

### III

## RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO

#### **Legislación aplicable:**

*Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Estatuto de los Trabajadores, artículos 11, 12, y 15.<sup>1</sup>*

*Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.*

*Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.*

*Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.*

*Código Civil, artículo 6.4.*

*Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de reforma del sistema de protección por desempleo.*

*Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.*

*Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.*

*Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.*

*Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.*

*Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y Ley 35/2010 de convalidación del Real Decreto.*

### 1. CONTRATO DE TRABAJO

#### 1.1. INTRODUCCIÓN

Todas las formas de contratación, especialmente las relacionadas con la precariedad, aún existiendo obligación patronal de comunicación de cualquier forma de contrato, laboral o mercantil, a los Representantes de los Trabajadores/as y Sindicatos (Artículo 64 ET, LOLS, etc.) requieren un trabajo de análisis para permitir la intervención sindical sobre uno de los lugares centrales del ilegalismo empresarial.

Existen grandes dificultades para calificar jurídicamente un contrato de trabajo, debido en la sociedad actual sobre todo a dos razones. Una, el gran fraude, real y que coexiste con la norma.

---

1. Cada concreto desarrollo normativo de cada tipo contractual está expuesto en la explicación de cada una de estas modalidades.

Otra, la existencia de contratos afines a los contratos de trabajo lícitos, con perfiles absolutamente difusos y siempre con la necesidad de ser demostrados por el interesado/a. La ley se mueve en una gran indefinición, en especial en la regulación de las contrata y subcontratas.

Las zonas más difusas en este gran reino del fraude y la ilegalidad empresarial son: contratos de arrendamiento de servicios, contratos de ejecución de obra que se confunden con contrato por obra o servicio determinado, contratos mercantiles, contratos de falsos autónomos al amparo de la ley 12/92 de 27 de mayo sobre Contrato de Agencia, en vigor desde el 1 de enero de 1994, los becarios, meritoriaje, las prácticas laborales gratuitas, los voluntariados en ONGs, etc.

Nos encontramos en un momento en que la generalización del paro y de los empleos inseguros, precarios, introducen una gran inestabilidad en las condiciones de vida de mucha gente, en un momento en que en el interior de las empresas coexistimos trabajadores/as estables/fijos y trabajadores/as de «segunda categoría» (los de la reforma del 97, los de contrata y subcontratas, los de ETT, etc.).

Tenemos que pensar en lo «oculto», en lo que no existe para la realidad, que ya está tapado, no se muestra, y sólo expresándolo existirá. Debemos organizarnos de tal manera que los/as militantes sindicales nos convirtamos en instrumentos útiles para la gente, sobre todo para quien es más débil, para quien más sufre el fraude de ley y la ilegalidad empresarial.

La Ley 35/2010 de Reforma del Mercado de Trabajo, en su relación con el Contrato, supone un serio golpe a la «democracia representativa» y un muy serio atentado a la libertad sindical y a los derechos laborales.

Las Medidas de Ajuste estructural del Mercado de Trabajo, golpean seriamente las reglas democráticas de un sistema de Relaciones Laborales que, cada vez más, carece de la protección de la parte más débil de la relación salarial, el trabajo, y remite a un orden jurídico-político de mercado libre, es decir, entre «iguales», lo cual acrecienta la desigualdad y la injusticia social.

Según su reivindicación primigenia, el empresariado y los organismo financieros internacionales querían un contrato único, que pasaría a ser el contrato ordinario, con costes crecientes indemnizatorios (partir de 8 días y llegar a los 20), sin tutela judicial, es decir, contratos indefinidos resueltos por cualquier motivo, es decir, desistimiento del contrato por una de las partes, sin control judicial.

Han conseguido prácticamente el todo (de ahí la trascendencia que tiene esta Reforma), pues en origen el contrato si bien deviene en la forma de Contrato de Fomento Indefinido (el de 33 días) en la práctica queda universalizado y si bien es cierto que la indemnización de los 33 días sólo operan en los despidos objetivos, manteniendo los 45 días en estos contratos cuando es disciplinario e improcedente, en la práctica gran parte de los contratos son bonificados en todas las gamas posibles:

- Trabajadores de 16 a 30 años descualificados.
- Trabajadores de más de 45 años.
- Transformación de contratos temporales en indefinidos.
- La condición de mujer incrementa la bonificación.
- Los contratos formativos y de prácticas, que apenas tienen costes sociales para el empresario.
- Los contratos con reducción de jornada (consecuencia de un ERE suspensivo) son subvencionados por el Erario Público.
- Y las reposiciones del desempleo, se pagan por el Erario Público hasta 180 días, es decir 6 meses.

Lo cual abarata costes en el precio del contrato hasta niveles de «supervivencia» o de reproducción de la mano de obra y la forma ordinaria del contrato es el de 33 días.

Y en la salida (despidos) hacen «pleno». Si tenemos en cuenta que la vía utilizada en los despidos (sin contar EREs) por el empresariado español [el pequeño, el mediano y el grande], es la vía del despido objetivo, bien individual, bien colectivo por causas económicas, organizativas, productivas o por simple amortización de puesto de trabajo. Estos despidos son procedentes si existe causa y su indemnización es de 20 días por año de trabajo con el tope de 12 mensualidades.

El problema se encontraba en la «demostración objetiva» de la causa invocada si el trabajador impugnaba dichos despidos aduciendo que no existe tal causa (sobre todo la económica) y, como el empresariado quiere una reestructuración rápida, asumía dichos despidos como no justificados, es decir reconocía la improcedencia de los mismos y les indemnizaba con 45 días. Esta ha sido la práctica en el 80% de este tipo de despidos objetivos.

Ahora se les ofrece, según texto, a los trabajadores que habrá tutela judicial, es decir, el despido objetivo puede ser impugnado, pero el Juez tiene un «corsé» donde su revisión sólo se puede basar en «revisar» si el empresario ha sido «medianamente inteligente» y ha acreditado mínimamente la razonabilidad extintiva. Esto es eliminar «de facto» la tutela judicial efectiva y cargarse el derecho fundamental a la tutela judicial.

Al empresariado se le garantiza un despido igual al que viene utilizando pero con garantías de indemnización bastante menores, 20 días por año y máximo 12 mensualidades. Y, además, se le financian 8 días con dineros públicos, quedándose el hecho indemnizatorio en 12 días, es decir como los contratos temporales.

