴.

3.º Es difícil pensar que pueda optar el trabajador por exigir que se le dé ocupación, una condena a lo cual chocaría a su vez ya que no con la imposibilidad absoluta, sí con la dificultad de ejecución específica de las obligaciones de hacer, que se resolvería por la vía de la indemnización; ésta puede ser pedida, desde luego, aun sin resolver el contrato —si se opta por la resolución habría de estarse de nuevo al art. 50 ET— demostrando el trabajador los perjuicios que, no obstante seguir percibiendo el salario, le causa su falta de ocupación, que pueden ser muy reales, cualesquiera que sean las dificultades de su evaluación, en determinadas profesiones (actividades de investigación y de docencia; artistas y deportistas; por ejemplo), y aun en las que —virtualmente todas— su práctica sea precisa para la conservación y perfeccionamiento de la cualificación.

4.º Las reglas de los apartados 2.º y 3.º precedentes suponen la voluntad deliberada del empresario de negar el derecho de ocupación efectiva —si, por

⁴³ Se produce «en principio la ficción de que todo ha sucedido como si el trabajo se hubiera realizado, cuando el empresario no proporciona ocupación efectiva» (SCT 2 abril 1987 [Ar. 7.215]). Véase *supra*, cap. 13, IX.A.b).

⁴⁴ En este sentido, acusando la infracción del art. 4.º2.a) ET (STS 22 octubre 1983 y 24

septiembre 1985; SCT 28 febrero 1984); no puede ser objeto de sanción administrativa según jurisprudencia reiterada (STS, S. 3.º, 16 mayo 1986; S. 5.º, 25 mayo 1987 [Ar. 3.434]; S. 3.º [7.º], 7 febrero 1990 [Ar. 745]). Véase *infra*, cap. 19, IV.

el contrario, el incumplimiento deriva de lo que el art. 30 ET llama «impedimentos» hay que estar a lo dispuesto en éste [*supra*, cap. 13, IX.A.b)]—, de ahí la excepcionalidad del supuesto. Su completa falta de justificación, o su inspiración en un deseo de dañar, implicaría no ya un abuso de derecho en el sentido del art. 7.º CC, sino una violación de «la dignidad de la persona» y de su derecho al «libre desarrollo de su personalidad» (art. 10.1 Const.), que, cuando menos justificaría una indemnización por daños morales; es admisible entender que la infracción es de las que el art. 95.10 ET cree tipificar al hablar de «actos u omisiones... contrarios al art. 4.º» del ET.

V. EL PODER DISCIPLINARIO; CONCEPTO Y CARACTERES

El poder de dirección sería un mero poder moral si no estuviera acompañado del de sancionar los incumplimientos a las órdenes generales o especiales; a esto es a lo que se denomina poder sancionador, o en terminología más generalizada, *poder disciplinario*. Este poder es del empresario, como correlato de su poder de dirección y del «auténtico deber de obediencia que genera en el trabajador» (Román); como el de dirección, y aún de forma más patente que éste, no sólo es reflejo, si se quiere, de la subordinación del trabajador derivada del contrato, sino de su inserción en el «ámbito de organización» de que habla ET art. 1.1, respondiendo en esto (y sumando en ello e «integrando en conexión inmediata y necesaria» las concepciones *contractual e institucional* sobre el origen del poder [Ramalho]) a una necesidad técnica u organizativa de la empresa, por lo que aunque se limite o comparta forzosamente ha de existir. Son pensables estructuras empresariales —fuera del contrato de trabajo tal y como éste es hoy concebido— que priven al empresario de ambos poderes; pero éstos tendrán que atribuirse siempre a alguien, salvo mutación en la naturaleza humana.

Se caracteriza el poder disciplinario:

1.º Ante todo, por la limitación del ámbito en que se ejerce; a la limitación personal —en cuanto sólo es ejercitable respecto de personas ligadas por contrato de trabajo con quien lo ejerce, aunque éste puede tener delegado su ejercicio— se une la limitación material en el sentido de que las infracciones sancionables son sólo las cometidas en la ejecución del contrato o en conexión con ésta; estos límites son coextensos con los del poder de dirección.

2.º Sin embargo, el poder disciplinario no está en lo laboral sujeto en la misma medida que el penal de sanción a la regla estricta *nullum crimen sine lege* y no exige, por tanto, tipificación precisa y cerrada de los actos y conductas sancionables, aunque sí desde luego la presencia de éstos (Cremades).

3.º En cambio, el poder disciplinario no opera con un cuadro indeterminado, sino con uno preciso de sanciones acomodadas a la gravedad de las faltas; cuadro fortísimamente limitado en su extensión, que culmina en el derecho de resolución unilateral, esto es, el despido. Con todo, lo que el empresario impone son sanciones, alejadas de las penales pero compartiendo su esencia.

4.º Aunque lógica y dogmáticamente pueda ser concebido de otro modo, el poder disciplinario laboral es hoy casi universalmente, y desde luego en nuestro ordenamiento, un poder subordinado y de primer grado en el sentido de que las decisiones adoptadas en virtud de su ejercicio pueden ser revisadas, normalmente a instancia de parte, ante autoridad distinta, independiente y superior al empresario.

5.º El empresario debe ejercer su poder disciplinario con ecuanimidad, «de forma equitativa y racional», sin pasar brusca e intempestivamente de la indulgencia al rigor, de la benignidad a la exigencia estricta; de otra forma se difumina la conciencia de culpa del sancionado y disminuye su imputabilidad; de ahí la admonición jurisprudencial de que, si responde a acto o conducta previamente tolerado, «la sanción rigurosa debe ser precedida de la advertencia que la haga previsible»⁴⁵.

6.º La importancia que la jurisprudencia concede a los apercibimientos⁴⁶ muestra, por otro lado, el fin correctivo propio del derecho disciplinario, que más bien trata de influir sobre las conductas futuras que de castigar las pasadas, salvo en casos extremos (Gil y Gil).