La reducción es seria y la pérdida de derechos significativa, pues la norma les va a seguir garantizando la limpieza de sus plantillas estables y con condiciones ordinarias por medio del mecanismo de despidos objetivos procedentes, por cualquier causa: económica, productiva, técnica u organizativa.

Esta propuesta del Gobierno, al igual que las realizadas e impuestas en toda la UE, sólo va en una determinada dirección: garantizar al empresario, al capital, su tasa de ganancia, sus beneficios, a costa de arrebatar los derechos laborales, la seguridad jurídica de los trabajadores y la dignidad de un empleo estable y digno.

El modelo de relaciones laborales, capital-trabajo, en su vertiente de mercado de trabajo: contratos, empleos, condiciones laborales y en sus prestaciones sociales, desempleo y pensiones, se liberaliza en todos su recorridos: se entra al empleo desde la temporalidad, el contrato frágil y precario y bonificado; se permanece en el empleo desde la disponibilidad flexible en función de la demanda (jornada, horarios, sistemas retributivos), y se sale del empleo por la simple voluntad empresarial. Y cuando se necesitan prestaciones de desempleo o pensión de jubilación, éstas devienen mermadas en su cantidad y agravados los requisitos necesarios para tener derecho a las mismas.

Despedir (rescindir el contrato de trabajo) se muestra que es facilísimo en este país. La percepción social del acto del despido se muestra como un acto normalizado, banal e irrelevante, como «un incidente de viaje» en el trascurso de la solución técnica en la economía de mercado.

Esta cultura social ha pasado directamente a la cultura jurídica, que da por normalizadas las distintas reformas desregulatorias de la protección y tutela judicial ante el acto unilateral y violento del despido:

- La Reforma de 2002 del artículo 56.2 del ET, disuade al trabajador «ofendido» de pedir la tutela del juez. Se admite judicial y socialmente la descausalización del despido.
- Se genera la percepción de que el despido es libre, es decir se le libera de cualquier tutela.

- La Ley Concursal de 2003, aniquila la negociación colectiva en los despidos colectivos.
- La penetración del discurso liberal economicista del acto del despido (libre y sin tutela) al servicio del mercado libre. Tanto los Tribunales Superiores de Justicia como la inmensa mayoría de los jueces del Tribunal Supremo, son recorridos por este discurso.

La individualización del modelo de relaciones laborales lleva a la ruptura con el contrato colectivo y sólo cuenta la voluntad empresarial (discrecionalidad) en todo lo relativo a la organización del trabajo.

Las instituciones mediadoras en el conflicto capital-trabajo: gobiernos, judicaturas, administraciones autonómicas y locales y sindicatos, han creado la cultura de que el empleo en el estado español está soportado por un contrato sin derechos, fácilmente contratable (por precios y flexibilidad) y fácilmente prescindible (por precios y libertad cuasi-absoluta).

La libertad de despido la otorgó el Partido Popular con el «Decretazo» del 2001, y el Gobierno del PSOE, sin oposición sindical de los «mayoritarios» y la clase asalariada, primero con el «Corbachazo y Zapaterazo» del 2009 y después con la Ley 35/2010, cierra el círculo de la absoluta desregulación laboral, al modo y manera de la liberalización de los mercados.

## 1.2. CONCEPTO DE CONTRATO DE TRABAJO

Podemos definir el contrato de trabajo, como la relación que se establece entre una persona (trabajador/a), con otra (empresario), por la que la primera voluntariamente, presta sus servicios a la segunda, de forma retribuida, bajo su dirección y organización.

Así, en relación con lo anterior se establece en el artículo 1 del ET su aplicación a «(...) *los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario (...)*».

En consecuencia con lo que acabamos de decir podemos identificar cinco elementos básicos para considerar la existencia de un contrato de trabajo:

- **Voluntariedad:** Lo que excluye cualquier prestación de servicios que una persona viene obligada a realizar por diferentes circunstancias. Incluye así mismo, esta expresión, la necesidad del consentimiento mutuo en el pacto de contrato y la necesidad de poseer la capacidad jurídica suficiente para la celebración de dicho acto jurídico.
- **Retribución:** La prestación de servicios se realiza a cambio de una retribución o salario, siendo esta una de las principales obligaciones del empresario.
- **Dependencia<sup>2</sup>:** Concepto que hace referencia a que el trabajador/a se incardina en el ámbito de organización del empresario, es decir, es este último el que imparte las instrucciones acerca del trabajo a realizar. El trabajador/a no organiza su trabajo, sino que viene marcado por el poder de dirección del empresario (concepto al que más adelante haremos referencia).

2. Esta característica es de gran importancia para analizar posteriormente figuras como los «falsos autónomos», los cuales en realidad dependen de un empleador, o figuras como la de la cesión ilegal de trabajadores/as, en la cual, pese a depender formalmente de un empleador se realiza realmente la prestación laboral para otro.

- Ajenidad<sup>3</sup>: Con este concepto podemos evaluar dos elementos diferenciados; de un lado que los rendimientos del trabajo revierten directamente sobre el empresario, y de otro que los riesgos de la actividad son también asumidos por el empresario.
- Carácter Personal: El trabajador/a se compromete a realizar la prestación de los servicios con carácter personal, sin poder designar sustituto alguno. Podríamos así mismo decir, que la relación de trabajo mediante un contrato laboral, incluye la necesidad y la obligación de que la actividad sea prestada directamente por el trabajador/a, no pudiendo este delegar su obligación de trabajar en ninguna otra persona.

Son éstos los elementos que nos sirven para calificar una relación contractual como laboral, y no como otra forma de prestación de servicios, que se sometería a normas derivadas de los contratos civiles de ejecución de obra o arrendamiento de servicios.

La jurisprudencia ha hecho una labor de integración e interpretación de cada uno de estos conceptos para determinar el alcance de cada uno de ellos en el ámbito del Derecho del Trabajo y, por ende, en el ámbito de la aplicación del ET, norma que se aplica a las relaciones que reúnen los requisitos que hemos analizado con anterioridad.

### 1.3. SUPUESTOS QUE NO TIENEN CONSIDERACIÓN DE RELACIÓN LABORAL

En base a lo que hemos manifestado, no tendrán la consideración de relación laboral:

- La relación de servicios de los funcionarios públicos.
- Las prestaciones personales de carácter obligatorio.
- Los cargos de consejeros de las sociedades.
- Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.
- Trabajos realizados por los familiares del empresario ascendientes o descendientes en línea recta, salvo que se demuestre el carácter asalariado.
- Las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, asumiendo el riesgo y la ventura de las mismas.
- Cualesquiera otras que no reúnan los requisitos de voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia.

### 1.4. RELACIONES LABORALES DE CARÁCTER ESPECIAL

Bajo este nombre el ET incluye una serie de prestaciones de servicios a los que, aun faltándoles alguno de los elementos que hemos visto con anterioridad, entran bajo el ámbito de aplicación del ET, en su artículo 2. Estas relaciones laborales de carácter especial son:

3. Este elemento también tiene importancia para analizar figuras como las señaladas en la nota a pie anterior, diferenciar los «falsos autónomos» de quienes en realidad no disponen de los beneficios de su actividad y no asumen riesgo alguno, del mismo modo servirá para observar si en los supuestos de cesión ilícita se da esta nota, o en cambio, esta nota se da en el verdadero empleador del trabajador aunque formalmente preste servicios para otra empresa denominada habitualmente como de «servicios».

**Cuadro nº 10**

Tipo de personal	Regulación
Personal de alta dirección, con la excepción de los administradores de las sociedades.	RD.1382/1985.
Servicio del hogar familiar.	RD.1424/1985.
Penados en las instituciones penitenciarias.	L.O.1/1979 y RD. 782/2001.
Deportistas profesionales.	RD. 1082/1985.
Artistas en espectáculos públicos.	RD.1435/1985.
Personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.	RD 1438/1985.
Trabajadores/as minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo	RD.1368/1985.
Estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas.	RDL 2/1986 Y RD 371/1987.
Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley.	

### 1.5. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO

Los requisitos para que un contrato de trabajo sea considerado válido son:

- Que las partes tengan la capacidad para contratar.
- Que se someta a las reglas de forma legalmente establecidas.
- Que tenga una causa cierta y lícita, cuestiones éstas dos últimas que derivan de las condiciones generales para contratar establecidas en el Código Civil.

#### 1.5.1. Capacidad para contratar

Se considera que tienen capacidad para contratar aquellos que la poseen en base al Código Civil, tal y como establece el ET en su artículo 7. Así, los trabajadores/as, que pueden prestar consentimiento son:

- Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil, esto es, de forma genérica, los mayores de 18 años, no incapacitados.
- Los menores de 18 y mayores de 16 años que se encuentren emancipados.
- Los mayores de 16 años que no se encuentren emancipados, podrán contratar con el consentimiento de sus padres o tutores o la autorización de la institución que les tenga a su cargo.

- Los extranjeros<sup>4</sup>, que reúnan los requisitos legalmente establecidos, bien por las leyes españolas bien por tratados internacionales<sup>5</sup>.

Por el contrario, no pueden prestar su consentimiento para contratar:

- Los incapacitados, por sentencia.
- Los condenados penalmente con penas accesorias de inhabilitación y suspensión para profesión u oficio.
- Los menores de 16 años (lo que implica que está prohibido el trabajo para ellos), salvo en las siguientes circunstancias: intervención en espectáculos públicos siempre que su intervención no suponga un peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana, siempre que sea autorizado por la autoridad laboral.

Del lado de los empresarios, puede contratar:

- Persona física, siempre que reúna las condiciones de capacidad del Código Civil, es decir mayor de 18 años o menor emancipado, o bien los incapacitados por medio de su representante legal.
- Persona jurídica<sup>6</sup>, siempre que se reúnan los requisitos de personalidad y capacidad derivados de las reglas generales para asociaciones, fundaciones o sociedades.

## 1.6. FORMA DEL CONTRATO

En la contratación laboral rige el Principio de libertad de forma, lo que implica que son válidos los contratos celebrados tanto verbalmente como por escrito. De manera que, desde el

4. Hay que entender, cuando se hacen referencias a extranjeros, que las normas se refieren a ciudadanos extracomunitarios.

5. Respecto de los inmigrantes sin «permiso de trabajo» se consideraba que, al no tener capacidad para perfeccionar el contrato, es decir, para realizar un contrato de trabajo válido, la consecuencia era la nulidad del contrato, así, entre otras, STS 23.11.2000, del cual sólo se podía reclamar las cantidades adeudadas por el trabajo realizado. No obstante, si se tenía en cuenta, y se sigue teniendo, para determinar la responsabilidad del FOGASA por dichos salarios (independientemente de si el contrato es válido o nulo), así lo declara la STSJ Cataluña 10.07.2002, o la validez de la consideración de relación laboral para que la Inspección de Trabajo sancione al empleador, así la STS 23.11.00.

La interpretación que declaraba, aunque con los efectos expuestos anteriormente, la nulidad del contrato de trabajo celebrado por extranjero sin permiso de trabajo, ha cambiado desde la redacción dada a la legislación de extranjería por la LO 4/2000 (modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre), y así lo ha manifestado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 14.05.2000 que ha sido confirmada en igual sentido por el Tribunal Supremo. Esta sentencia tras relatar que la LO 7/1985 establecía en su artículo 15.1 que la posibilidad de realizar una actividad laboral en España estaba condicionada a la obtención del permiso de trabajo, por lo que debía considerarse nulo el contrato de trabajo suscrito por el nacional que careciera de esa autorización administrativa, ha variado tras promulgarse la LO 4/2000, diciendo «(...) En el artículo 33.3 de la misma (que ha pasado a ser el artículo 36.3 tras la reforma por LO 8/2000 que, no obstante, no alterado la redacción) se viene a indicar que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero”, concluyendo «(...) la nueva norma ha querido dejar a salvo los derechos laborales del trabajador extranjero», así, corresponden todos los efectos relacionados con el contrato de trabajo, en particular los del despido, que es el caso concreto que analiza esta sentencia del TSJ de Cataluña, confirmada posteriormente por la STSJ Cataluña de fecha 19.12.2007. No obstante, el Tribunal Supremo ha denegado la posibilidad de reclamar las prestaciones por desempleo correspondientes, STS 18.03.2008.