7.º Se pide la uniformidad en la imposición de sanciones a la repugna que impliquen discriminación de las que veda el art. 17.1 ET⁴⁷. Pero además «injusto» sería —dijo Kelsen (o violación del principio de igualdad del art. 14 Const. si se quiere hablar con el TC⁴⁸)— que la regla fuese aplicada en un caso y dejase de aplicarse en otro similar». El principio de igualdad de trato debe imperar aquí, pues, con rigor especial, y ante él debe ceder la real o supuesta ejemplaridad, buscada sancionando a unos sí y a otros no, sólo aceptable cuando las circunstancias no son idénticas; no cuando sí⁴⁹, o no se demuestra que no lo sean⁵⁰.

8.º En amplia medida, la sanción disciplinaria cubre o hace efectiva la responsabilidad del trabajador frente al empresario por los daños y perjuicios que le causen sus incumplimientos contractuales. Cabe pensar en una acción autónoma civil (o derivada de la penal, en su caso) de resarcimiento si los daños son cuantiosos e imputables a dolo, o a negligencia en éste rayana, del trabajador, que en cambio no responde por esta vía en los demás casos, cubiertos por el riesgo de empresa.

9.º En la medida que el poder disciplinario deriva de una necesidad de la empresa en cuanto tal, la libertad de ésta que el art. 38 Const. proclama —y manda a los «poderes públicos... [que]... garantice[n] y proteja[n] su ejercicio»— puede tomarse también como fundamento de aquél (Castro); por otro lado, en cuanto el poder disciplinario se manifieste a través [de la sanción] de despido nos hallamos ante una resolución por incumplimiento absolutamente irrenunciable *ex ante* (el contrato de trabajo dejaría de ser tal si se renunciara a despedir).

De todas estas limitaciones o características, las de los apartados 1.º, 6.º y 7.º precedentes se han examinado en relación con el poder de dirección; las del apartado 4.º son temas de Derecho procesal del trabajo (para las que remito al cap. 5.º *DPrTr*); con lo que —siendo las de los apartados 5.º y 9.º reglas

⁴⁵ SCT 30 septiembre 1980; sanción sin aviso tras «actitud no sólo tolerante, sino permisiva», en STS 14 junio 1982. Muy enérgicamente la misma doctrina en STS 31 mayo 1984 y SCT 28 enero 1986 (Ar. 422); en contra (aunque se pretenda en ella explicar la contradicción) SCT 15 noviembre 1984.

⁴⁶ STS 9 octubre 1986, entre otras.

⁴⁷ Sobre despido discriminatorio, *infra*, cap. 17, VIII, y jurisprudencia allí citada.

⁴⁸ TCo 49/1982 (*Jur. Const. TSS*, t. I, ref. 18).

⁴⁹ En tal sentido, mencionando expresamente los principios de «igualdad e interdicción de la arbitrariedad», SCT 30 noviembre 1982; llegando excesivamente a apreciar de oficio su violación, STS 5 febrero 1985.

⁵⁰ STS 7 febrero 1989 (Ar. 697).

simples de ética y buen sentido— sólo han de estudiarse aquí las de los apartados 2.º y 3.º, esto es, las faltas y sanciones laborales.

A. Faltas laborales⁵¹

El ET, de acuerdo con la tradición normativa, contiene un cuadro de actos y conductas sancionables, pero referido sólo a los más graves; tal es el carácter de las *causas de despido* del art. 54.2, cuyo análisis se demora hasta el estudio de éste (*infra*, cap. 19). Respecto de las demás faltas y su graduación, el art. 58.1 remite a las «disposiciones legales» (expresión que aquí comprende las sectoriales). Por lo general, estas normas califican las conductas como «faltas» y las clasifican en «leves», «graves» y «muy graves», según criterios varios adaptados al tipo de trabajo de que se trate; nada puede sustituir aquí al examen del convenio u ordenanza todavía aplicable. Se puede decir, en general, que las faltas muy graves giran sobre las causas de despido y que circunstancias como la reiteración o la reincidencia en la falta, el apercibimiento o amonestación en ocasiones anteriores, la ruptura manifiesta de la disciplina, la publicidad o el escándalo, o la generación de situaciones de riesgo, agravan las faltas, y sus inversas las atenúan.

La falta sancionable, por mucho que en ocasiones tienda a objetivarse, siempre ha de poder ser imputada al dolo o negligencia del trabajador; en cuanto a esta última, además, en una relación duradera y con tiempos largos de actividad de cumplimiento dentro de la duración, la buena fe no consiente que se exija en todo momento una conducta impecable, sin el menor descuido, una diligencia celosa y sin desfallecimiento (Barreiro); el ordenamiento cuenta con los fallos humanos del buen padre de familia; cuenta también, parafraseando, con los del «buen trabajador» debiendo éste sólo una diligencia *normal*, como se vio; lo que ésta tolera ni es conducta sancionable ni puede ser sancionado. En cuanto al dolo, es éste el contractual que, abstraído del motivo, acusa el conocimiento y la voluntad del culpable⁵².

B. Sanciones laborales

Al comenzar el estudio de las sanciones debe hacerse la importante consideración de que la más grave, el despido, es la menos característica; la facultad de resolución unilateral por incumplimiento en que el despido disciplinario o sancionador consiste es común a las obligaciones recíprocas y por eso aparece también, y tiene su origen y fundamento estrictos, en el contrato de trabajo. En cambio, las restantes sanciones —diferentes de las cláusulas penales, que serían la figura general más próxima de derecho contractual, y de las que por lo demás existen manifestaciones en el de Trabajo (*supra*, cap. 11, IV)— implican la no común existencia del disciplinario como poder de

⁵¹ Para sustituir las contenidas en las *Ords.* que aún están en vigor, el AICV propone una formidable lista de faltas, tan inútil como las de aquéllas (art. 18); también un breve y normal cuadro de sanciones (art. 19).

⁵² «Sabía que no podía hacer lo que estaba haciendo y, no obstante, quiso hacerlo y lo hizo» (STS 27 septiembre 1988 [Ar. 7.125]).

supremacía y la del de dirección en cuanto sobre éste reposa aquél, con el contrato retrocediendo al papel de causa remota o «genética». Dicho de otra forma: mientras que la facultad de resolver en que el despido consiste es inmanente al contrato, las demás facultades sancionadoras son externas a aquél, que sólo es su ocasión, viniéndole al empresario del otorgamiento de las mismas por el ordenamiento jurídico; además de que también, a diferencia del despido, las demás sanciones tienen —lo que las aproxima a las penas; de ahí, quizá, que puedan ser «amnistadas»— «un objetivo *conservador e intimidatorio* [no reparador] para mantener el comportamiento del trabajador adecuado a los intereses de la empresa» (Monteiro Fernandes).