6. Hay que destacar que también se permite en el orden laboral actuar como empleador a determinadas figuras a las que se reconoce capacidad jurídica sin tener técnicamente personalidad jurídica, como las comunidades de bienes (artículo 1.2 ET), como ejemplo de la figura a la que nos referimos están las *comunidades de propietarios*.

momento en que se realiza trabajo efectivo para un empresario o empleador, aunque no medie papel alguno, existe contrato de trabajo con plenos derechos.

Sin embargo existen una serie de excepciones en las que es obligatoria la forma escrita sujeta a un formato predeterminado, excepciones fijadas en el artículo 8.2 del ET, y que establece que deberán constar por escrito los contratos cuando la Ley lo exija, además de los que enumera. En definitiva, estos supuestos son:

- Los contratos en prácticas y para la formación.
- Los contratos a tiempo parcial.
- Los contratos indefinidos para el fomento del empleo.
- Los celebrados a tiempo parcial, fijo-discontinuo y relevo.
- Los de trabajo a domicilio.
- Los celebrados para la realización de una obra o servicio determinado.
- Los contratos de minusválidos en centro especiales de empleo.
- Los de trabajadores/as contratados en España, al servicio de empresas españolas en el extranjero.
- Los celebrados por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas.
- Los estibadores portuarios y otros contratos especiales.

La falta de forma escrita cuando ésta sea exigida, implica la comisión de una falta grave de las tipificadas en la LISOS; en los supuestos en que el contrato sea celebrado a tiempo parcial y con duración determinada, esta ausencia supone la presunción «*iuris tantum*», (es decir, que admite prueba en contrario), de que el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa.

### 1.7. DURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Los contratos pueden ser concertados:

- por tiempo indefinido
- por tiempo determinado.

El abuso de los contratos por tiempo determinado ha venido a precarizar las relaciones laborales acabando casi de forma absoluta con las contrataciones indefinidas que en la actualidad no llegan a suponer el 10% de los contratos que se celebran, situación ésta que se agrava aún más en el caso de las mujeres, que son las más afectadas por las contrataciones temporales y a tiempo parcial.

Las modalidades contractuales de duración determinada, conocidos como contratos temporales, en nuestro ordenamiento laboral son:

- Los contratos que se suscriben para la realización de una obra o servicio determinado siempre que estos tengan sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa.
- Los contratos eventuales por circunstancias de la producción, celebrados por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos. Estos contratos no podrán exceder de 6 meses, dentro de un periodo de 12, pudiendo ser modificada la duración máxima por Convenio Colectivo.
- Los contratos de interinidad celebrados para sustituir a trabajadores/as con derecho de reserva del puesto de trabajo.



- Contrato de relevo.
- Contrato de sustitución de jubilación anticipada.

## 1.8. MODALIDADES DE CONTRATOS DE TRABAJO

Analizaremos a continuación cada una de las modalidades contractuales previstas en nuestro ordenamiento jurídico laboral, en función de su duración.

Según la duración del contrato, el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada.

Así, pueden celebrarse contratos por duración determinada para supuestos de realización de una obra o servicio determinado (artículo 15.1.a del ET), por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos (artículo 15.1.b del ET), por interinidad (artículo 15.1.c del ET), así como para realizar contrato temporal de inserción (artículo 15.1.d del ET).

### 1.8.1. El Contrato Indefinido

#### 1.8.1.1. *Contrato indefinido*

El contrato indefinido, pese a que la realidad contractual laboral que sufrimos indique otra cosa, es el contrato genérico y de aplicación general, siendo las otras modalidades contractuales residuales a nivel técnico jurídico, pero sin embargo, centrales a nivel de práctica empresarial y de relaciones salariales.

Así, si el contrato indefinido es el tipo general, los demás tipos de contratos son (o deberían ser) residuales para determinadas circunstancias que los justifiquen, al margen de que la «violencia del mercado» que se impone en las relaciones salariales, conlleve el masivo fraude de ley en el uso de las diferentes modalidades contractuales.

Si bien hay que decir que tras la reforma del artículo 15.1 ET, efectuada por la Ley 11/94, se suprimió la presunción del carácter indefinido del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo indefinido es aquel que se concierta sin establecer límites de tiempo en la prestación de los servicios, en cuanto a su duración. En definitiva, se caracteriza por la inexistencia de un término final preestablecido como causa de extinción de la relación laboral.

Su formalización puede ser verbal o escrita, salvo aquellos supuestos especiales de fomento de la contratación indefinida o en determinados supuestos en los que se establezca la necesidad de la forma escrita. No obstante, debemos decir que cualquiera de las partes que concierta un contrato indefinido, puede exigir durante la relación laboral, en cualquier momento, que el contrato se formalice por escrito.

Hay que volver a indicar que adquirirán la condición de fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación:

- Los trabajadores/as que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiera lugar.

- Los trabajadores/as con contratos temporales celebrados en fraude de ley.
- Los trabajadores/as que hubieran formalizado un contrato verbalmente, salvo prueba en contrario del carácter de contrato a tiempo determinado del mismo.
- Los trabajadores/as que, teniendo un contrato de duración determinada, mantengan la prestación laboral tras el cumplimiento del plazo previsto, no siendo denunciado el mismo.
- Los trabajadores/as que, en un periodo de treinta meses, hayan estado contratados por tiempo determinado, utilizando para ello al menos dos contratos de trabajo de cualquier modalidad, consecutivos o no, en un mismo o diferente puesto de trabajo para el mismo empresario o en el mismo grupo de empresas, durante un plazo de 24 meses.
- Los trabajadores/as cedidos ilegalmente que denuncien la cesión ilícita durante la vigencia de la misma y opten por su conversión en indefinidos<sup>7</sup>.

Hay que indicar que el contrato indefinido no finaliza por tener un tiempo fijado, extinguiéndose por las causas de extinción que se han citado en el capítulo correspondiente, en especial el despido disciplinario, el despido objetivo, la jubilación del trabajador/a, la jubilación del empresario, la disolución de la empresa o muerte del empresario, la declaración de una invalidez inhabilitante para el trabajador/a, muerte del trabajador/a, mutuo acuerdo entre ambas partes, resolución por el trabajador/a por incumplimiento del empresario, dimisión del trabajador/a, fuerza mayor que imposibilite la prestación laboral, si bien para el análisis de las mismas se remite al capítulo correspondiente de esta guía sobre extinción del contrato de trabajo.

Debemos señalar, con carácter genérico, aunque también se expone en el capítulo relacionado con la extinción del contrato de trabajo<sup>8</sup>, que por la extinción del contrato de trabajo indefinido corresponden las siguientes indemnizaciones:

- 45 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades para el caso de un despido declarado improcedente.
- 33 días por año trabajado, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un años y hasta un máximo de 24 mensualidades, cuando se produzca extinción por causas objetivas y ésta sea declarada improcedente o reconocida la improcedencia por el empresario, conforme la Ley 12/2001 y la posterior ley 35/2010, para el caso, desarrollado en el siguiente punto de los contratos de «Fomento de la Contratación Indefinida».
- Indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades por un despido por causas objetivas.
- Misma indemnización que en el caso del despido improcedente, para el caso de resolución por el trabajador/a ante el incumplimiento del empresario (45 días por año de servicio con el límite de 42 mensualidades)

Desde la reforma laboral de 2010, en el caso de los trabajadores/as que lleven al menos un año de antigüedad en la empresa, el Fondo de Garantía Salarial abonará 8 de los días de indemnización para los casos de despido (tanto objetivo como improcedente) para los contratos celebrados después del 18 de junio de 2010.

7. Para los supuestos en la Administración Pública o entidades de derecho público analizar la diferencia entre indefinido que no fijo, que es la consecuencia jurídica del reconocimiento de cesión ilegal. SSTS 12.03.2002, 11.12.2002 y 11.11.2003.

8. Examinar el Capítulo de esta Guía dedicado a la extinción del contrato de trabajo, si bien se han incorporado aquí éstas por ser las que suscitan dudas con más frecuencia.

### **1.8.1.2. Contrato para el Fomento de la Contratación Indefinida**

Debemos hacer unas breves menciones al Contrato para el Fomento de la Contratación Indefinida. Puede concertarse a partir del 4 de marzo de 2001, tras la reforma realizada por *Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*. (en especial en sus Disposiciones Adicionales Primera y Derogatoria Única), viéndose modificado parcialmente por la *Ley 43/2006, de 29 de diciembre, denominada «para la mejora del crecimiento y el empleo»*, por la cual se autoriza a la conversión de contratos de duración determinada en esta otra modalidad para todos aquellos contratados antes del 1 de enero de 2007, siendo que, en origen, esta conversión (que establece un contrato sin término temporal, pero con menos garantías que el indefinido ordinario) estaba prevista para los de tiempo determinado anteriores al 1 de enero de 2001. Con posterioridad la posibilidad de uso de este tipo de contrato se ha extendido en normas como el Real Decreto 10/2010 o la ley 35/2010, de reforma laboral, que hace de este contrato el contrato indefinido por excelencia, dejando el contrato indefinido ordinario como una fórmula residual.

Según la referida norma, el objeto de esta forma de contrato es de facilitar la colocación estable de trabajadores/as desempleados, y empleados sujetos a contratos temporales.

Debemos destacar también que este contrato proviene de la reforma laboral del año 1997, que fue pactada entre el Gobierno, la patronal y los sindicatos UGT y CCOO, pactada bajo la argumentación de «(...) *para la estabilidad en el empleo*», y cuya principal característica de reducción de la indemnización para el caso de que el despido sea improcedente de 33 días y un máximo de 24 mensualidades.

No cabe duda que surgen distintas reflexiones. La primera es respecto de la rebaja de la indemnización por despido objetivo reconocido improcedente por el empresario o declarado improcedente por sentencia judicial (coste del despido, en definitiva) de 45 a 33 días y el máximo de 42 a 24 mensualidades, cuando se supone que es un contrato para fomentar la estabilidad en el empleo, y cuando su excusa es, precisamente, permitir flexibilizar la extinción del contrato de trabajo cuando exista justificación. Así, dudamos de que rebajar el coste cuando se demuestra la inexistencia de causa alguna, muestra la falacia del argumento utilizado por la patronal.

Dicho lo anterior, y dejado claro que se trata de una reducción del coste del despido, no cabe duda que es significativa la reducción de la indemnización (que se sitúa casi matemáticamente como media aritmética entre la indemnización del despido por causas objetivas y el despido improcedente), como primer paso hacia la gratuidad del despido solicitada con insistencia por la patronal.

Además de esta reducción de la cuantía indemnizatoria, el otro elemento caracterizador es la bonificación a los empresarios en la cuota empresarial a la Seguridad Social, siempre que concurren los requisitos exigidos al empleador y los trabajadores/as se encuentren comprendidos entre los colectivos cuya contratación se bonifica.

Así, en este contrato podrá concertarse con trabajadores/as incluidos en uno de los grupos siguientes:

**Cuadro nº 11**

Trabajadores/as con los que puede celebrarse	
1. Trabajadores/as desempleados inscritos en la oficina de empleo en quienes concurra alguna de las siguientes condiciones:	
1.1	Jóvenes desde dieciséis hasta treinta años de edad, ambos inclusive.
1.2	Mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino; mujeres en los dos años posteriores al nacimiento de hijos o adopción o acogimiento; mujeres que se reincorporen al mercado de trabajo tras un periodo de inactividad laboral de cinco años; mujeres víctimas de la trata de seres humanos y la violencia de género
1.3	Mayores de cuarenta y cinco años de edad.
1.4	Personas con discapacidad
1.5	Parados que lleven al menos un mes inscritos en la oficina de empleo
1.6	Desempleados que durante los dos años anteriores sólo hubieran tenido contratos temporales
1.7	Desempleados a los cuales se les hubiera extinguido un contrato indefinido en los dos años anteriores.
2. Trabajadores/as a los que se les convierta su contrato de duración determinada en una empresa, transformación que puede realizarse antes del 31 de diciembre de 2010, salvo para los contratados temporalmente después del 18 de junio de 2010, en los que el límite se extiende al 31 de diciembre de 2011.	

A esto hay que añadir el abono, por parte del FOGASA de 8 días por año de trabajo para trabajadores/as de más de un año de antigüedad, siempre que el contrato haya sido concluido después del 18 de junio del 2010.