El ET, tras regular con todo cuidado el despido en los arts. 54-56, dedica el art. 58 a las *faltas y sanciones de los trabajadores*, limitándose:

1.º A reconocer el sancionador como poder del empresario (las sanciones se imponen «por la dirección de las empresas», esto es, por el empresario o sus delegados), limitándolo mediante la consagración del principio de legalidad de la sanción (las sanciones se imponen «de acuerdo con la graduación que se establezca en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable»⁵³).

2.º A prohibir expresamente determinados tipos de sanciones; concretamente las de reducción de la duración de vacaciones y descansos, y las de «multa de haber», esto es, de las que impliquen reducción del salario⁵⁴. Es «nula la [imposición de] sanción... prohibida» (art. 115.2 LPL).

Las sanciones están previstas en las normas sectoriales (es también nula la sanción «no... tipificada»), en correlación con las faltas que también en ellas se prevén (sanciones para faltas leves, para faltas graves y para faltas muy graves). Para las *leves*, las sanciones normales son el apercibimiento o amonestación, verbal o escrita (concebible como advertencia o «llamada de atención» simple, sin contenido reprobatorio o sancionador propio [Barreiro]) y breves suspensiones de empleo y sueldo (hasta dos días, por ejemplo). Para las *graves*, suspensiones de mayor duración (quizá hasta quince días); inhabilitaciones temporales para ascender; traslado de puesto de trabajo⁵⁵. Para las *muy graves*, inhabilitaciones y suspensiones de mayor duración (quizá hasta seis meses estas últimas); traslado de fábrica y/o de localidad⁵⁶, y despido. Aunque las sanciones son de uniformidad mucho mayor que las faltas, caben variantes sobre las dichas.

La jurisprudencia ha subrayado enérgicamente la aplicación al derecho sancionador laboral del principio *non bis in idem*⁵⁷. Téngase en cuenta que las

⁵³ Las «disposiciones legales» eran las de Ord. laborales con sus listas interminables de faltas, hoy abundantemente transcritas en convenios colectivos, en su «paulatina pero lenta recepción del poder disciplinario» (MURCIA CLAVERÍA), que quiere ser vigorizada por los arts. 17 a 19 del AIVC.

⁵⁴ No la implica condicionar un premio a que no se haya cometido falta grave (SAN 134/1991, de 15 octubre).

⁵⁵ El art. 40 ET no excluye el traslado como sanción (STS 14 julio 1989 [Ar. 5.437]).

⁵⁶ Sanción ejecutiva desde que se imponga sin perjuicio del resarcimiento de los perjuicios si es revocada; según lo primero, dudoso lo segundo (CORTE HERABERO y doctrina y jurisprudencia que cita).

⁵⁷ STS 18 noviembre 1972, 17 octubre 1984 y 22 septiembre 1988 (Ar. 7.096), distinto es atender a sanción anterior para apreciar coincidencia (STS 15 diciembre 1982).

suspensiones de empleo y/o sueldo pueden ser cautelares —por ejemplo, para depurar los hechos—, en cuyo caso no precluyen la sanción definitiva. La sanción de suspensión está autorizada expresamente por el art. 45.1.h) ET, que la prevé como causa de suspensión del contrato⁵⁸.

Téngase en cuenta también que en la aplicación de las sanciones —y en la calificación de las faltas— juega con especial intensidad el principio de igualdad de trato, en el doble sentido ya estudiado, a saber: son radicalmente nulas las sanciones que impliquen discriminaciones de las vedadas por los arts. 14 y 28.1 Const. y por el art. 17.1 ET; y se anularán las sanciones que, sin ser discriminatorias en el sentido estricto dicho, violen la igualdad de trato, imponiendo sin justificación probada sanciones más graves a un trabajador que a otros ante conductas o actos idénticos⁵⁹ y contemporáneos⁶⁰. *A contrario*, «individualizada la conducta», la discriminación desaparece.

C. Procedimiento sancionador

Conforme al art. 58.2 ET, hay que distinguir entre las sanciones por faltas leves y sanciones por faltas graves y muy graves. En cuanto a las primeras, no se exige formalidad alguna; es claro que la decisión de sancionar debe ser adoptada por el empresario o por quien tenga autoridad delegada de éste y que la sanción debe ser puesta en conocimiento del trabajador. En cuanto a las faltas graves y muy graves, la sanción «requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan», requisitos muy similares a los de la carta de despido, por lo que se remite a lo que sobre ésta se dirá (*infra*, cap. 18); sobre prescripción del derecho a sancionar, materia regulada con precisión en el art. 60.2 ET, *infra*, cap. 20, V. De la sanción por falta muy grave se ha de informar al comité de empresa (art. 64.1.7.º ET).

Todas las sanciones —leves, graves y muy graves— «serán siempre revisables» ante el Juez de lo Social (el plazo, de caducidad, para demandar es de veinte días, art. 59.3 ET; de caducidad, insisten arts. 114.1 y 103 LPL). Conforme al art. 115.1.c) LPL y, en general, conforme al art. 58.2 ET, el Juez puede, además de confirmar, revocar o anular la sanción, «valorar» la falta y su sanción, autorizando la imposición de otra menor⁶¹, *incluso cuando se haya impuesto la sanción de despido*, tras de declarar éste improcedente (para el ca-

⁵⁸ Cabe también, digo, la suspensión preventiva —por lo menos la de empleo— «mientras se aclaran los hechos». STS 15 noviembre 1986 (Ar. 6.350) la admite, aunque con reticencias poco explicables.

⁵⁹ En tal sentido, STS 13 octubre 1983, 2 noviembre 1984 (que reitera la doctrina de STS 30 noviembre 1982) y 10 julio 1986. Con duda poco comprensible, TCo 21/1992 (*Jur. Const. TSS*, t. X, ref. 606; *com. GALIANA*).