Este contrato debe formalizarse por escrito, y en el modelo oficial correspondiente.

El régimen jurídico de este «contrato indefinido para el fomento de la contratación indefinida», en cuanto a los derechos y obligaciones que de él se derivan se rigen, con carácter general, por lo dispuesto en la Ley y en los Convenios Colectivos para los contratos por tiempo indefinido; pero con las siguientes excepciones:

- Cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada improcedente, la cuantía de la indemnización será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.
- No puede concertarse el «contrato para el fomento de la contratación indefinida» por la empresa que en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo. En ambos supuestos, la limitación afectará únicamente a la cobertura de aquellos puestos de trabajo de la misma categoría o grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo. Esta limitación no será de aplicación en el supuesto de despido colectivo cuando la realización de los contratos haya sido acordada con los representantes de los trabajadores/as en el período de consultas de un ERE.

### 1.8.2. Contrato de Duración Determinada

Frente a los contratos que no tienen prefijado un final preestablecido como causa de extinción de la relación laboral, se encuentran toda una serie de modalidades contractuales cuya duración se extingue bien por la finalización de la causa que lo legitima o por el tiempo fijado como término de la relación laboral.

Así incluimos los contratos por obra o servicio determinado, el eventual por circunstancias de la producción, de interinidad e inserción.

Debemos indicar, que si bien los contratos formativos tienen una límite temporal máximo de duración, y podrían considerarse dentro de los contratos temporales al no poder ser indefinidamente formativos, por claridad expositiva se ha decidido separarlos y clasificarlos al margen de su duración, situándolos como categoría ligada a su naturaleza formativa .

### **1.8.2.1. El Contrato por Obra o Servicio Determinado (artículo 15.1.a del ET)**

La característica fundamental de este contrato de trabajo es que su duración viene determinada por la duración de la obra o servicio que se le encomienda al trabajador/a, lo que implica que no cabrá rescindir el contrato al trabajador/a en tanto no se haya finalizado la obra o el servicio para el que fue contratado.

La duración máxima de estos contratos será de tres años, ampliable, por convenio colectivo a doce meses más.

No puede consistir la obra o servicio determinado, en el ciclo productivo constante<sup>9</sup>, en las tareas habituales sin identidad propia.

Es fraudulento el contrato por obra o servicio determinado, cuando el trabajador/a es destinado a la realización de otra tarea o tareas distintas que aquella para la cual fue contratado, se entiende incluido como fraudulento tanto por la función a realizar, como que la propia obra sea distinta a la fijada en contrato (STS de 6 de julio de 1988).

En supuestos de contrata y subcontratas de obras o servicios, hemos de reseñar que en un principio se entendió que era ilegal contratar mediante un contrato por obra o servicio determinado, puesto que el trabajo que se realiza en realidad es la actividad normal y permanente de la empresa principal.

Posteriormente la Jurisprudencia ha declarado legal y permitido acudir a este contrato en estos supuestos de contrata y subcontratas (entre otras, STS 15.01.97), entendiendo que la temporalidad de la obra y el servicio determinado viene dada por la circunstancia ajena<sup>10</sup> a la voluntad de la empresa, y que se constituye en la duración de la contrata o concesión administrativa, aún cuando se realicen funciones habituales para la empresa que recibe la prestación de servicios.

Desde la perspectiva de la empresa principal, no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada; así, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial de este contrato.

9. Pese a que determinados supuestos parece que deberían someterse a la modalidad de fijos discontinuos, se ha reconocido la validez de los contratos por obra y servicio determinado para la extinción de incendios forestales en verano (SSTS 10.06.94, 3.11.94, 10.04.95) o trabajar en albergues juveniles en temporadas veraniegas sucesivas (STS 23.09.97).

10. Es una construcción más que discutible el hecho de que entre ambas empresas, la principal y la contrata o ésta y la/s subcontrata/s no acuerden la duración de las contrata y no puedan a voluntad alterar la duración de los contratos por obra o servicio determinado. Así, se puede fijar en el contrato mercantil la duración que se prefiera pues, como ejemplo, se puede dividir la tarea habitual mediante la parcelación de la misma. Así, una tarea de promoción habitual para una empresa de vehículos puede parcelarse en cuanto a su duración bien por modelos, por campañas promocionales, para una anualidad determinada, etc.. lo que hace dudar del carácter ajeno a la voluntad e incierto de esa duración de la contrata o concesión administrativa. En definitiva, por concluir, reflexionar que la empresa principal no podría utilizar esta fórmula de contrato por obra o servicio determinado porque son parte habitual y permanente de la actividad de la empresa y no tiene autonomía y sustantividad propia, y en cambio, si lo pueden hacer contrata, subcontratas y concesionarias.

Desde CGT mostrar nuestra oposición a esta forma de «precarizar» la contratación laboral, llegando a forzar la propia regulación legal en su interpretación, para amparar que las empresas formalicen contratos por obra o servicio determinado para ejecutar contrata y subcontratas trasladando el denominado riesgo y ventura empresarial al propio trabajador/a.

Por vía jurisprudencial también se admitió, aunque limitadamente en el ámbito de la Administración, la realización de contratos para obra o servicio determinados respecto de actividades que, si bien se desarrollan ordinariamente todos los años, dependen para su reanudación de una programación y presupuesto anual, de modo que pueden no desarrollarse algún año (campañas de extinción de incendios o de vacunación animal, campamentos y cursos de verano, programas de ayuda a domicilio, planes nacionales de formación e inserción promovidos por el INEM, etc.), sin imponer en tales casos la realización de contratos para trabajos fijos discontinuos (STS 7-10-1992; STS 28-12-1998; STS 10-12-1999). Por ello, y porque el hecho de que la dotación presupuestaria de una obra o servicio concreto tenga que estar incluida en los presupuestos anuales «no es necesariamente signo de temporalidad», se ha rechazado posteriormente el uso de esta modalidad contractual cuando la actividad es permanente, como es el caso de la prestación de determinados servicios públicos a los que están obligados las Administraciones públicas, que no son sólo los previstos con carácter mínimo en las normas correspondientes (STS 19-3-2002; STS 21-10-2004). A la misma conclusión se llega cuando la actividad, aún dependiendo de una subvención, tiene un carácter habitual y ordinario en la Administración (STS 21-3-2002; STS 10-11-2006).

En el marco del Convenio Colectivo se han de identificar las tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa.

Se debería aprovechar la Negociación Colectiva para tratar de excluir la utilización de esta modalidad contractual para la realización de actividades de carácter permanente mediante el uso de contrata y subcontratas o la concesión administrativa.

En el contrato habrá que exigir se señale con precisión la obra o el servicio que constituya su objeto, la duración, aunque sea orientativa, y el trabajo a desarrollar por el trabajador/a.

Por otro lado, se puede celebrar por jornada completa o a tiempo parcial, pero siempre deberá formalizarse por escrito.

Los trabajadores/as con este contrato tendrán los mismos derechos que los trabajadores/as con contrato de duración indefinida.

Se presumirá concertado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario de su naturaleza temporal, cuando se concierte verbalmente, o el trabajador/a no haya sido dado de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el período de prueba.

Se entenderá finalizado cuando se termine la obra o el servicio pactado en el contrato. La duración de los contratos por obra o servicio determinado es incierta<sup>11</sup>, pues finaliza cuando acaba la obra o servicio causa del contrato. No puede quedar a la voluntad rescisoria de una de las partes<sup>12</sup>.

Si se hubiera fijado una fecha determinada de finalización del contrato, esta será entendida únicamente a efectos orientativos, pues lo decisivo es la finalización de la obra o servicio determinado.

11. En el modelo oficial de contrato de duración determinada aparece en la Cláusula Tercera «*La duración del presente contrato se extenderá desde ..... hasta .....*», éste es el período que debe entenderse orientativo, sometiéndose la duración del contrato a que se finalice la obra o servicio determinado.

12. Esto plantea problemas múltiples en los casos concretos, en especial, en los casos de contrata y subcontrata donde pueden entre ambas mercantiles acordar la duración de los contratos a voluntad al poder negociar la duración de la contrata y subcontrata.

Si la duración del contrato fuera superior a un año, para proceder a la extinción del contrato se necesita preaviso con quince días de antelación a la finalización de la obra o servicio. Si se incumpliera este plazo por parte del empresario, éste debe indemnizar por el equivalente a los salarios correspondientes al plazo incumplido.

A la finalización del contrato, se tendrá derecho, como se desarrollará en el apartado de «extinción de contratos de la presente guía, a una indemnización de 8 días por año trabajado, indemnización que se irá incrementando progresivamente hasta 12 días por año trabajado, para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015.

Es válida la concatenación de sucesivos contratos por obra o servicio determinado, si existe real y suficientemente el motivo que justifique el recurso a esta modalidad contractual (STS de 10 de abril de 1995), con el matiz que, en el caso de que un mismo trabajador/a tenga, dos o más contratos de obra o servicio determinado que acumulen 24 meses (consecutivos o no) de un periodo de 30, para la misma empresa o varias del mismo grupo, adquirirán la condición de indefinidos.

Existe el deber de información por parte del empresario a los trabajadores/as con esta modalidad contractual, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, con el fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos de trabajo permanentes. Se puede informar mediante anuncio público en la empresa o centro de trabajo.

Los Convenios Colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estos trabajadores/as a la formación profesional continua.

### **1.8.2.2. Contrato Eventual por Circunstancias de la Producción (artículo 15 ET)**

Se concierta para atender a circunstancias de la producción aún en el marco de la actividad habitual de la empresa.

Existen diferentes motivos que permiten y amparan la presente modalidad de contrato, como son encontrarse la empresa ante una situación excepcional, ocasional o transitoria, o que se precise incrementar la respuesta habitual de la empresa ante una coyuntura productiva o del mercado, o se necesite un aumento de trabajadores/as para las nuevas necesidades surgidas.

El artículo 15.1.b del ET permite que por Convenio Colectivo se puedan determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores/as eventuales, y según el artículo 3.1 RD 2720/1998, una vez determinado por el Convenio, habrá de atenderse a lo establecido en este para la utilización de esta modalidad contractual.

En el contrato hay que especificar claramente la causa que lo motiva. Si el trabajador/a es destinado a realizar trabajos que no se corresponden con los que motivan su contratación, y especialmente si se destina a realizar actividades permanentes y ordinarias de la empresa, dicho contrato se transforma en indefinido.

Su duración máxima es 6 meses, en un periodo de 12 meses contados a partir del momento en que se produzca la causa que justifica la contratación. Por Convenio Colectivo sectorial se puede pactar una duración mayor dentro de un periodo máximo, que no podrá exceder en ningún caso de 18 meses, sin superar  $\frac{3}{4}$  del período de referencia establecido, ni como máximo 12 meses. En el caso de que un mismo trabajador/a tenga, dos o más contratos de obra o servicio determinado que acumulen 24 meses (consecutivos o no) de un periodo de 30, para la misma empresa o varias del mismo grupo, adquirirán la condición de indefinidos.



Si se acuerda en el contrato de trabajo entre trabajador/a y empresa, una duración inferior a 6 meses, éste podrá ser prorrogado por una sola vez, y hasta la duración máxima legal o convencionalmente establecida.

En el supuesto de que llegada la finalización del contrato el trabajador/a continuara prestando sus servicios, se entenderá que éste se ha transformado en un contrato indefinido.

Este contrato se extinguirá por finalización del tiempo convenido.

A la finalización del contrato, si éste se ha celebrado con posterioridad al 4 de marzo de 2001, el trabajador/a eventual tendrá derecho a una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resulte de abonar 8 días de salario, por cada año trabajado o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación indemnización que se irá incrementando progresivamente hasta 12 días por año trabajado, para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015.

Si su duración es superior a 4 semanas, o se concierta a tiempo parcial, habrá que formalizarlo por escrito.

### **1.8.2.3. Contrato de Interinidad (artículo 15.1.c ET)**

El contrato de trabajo por interinidad regula dos contenidos en la misma modalidad contractual: el contrato de interinidad por sustitución y la interinidad por vacante.

El contrato de interinidad puede ser:

- Por sustitución, que es el que se formaliza para sustituir a un trabajador/a con reserva del puesto de trabajo<sup>13</sup>.
- la interinidad por vacante, consistente en la contratación que cubre un puesto de trabajo temporalmente, durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva.