⁶⁰ La discriminación se desdibuja o desaparece si la «sanción más suave» se impuso tiempo atrás (STS 24 febrero 1987 [Ar. 1.112]). Con

seguridad, es excesivo (excesiva, por tanto, SCT 1 julio 1986 [Ar. 5.730]) traer el art. 14 Const. a los supuestos de agresión mutua. Violación de igualdad de trato más discriminación, en STS 18 noviembre 1989 (Ar. 8.079). No discrimina la sanción a quien se prueba cometió el acto sancionable (STS 17 octubre 1990, Ar. 7.929).

⁶¹ No otra mayor, obviamente (TCo 206/1987 [*Jur. Const. TSS*, t. V, ref. 277]). Sobre sanción menor, TCo 96/1989, de 29 mayo (*Jur. Const. TSS*, t. VI, II, ref. 405).

so de que el empresario opte por la readmisión)⁶². La sentencia *no* es recurrible por el sancionado, salvo que el Juez confirme la [o sustituya la calificación de despido por otra] existencia de falta muy grave [arts. 115.3 y 189.1 LPL], ni por el empresario, con la misma excepción⁶³ y la de despido.

Si el sancionado, por falta grave o muy grave, es un delegado de personal o miembro del comité de empresa o delegado sindical, la decisión debe adoptarse en expediente contradictorio, como se vio [art. 68.a) ET], en el cual puede decretarse la suspensión provisional de empleo y sueldo⁶⁴.

La imposición de la sanción debe respetar la presunción de inocencia (*infra*, cap. 18, II.B), aunque se tienda a que ello no sea revisable en amparo (Pedrajas).

VI. CONCEPTO DEL DEBER DE PROTECCION

El deber de protección es, por un lado, consecuencia obligada del de dirección; si el empresario puede dar órdenes en cuanto al tiempo, lugar y modo de la prestación del trabajador, y estas órdenes han de ser obedecidas, puesto que de su incumplimiento puede derivar una sanción, le es exigible como deber procurar que no sean nocivas para el trabajador y que éste resulte indemne tras su cumplimiento; en esto consiste, en su acepción más estricta, el deber de protección.

Por otro lado, se supone que el empresario controla o está en condiciones de controlar el medio en que el trabajo se ejecuta, reduciendo al mínimo su peligrosidad (*supra*, cap. 8.^o); ésta es una nueva fuente del deber de protección.

Finalmente, el contrato de trabajo implica una relación personal de la que derivan efectos singulares para ambas partes; para el trabajador ya se dijo (*supra*, cap. 11, IV) que sus deberes están presididos por una buena fe especial y cualificada; recíprocamente, la exigencia de buena fe impuesta al empresario (art. 20.2 ET) pide de él una diligencia y cura especial por los intereses y persona del trabajador, ingrediente también del deber de protección.

Así, este deber no tiene un fundamento unívoco, sino una pluralidad de fundamentos jurídicos, todos los cuales reposan en última instancia sobre el contrato de trabajo. Aquella pluralidad, unida al carácter genérico del deber, del que ya hablara Gierke, explica la gran variedad de concreciones de la protección debida, que se maliza hasta el infinito según el talante de cada empresario y de los trabajadores a su servicio, según la estructura formal e informal de cada organización empresarial.

⁶² Véase *infra*, cap. 18, II.B y D.a). Véase también STS 24 julio 1989 (Ar. 3.010), y a estos solos efectos (el supuesto parece de despido procedente), STS 18 mayo 1990 (Ar. 4.356).

⁶³ Sólo el empresario tiene en tal caso un interés esencial, digámoslo así, en recurrir (lo puede tener también el trabajador, si la calificación judicial de la falta como grave o leve

persiste), por lo que pudo bien estimarse que LPL art. 115.3 (y el inciso concordante de LPL art. 189.1) era inconstitucional, por violación de Constl. art. 24; TCo 125/1995 (*Jur. Const. TSS*, t. XIII, ref. 917; *com. MONTÓYA*) (muy confusa; con voto particular) no lo creyó así.

⁶⁴ SCT 16 diciembre 1981. Véase también sobre estos despidos *infra*, cap. 18, III.A.

La distinción básica tiene por términos la protección reglada y la no reglada. Ambas aparecen desde luego en el ET, como necesidad intrínseca del cumplimiento contractual, aunque aquél tienda a ocultarlas tras una máscara infantilmente adusta.

A. La protección reglada

Llamamos protección reglada a la que consta en normas expresas de las que derivan obligaciones jurídicas estrictas.

Una ulterior distinción dentro de la protección reglada sería la que separara los deberes o prestaciones de protección ligados directa e inmediatamente al contrato de trabajo y consecuencia del mismo (por ejemplo, al deber de seguridad o de ocupación efectiva, ya analizados, o el deber de custodia que imponía el art. 74 LCT⁶⁵, que evidentemente sigue existiendo), de los que tienen en el contrato de trabajo su ocasión (por ejemplo, deber de seguridad social, o deber de formación profesional, o, ya examinado al estudiar el salario, de proporcionar viviendas u organizar economatos, o de «facilitar medios y servicios de bienestar..., culturales, recreativos y de información»⁶⁶). Nótese que ambos penden del contrato de trabajo; los que traen su causa de él, obviamente; pero también los ocasionales, porque sin la ocasión la causa no puede producir efectos; respecto de la seguridad social aquí se halla su conexión con el Derecho del Trabajo bien que tiendan a independizarse como disciplina jurídica a medida que extiende su cobertura, lo que ha ocurrido respecto de la asistencia sanitaria, independizada a su vez.

En los deberes «ocasionales», el deber de protección —por ejemplo, el de seguridad social— tiende a ser desplazado desde el empresario —cuyo deber de protección justificó cotizaciones a su cargo, como claramente se aprecia en el origen de los seguros sociales— hacia organismos especializados, públicos o privados, pasando aquél a un segundo plano, limitado acaso a recaudar del público, cargándolos a sus costes, recursos para que tales entes presten la protección, que no se pone a cargo directo del empresario sino en grave incumplimiento de deberes suyos conexos reglados (así los recargos punitivos de las indemnizaciones por accidente; *supra*, cap. 8.º, IV), o de omisión de sus obligaciones de cotización o recaudación; aunque con el riesgo inherente a la dificultad o imposibilidad eventual, si fracasa en el mercado, de recuperar los costes anticipados. En algún caso, el empresario reasume obligaciones de protección que habían sido transferidas a la Seguridad Social⁶⁷.

⁶⁵ STS 5 abril 1979, para un caso de deber de custodia de instrumentos [musicales] de los trabajadores depositados en poder del empresario y obligaciones y responsabilidades de éste como depositario. Sobre estos pleitos asume hoy jurisdicción la civil (STS, S. 1.ª, 9 mayo 1995 [Ar. 3.629]).

⁶⁶ Así a los marinos, art. 1.ºI.b) Convenio

163 OIT (Ginebra, 1987); ratificado por España (BOE 13 diciembre 1989).

⁶⁷ Así la de pago de los días 4.º a 15.º del subsidio de *i.l.* por riesgos comunes (art. 131.1.2.º LSS; TCo. 37/1994 [Jur. Const. TSS, t. XII, ref. 822; com. SÁNCHEZ-URÁN]; STSud 15 junio 1998 [Ar. 5.796]; Inst. SS, 16.ª ed., 1998, págs. 254-260).

B. La protección no reglada

La protección no reglada, entendiéndola por tal la no impuesta por una norma, tiene manifestaciones múltiples; para muchas de las regladas éste fue un estadio previo; pudiera contemplarse el deber de protección como un continuo trasvase de lo no reglado a lo reglado, creando obligaciones y, por consiguiente, responsabilidades por incumplimiento, donde antes no existían sino obligaciones naturales, y deberes morales o, cuando más, extensiones vacilantes de las responsabilidades extracontractuales fundadas en la culpa del empresario o derivadas del riesgo de funcionamiento de la empresa. Ciertamente es el del contrato de trabajo uno de los ámbitos en que ha acaecido el «enriquecimiento de contenido» que hoy se tiene como tendencia general en las relaciones contractuales (Tucci).

Respecto de ellas puede hablarse de benevolencia del empresario y, por tanto, de presencia de un título gratuito en su concesión o instauración; pero esto no dice sino del acto concesional o instaurador primero, que, por otro lado, puede formar parte del contenido de un convenio colectivo (*infra*, cap. 30, I.B), en cuyo caso se integra en su complejo normativo, desapareciendo incluso la gratuidad inicial, porque, una vez establecidas, se tienen en cuenta implícitamente al contratar y se incorporan así a las condiciones contractuales, no modificables unilateralmente, salvo, quizá, si la instauración se ha hecho con las reservas pertinentes, públicas y conocidas, sobre su carácter transitorio y revocable.

Todas las denominadas *relaciones humanas* caben aquí: *clubs* deportivos, recreativos y artísticos, servicios de asistencia social y religiosa, guarderías infantiles y escuelas, becas y ayudas de estudios, viviendas, etc.; también las «mejoras voluntarias» de la seguridad social, complementarias o independientes de las mínimas legales (Martín Valverde, Casas Baamonde, Tortuero), un nuevo e importante punto de conexión entre los Derechos del trabajo y de la seguridad social, por lo indeterminado de la naturaleza de estas mejoras, bien prestaciones de seguridad social, bien prestaciones contractuales derivadas del deber de protección, bien en zona equívoca participando del carácter de ambas. Sobre la dificultad de distinguir entre estas prestaciones y los salarios en especie ya se habló (*supra*, cap. 12, II).

En Derecho se cumple con lo expuesto; a disciplinas no jurídicas corresponden otros temas, entre ellos la indagación de los móviles; si las relaciones humanas están basadas en un altruismo genuino y en una preocupación desinteresada por el bienestar del trabajador, ventajosa sustitución de un paternalismo benevolente y anacrónico y, desde luego, de su contemplación simple como máquina eficiente (Taylor); o si traen su causa de la convicción, a la que prestan sólido fundamento investigaciones de sociología industrial (Mayo), de que, iguales las demás circunstancias, el trabajador al que no se presta atención, o tiene la convicción subjetiva de no ser atendido, o no logra relaciones «informales» satisfactorias o llevaderas en el trabajo, es de rendimiento inferior a su homólogo atendido y adaptado; o si obedecen a una combinación en proporción varia de ambos motivos.

VII. DIRECCION, PROTECCION Y RESPONSABILIDAD

El deber de protección dejaría de ser tal si no engendrara una responsabilidad su incumplimiento; hay que esperar, pues, que, en cuanto sea reglado, su cumplimiento se exija y se tenga al empresario por jurídicamente responsable si no es cumplido. Por otro lado, quien da una orden obedecible tiene que estar a las consecuencias de su obediencia y responder de los resultados dañosos de ésta.

Estas responsabilidades del empresario han de ser contempladas respecto del propio trabajador y respecto de los terceros.

A. Responsabilidad frente al trabajador

Ante todo, el trabajador puede solicitar la resolución del contrato de trabajo si el empresario infringe *gravemente* su deber de protección, una de las «obligaciones contractuales» genéricamente mencionadas en el art. 50.1.c) ET; el trabajador no tiene en este caso obligación de preavisar ni debe indemnización alguna por cuanto su acción se encuentra justificada por un incumplimiento previo del empresario. Remitimos sobre esto a lo que se expone en el cap. 19.

O puede optar por el cumplimiento, esto es, por exigir del Juez o de la Autoridad laboral, según los casos, que se imponga al empresario la obligación en concreto en que su deber de protección consista. El cumplimiento específico se exigirá ante el Juez; la compulsión hacia el cumplimiento por medio de sanciones administrativas —multas, en especial— de la Autoridad laboral.

Del deber de protección emanó la legislación de accidentes de trabajo, aun la fundada sobre las doctrinas del riesgo profesional y de la responsabilidad objetiva; de antiguo, el empresario respondía si el trabajador se lesionaba mediante culpa o negligencia de aquél; el giro que dieron las legislaciones europeas a fines del siglo pasado (en España la primera Ley de accidentes de trabajo, de 30 enero 1900) puede muy bien ser concebido como basado en que el trabajador, al ejecutar su trabajo, está sometido a órdenes generales o especiales, implícitas o explícitas, de su empresario, y que éste, por tanto, debe responder de las resultas desgraciadas de lo que el trabajador haga en cumplimiento de sus mandatos, que, por lo mismo que deben ser obedecidos, han de estar amparados por el deber de protección, con independencia de la culpa o negligencia del empresario al ordenar.

Por lo demás, la culpa sigue jugando respecto de los incumplimientos empresariales; concretamente en los accidentes de trabajo mediante la institución, ya mencionada, del recargo no asegurable en las indemnizaciones (art. 123 LSS), cuando el empresario incumple una de las manifestaciones típicas del deber de protección, como lo es el deber de seguridad en el trabajo, incumplimiento que se presume culpable *iuris et de iure*; o las responsabilidades penales y civiles del empresario en el mismo supuesto; tráigase a colación aquí lo estudiado *supra*, cap. 8.º, IV.

B. Responsabilidad frente a los terceros

Si bien se mira, y la doctrina no dejó de señalarlo (Santoro-Passarelli, Fleming), la responsabilidad objetiva, que tan revolucionaria pareció cuando se aplicó a la protección de los trabajadores accidentados, estaba ya admitida civil y penalmente para fundar la responsabilidad empresarial por actos de sus trabajadores en relación con la protección de los terceros.

a) Responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual —«reparar el daño causado... a otro... por acción u omisión»— *por actos u omisiones propios* es culposa, pues- to que el art. 1.902 CC exige que ocurra «interviniendo culpa o negligencia». En cambio, la responsabilidad *por acto de otro* del que se deba responder es una responsabilidad, si no objetiva, tan próxima a ella que resulta indistin- guible; al responsable no le basta para exonerarse que no se pruebe su culpa o negligencia, sino que él mismo debe probar que empleó «toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño» (art. 1.903 CC, *in fine*).

Entre quienes tienen que responder por los actos u omisiones de otro se encuentran «los dueños o directores de un establecimiento o empresa [en su- ma, los empresarios] respecto de los perjuicios causados por sus dependien- tes [esto es, por los trabajadores] ^{67a} en el servicio de los ramos en que los tu- vieran empleados, o con ocasión de sus funciones» (art. 1.903.3.º CC) ⁶⁸. Los «dependientes» en cuestión tienen que haber incurrido en responsabilidad res- pecto de un tercero, y si ésta es extracontractual (puede ser contractual, por su- puesto) ha de ser culposa o negligente conforme al art. 1.902 (aunque incluso respecto a ésta se diga que se tiende a la objetivación; pero «sin negligencia... en la conducta del asalariado» no hay responsabilidad de su empresario ⁶⁹); pe- ro si la responsabilidad del trabajador existe, la del empresario, conforme al art. 1.903 CC, es objetiva a todos los efectos prácticos, porque su defensa posi- ble de que empleó «toda la diligencia de un buen padre de familia» de poco puede valer si el trabajador estaba prestando los servicios que debía al empre- sario y el daño se produjo con ocasión o por consecuencia de éstos.

Las nociones de culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando* aplicadas en este contexto, no son sino modos de decir que la responsabilidad se exige con independencia de la noción de culpa. Para exonerarse el empresario debe no sólo «adoptar las precau- ciones que exigían sus obligaciones como empresario» e imponer a los trabajadores «to- das las precauciones necesarias», sino «cuidar con exactitud vigilante y continua que fueran observadas» ⁷⁰; lo que excede con mucho del paradigma social de la conducta del buen padre de familia y establece una exigencia de tal calibre que vale tanto como declaración de responsabilidad directa del empresario, «sencillamente porque lo es... independientemente de cualquier culpa propia» (Rubio), «reconduciendo aquella exi- gencia... a un formalismo, vacío de contenido» (Tapia); o cuando menos «perdiendo vi- gor la idea de la exoneración mediante la prueba de la diligencia» (Díez-Picazo).

«El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos

^{67a} Aunque, aplicando extensiva y analógica- mente CC, art. 1903.4.º, la «dependencia... no ha de ser necesariamente laboral, pudiendo de- rivarse de otros vínculos [como] arrendamien- to de obras [o] servicios» (STS, S. 1.º, 2 no- viembre 2001 [Ar. 9.641]).

⁶⁸ También las organizaciones por «la reali- zación de actuaciones» de los voluntarios que trabajen en sus programas [LV, art. 10.a]; *su- pra*, cap. 1.º, IV.B].

⁶⁹ STS, S. 1.º, 6 abril 2000 (Ar. 2.508) y las que cita, entre otras muchas. Extremada en cuanto a la objetivación de la responsabilidad del dependiente (genérico e ignorado en el ca- so), STS, S. 1.º, 28 marzo 1994 (Ar. 2.526). So- bre responsabilidad del personal sanitario y de- rivada de los establecimientos en que trabajan, ALONSO OLEA.

⁷⁰ STS, S. 1.º, 21 marzo 1968; discursiva, STS, S. 1.º, 19 junio 2000 (Ar. 5.291), *cons. 7.º*

lo que hubiese satisfecho» (art. 1.904 CC), se entiende si el trabajador no hubiera actuado en cumplimiento de órdenes generales o particulares del empresario, pues es claro que en tal supuesto sería absurdo conceder a éste un derecho de repetición, salvo que en aquel cumplimiento hubiera mediado el comportamiento doloso o gravemente culposo o negligente del trabajador como causante del daño; que el empresario ha de probar (Moreno).

Repárese en que, al objetivar el precepto la responsabilidad subsidiaria del empresario por el acto del trabajador, éste no necesita ser demandado por el perjudicado, que puede dirigir su acción únicamente contra el empresario ⁷¹.

Cabe responsabilidad civil del empresario por acto propio (CC, art. 1.902), normalmente por «deficiencia de sus servicios» imputable al conjunto de éstos y no a trabajador determinado e identificable ⁷². Pero entonces hay que demostrar la culpa del empresario o hablar de una responsabilidad de éste como creador de riesgos, lo que no cabe sino respecto del accidente de trabajo según su concepción legal y es típico y exclusivo de ésta ⁷³.

b) Responsabilidad civil derivada de delito

Aneja a la criminal por delito o falta, la responsabilidad civil —reparación de los daños y perjuicios causados (CP, arts. 109 y sigs.)— se imputa en primer lugar al responsable criminalmente (CP, art. 116); pero, además, son responsables civiles *en defecto* de quienes lo sean criminalmente:

— los empresarios, por los delitos o faltas cometidos en sus establecimientos *por sus directores o empleados*, si hubiera habido infracción de reglamentos relacionados con el hecho punible (art. 120.3 CP);

— los empresarios, asimismo, «por los delitos o faltas que hayan cometido sus... *empleados o dependientes... en el desempeño... de sus obligaciones o servicios*» (art. 120.4 CP).

También, aunque aquí subsidiaria y no directa, se trata de una responsabilidad objetiva en virtud de la cual del acto punible, doloso o negligente, del trabajador (esto es, de su responsabilidad penal, sin declarar la cual «no es posible fijar una responsabilidad civil subsidiaria [de] la empresa» ⁷⁴) insolvente deriva la de su empresario, con independencia de culpa o negligencia. En el art. 120.4 CP, además, el contrato de trabajo está ligado indisolublemente a la fuente de la responsabilidad, puesto que el delito o falta ha de haberse come-

⁷¹ STS, S. 1.ª, 16 marzo y 30 abril 1971, 25 marzo 1977 y 30 diciembre 1981; responsabilidad solidaria (STS, S. 1.ª, 24 diciembre 1992 [Ar. 10.656]), con solidaridad «impropia» (STS, S. 1.ª, 4 y 19 julio 1996 [Ar. 5.558 y 5.802]).

El art. 20.2 de la Ley 3/1991, de 10 enero, de *competencia desleal*, regula el ejercicio de acciones, cuando «el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores... en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales», remitiendo al «Derecho civil» en cuanto a las de resarcimiento y enriquecimiento injusto.

⁷² Sobre esto *in extenso*, los caps. 1.º (*Concepto de accidente de trabajo*), 2.º (*El accidente de trabajo y la responsabilidad empresarial*), y 3.º (*El aseguramiento de los accidentes de trabajo*), de ALONSO OLEA-TORTUERO, *Instituciones de la Seguridad Social*, 18.ª ed., Madrid, 2002).

⁷³ En un caso de RENFE obiter TCo 189/1995; en casos múltiples de establecimientos de asistencia sanitaria, las sentencias del TS que cita ALONSO OLEA.

⁷⁴ STS, S. 2.ª, 15 febrero 1994 (Ar. 1.419) y 30 abril 1998 (Ar. 4.861), *cons.* 5.ª y 8.ª

tido por el trabajador «en el desempeño de sus obligaciones o servicios», esto es, en la ejecución del contrato, o con ocasión de ésta —con jurisprudencia amplia al respecto— desencadenante de la responsabilidad empresarial (Alonso Olea), que surge cuando el trabajador «actúa dentro del marco [de su] cargo, aunque sea con extralimitación»⁷⁵ y que, por lo mismo, deja de surgir en caso de «desconexión total»⁷⁶.

c) Responsabilidad administrativa

Jurisprudencia tumultuosa y contradictoria parecía al fin sostener que de las *sanciones administrativas*, multas en los casos, que se impusieran al trabajador no respondía directa ni subsidiariamente el empresario⁷⁷; pero en nuevo y radical giro las sentencias dicen hoy lo contrario⁷⁸.

BIBLIOGRAFÍA: R. ALONSO GARCÍA, *El «Soft Law» Comunitario*, en RAP, núm. 154, enero/abril 2001, págs. 89-94; M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.ª ed., Madrid, 1994, cap. VIII.C.a); el mismo, *La responsabilidad del empresario ante terceros por actos del trabajador a su servicio*, Madrid, 1990, págs. 17-23 y 81-86; el mismo, *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Madrid, 1999, cap. VI.C-D; M. ALVAREZ AL COLEA, *La discriminación por razones ideológicas o políticas* (II Jornadas Hisp.-Luso-Bras. de Derecho del Trabajo), Madrid, 1985, pág. 685; J. APARICIO TOVAR, *Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas*, en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón y Del Peso*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1980, págs. 292 y 295; G. BARREIRO GONZÁLEZ, *Diligencia y negligencia en el cumplimiento...*, cit., págs. 311 y 382; J. BARRIONUEVO PEÑA, *Fuerza mayor y expedientes de crisis*, en *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Departamento de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1977, págs. 460-463; A. P. BAYLOS GRAU, *En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir...*, en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón y Del Peso*, cit.; R. BIRK, *Die Rechtmässigkeit gewerkschaftlicher Unterstützungskampfmassnahmen*, Stuttgart 1978; M. A. CAMPOS ALONSO, *Extinción del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores. Nueva perspectiva sustantiva y procesal*, Madrid, 1982; M. E. CASAS BAAMONDE, *Autonomía colectiva y seguridad social*, Madrid, 1977; la misma, *Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva*, en REDT, núm. 89, 1998, págs. 412 y 431; B. M. CREMADES, *La sanción disciplinaria en la empresa*, Madrid, 1969, pág. 181; M. A. CASTRO ARGUELLES, *El régimen disciplinario en la empresa...*, Pamplona, 1993, págs. 32-36; N. CORTE HEREDERO, *Movilidad geográfica de los trabajadores*, Madrid, 1995, págs. 223-232; C. CHACARTEGUI JAVEGA, *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid, 2001, 3.3.2.2; L. DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, pág. 162; J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1999, págs. 108-120; J. G. FLEMING, *Law of Torts*, Oxford, 1967, pág. 171; F. GAMILLSCHIEG, *Arbeitsrecht*, t. I, §§ 71, 99, 130, 6.ª ed., Munich, 1983, págs. 142-143, 190-191, 240-241; el mismo, *Kollektives Arbeitsrecht*, tomo I, München, 1997, págs. 1092-1096; J. GARCÍA MURCIA, *Los delitos contra la libertad...*, cit., en REDT, núm. 8 (1981), pág. 461; J. L. GIL Y GIL, *Autorutela privada y poder*

⁷⁵ STS, S. 2.ª, 13 diciembre 2001 (Ar. 2002 [2002] 1.180).

⁷⁶ Afirmativas, terminantes, STS, S. 2.ª, 11 noviembre 1998 (Ar. 8.957) y 19 abril y 2 octubre 2000 (Ar. 3.732 y 8.480). Negativa en virtud de «exoneración por desconexión», STS, S. 2.ª, 1 julio 1994 (Ar. 6.409).

⁷⁷ STS, Sala de revisión (art. 102 LJCA), 19 enero y 16 febrero 1990 (Ar. [1992] 7.309 y

7.313). Para la jurisprudencia anterior, ALONSO OLEA (1990).

⁷⁸ STS, S. 3.ª [6.ª], 15 marzo 1993 (Ar. 1.686), que cita la de [1.ª] 20 junio 1992 (Ar. 3.655); 12, 13 y 19 diciembre 1994 (Ar. 9.786, 9.787 y 9.800), entre otras; las últimas citadas respecto de incumplimiento por bancos de prescripciones de seguridad pública.

disciplinario en la empresa, Madrid, 1993, págs. 114-118; L. GIL SUÁREZ, *Variación de las condiciones de trabajo por iniciativa del empresario*, en «Doc. Laboral», X (1987), pág. 75; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, en REDT, núm. 75, 1996, pág. 99; A. GUANCHE MARRERO, *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*, Madrid, 1995, págs. 69-74; P. HANAU-K. ADOMEIT, *Arbeitsrecht*, 8.ª ed., Frankfurt, 1986, págs. 96 y 99; G. M.ª HIDALGO RÍA, *La libertad ideológica del trabajador*, en «Rev. de Trabajo y Seguridad Social», núm. 168, 1997, pág. 57; R. VON IHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 3.ª parte, ed. Leipzig, 1924, págs. 312-313; F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, págs. 467-468; M. LIEB, *Vermutungen, Beweislastverteilung und Klärungsobliegenheiten in Arbeitskämpf*, en *Festschrift W. Herschel*, Munich, 1982, págs. 229-230; F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Universidad de Alicante, 1984, pág. 139; A. MARTÍN VALVERDE, *Las mejoras voluntarias de seguridad social*, Sevilla, 1970; L. G. MARTÍNEZ ROCAMORA, *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Barcelona, 1998, pág. 191; J. MATÍAS PRIM, *Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva*, en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón y Del Peso*, Universidad de Madrid, 1980; J. R. MERCADER UGUINA, *Modernas tendencias en la ordenación salarial*, Pamplona, 1996, págs. 73-96; A. L. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, vol. I, 6.ª ed., Coimbra, 1987, pág. 173; A. MONTAÑA MELGAR, *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1965, pág. 44, el mismo, en «ET, 20 años», t. I, págs. 591-592; J. M. MORALES ORTEGA, *Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales: los medios de reacción*, en RDT, núm. 105, 2001, págs. 445-446; C. MORENO DEL TORO, *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*, Madrid, 1999, pág. 241; A. MURCIA CLAVERÍA, *El régimen disciplinario en el Acuerdo sobre cobertura de vacíos*, en F. VALDÉS DAL-RE (dir.), *La reforma pactada...*, Valladolid, 1997, págs. 382-383; C. ORTIZ LALLANA, *Derechos fundamentales y relación laboral*, en *RMT*, núm. 13, 1998, págs. 21-26; M.ª R. PALMA RAMALHO, *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, Coimbra, 1993, págs. 307-347 y 350-406 (la cita de pág. 432); A. PEDRAJAS MORENO, *Despido y derechos fundamentales* (y TCo que estudia), Madrid, 1992, págs. 241-272 y 237; M. A. PURCALLA BONILLA y F. A. VALLE MUNOZ, *El acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario*, en «La nueva regulación de las relaciones laborales», Tarragona, 1995, pág. 363; S. DEL REY GUANTER, *Employee Privacy in Spanish Labor Relations*, en «Comp. Labor Law Jour.», núm. 17.1, 1995, págs. 124-127; J. RIVERO LAMAS, *Modificación sustancial de condiciones de trabajo*, en *Estudios M. Alonso García*, Madrid, 1995, pág. 384; el mismo, *Las ideologías jurídicas y la empresa*, en «Estudios H. H. Barbagelata», Montevideo, 1997, págs. 663-664; M. D. ROMÁN, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, 1992, pág. 109; M. RODRÍGUEZ-PINERO, *Lecciones de Derecho del Trabajo* (ciclostil), Sevilla, 1970, pág. 164; J. RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid, 1971, págs. 56-57; C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Pamplona, 1999, § 44, págs. 157-159; J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, *El despido discriminatorio*, en ACARL, *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2.ª ed., Madrid, 1992, pág. 622; T. SALA FRANCO y F. LÓPEZ TARRUELLA, *La modificación de las condiciones de trabajo*, Bilbao, 1991, págs. 100-103; F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 28.ª ed., Nápoles, 1976, págs. 8-83; W. SCHWARTZ, *Die Beschäftigungspflicht in Arbeitsverhältnis*, en *Festschrift H. Floretta*, Viena, 1983, con referencias bibliográficas abundantes y precisas; A. TAPIA HERMIDA, *La responsabilidad del empresario derivada de daños causados por sus trabajadores*, en «Rev. Trab. y Seg. Social», núm. 178, 1998, pág. 128; F. TONNIES, *Einführung in die Soziologie*, § 50, ed. Stuttgart, 1965, págs. 249-250; G. TUCCI, *Responsabilidad civil y daños injustos*, en N. LIPARI, *Derecho privado* (Studia Albormotiana, vol. XXXVIII), págs. 423 y sigs.; A. VÁZQUEZ VIALARD y col., *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. III, Buenos Aires, 1982, pág. 773 y bibliografía que cita; el mismo, *La aplicación de la excepción de incumplimiento de contrato en la relación laboral*, en REDT, núm. 24 (1981), págs. 471-474; L. E. DE LA VILLA, *Esquemas de Derecho del Trabajo* (ciclostil), Valencia, 1971-1972; L. E. DE LA VILLA y M. C. PALOMFOU, *Introducción a la economía del trabajo*, t. I, Madrid, 1980, págs. 598-599; M. WEBER, *Economía y sociedad*, cit., 2.ª parte, cap. IX.I.3 (III); t. II, págs. 718 y 738; M. WRIGHT y C. J. CARR, *Labour Law*, 4.ª ed., 1984, pág. 50.