El contrato de trabajo deberá indicar la modalidad contractual de que se trate, la duración del contrato y el trabajo a desarrollar por el trabajador/a.

El contrato se formalizará por jornada completa, salvo que el trabajador/a sustituido estuviera contratado a tiempo parcial, o cuando se contrate al trabajador/a para complementar la jornada de trabajadores/as que tengan reconocida la reducción de jornada (por cuidado de menor de seis años, disminuidos físicos o psíquicos).

La duración del contrato se extenderá hasta la reincorporación del trabajador/a sustituido, o hasta la tramitación del proceso selectivo y la correspondiente cobertura del puesto o puestos que se están seleccionando. Aunque hay que decir que para procesos de selección en la empresa privada (artículo 4 RD 2720/98) existe el límite que impide superar el período de tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

---

13. Situaciones que autorizan la realización de dicha modalidad contractual son la incapacidad temporal del trabajador/a; la declaración del trabajador/a en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez cuando sea previsible la revisión por mejoría; maternidad, adopción o acogimiento; excedencia forzosa por ejercicio de cargo público representativo; excedencia forzosa por desempeño de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal; privación de libertad mientras exista sentencia condenatoria; suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias; excedencia por cuidado de familiares; riesgo durante el embarazo; completar jornada de los trabajadores/as con reducción de jornada por lactancia o razones de guarda legal.



En los procesos de selección llevados a cabo por las administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos, conforme a lo previsto en su normativa específica (artículo 4 RD 2720/98).

Para el caso de sustituir a trabajador/a con derecho a reserva de puesto de trabajo, en el contrato habrán de establecerse las siguientes especificaciones:

- el nombre del trabajador/a sustituido,
- el puesto de trabajo que ha de cubrir el trabajador/a,
- la causa que motiva la sustitución.

En el supuesto de reincorporación del trabajador/a sustituido, si el sustituto continúa prestando servicios se entenderá prorrogado tácitamente por tiempo indefinido.

También se entenderá convertido en indefinido si se utiliza esta modalidad para contratar a un trabajador/a que ocupe puesto de trabajo distinto del que estaba vacante.

Una vez producida la causa de extinción de ese contrato, si no hubiera denuncia expresa y el trabajador/a continuara prestando sus servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

### 1.8.3. Contratos Formativos

Dentro de los denominados como contratos formativos, se encuentran los contratos que ligan la concreta realización de funciones propias de una categoría o grupo profesional, con la realización de prácticas o aprendizaje para dicho puesto de trabajo.

Los contratos formativos tienen una duración determinada establecida por la regulación<sup>14</sup>, al considerarse que tras una determinado período de formación y/o prácticas, el trabajador/a está cualificado para realizar las funciones propias de ese puesto de trabajo, según la habilidad normal exigida para el mismo, y poseyendo todos los conocimientos prácticos y teóricos para su ejecución.

#### ***1.8.3.1. Contrato para la Formación (Regulado en el artículo 11.2 del ET y desarrollado por el RD 488/1998 y OM 14/07/1998)***

El fin de este contrato es proporcionar formación teórica y práctica para el desempeño de un oficio o puesto de trabajo cualificado, que requiera un determinado nivel de cualificación.

El trabajo efectivo que se preste en la empresa debe estar relacionado con la formación y con las tareas propias del nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo.

14. Así, la duración del contrato en prácticas no puede ser inferior a 6 meses ni exceder de 2 años (artículo 11.1.b ET) y la duración del contrato para la formación mínima será de 6 meses y la máxima de dos años (artículo 11.2.c ET), debiendo indicarse que se puede negociar en los Convenios Colectivos dicha duración. Así, para este contrato para la formación se puede regular mediante Convenio Colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los Convenios Colectivos sectoriales de ámbito inferior otras duraciones atendiendo a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y a los requerimientos formativos del mismo, sin que la duración mínima pueda ser inferior a 6 meses ni la máxima superior a 3 años o a 4 años cuando el contrato se concierte con una persona minusválida, teniendo en cuenta el tipo o grado de minusvalía y las características del proceso formativo a realizar (artículo 11.2 c ET).

Los requisitos de validez son:

- Ser mayor de 16 años y menor de 21 y carecer de la titulación necesaria para acceder a un contrato de prácticas. El límite superior se amplía el caso de desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores/as a los programas de escuelas taller y casas de oficios y no existirá límite para las personas desempleadas que se incorporen como alumnos-trabajadores/as a los programas de talleres de empleo o se trate de personas con discapacidad.
- No se puede contratar a un trabajador/a por esta modalidad cuando ya haya desempeñado ese puesto de trabajo en la empresa o en otra distinta.
- El empresario ha de proporcionar al trabajador/a formación teórica, que no puede ser inferior al 15 % de la duración de la jornada prevista en Convenio, o en su defecto de la máxima legal establecida. En Convenio Colectivo se puede pactar una duración de formación superior. La formación teórica puede darse en presencia o a distancia.
- La retribución será la pactada en Convenio. En su defecto no podrá ser inferior al SMI, en proporción al tiempo invertido en el trabajo. El segundo año será el del Convenio, o el SMI, con independencia del tiempo dedicado a la formación.
- La duración del contrato no podrá ser superior a 6 meses ni inferior a 2 años. Se puede pactar en Convenio Colectivo atendiendo a las peculiaridades del puesto a desempeñar, una duración superior, que no podrá exceder de 3 años (4 años cuando se concierte con una persona minusválida)<sup>15</sup>.

El periodo de prueba será el establecido con carácter general. A la finalización del contrato, se extenderá por parte del empresario una certificación en la que conste la duración de la formación teórica y el nivel de la formación práctica adquirida. La empresa debe conservar en sus archivos una copia del citado certificado durante un plazo mínimo de cinco años. Además, el centro donde se haya recibido la formación teórica debe emitir un certificado donde conste el contenido formativo impartido y el grado de aprovechamiento.

Cuando los contratos tengan una duración superior a un año, la parte que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra su terminación con una antelación mínima de quince días.

Mediante Convenio Colectivo de carácter sectorial estatal o ámbito sectorial de ámbito inferior, se podrá establecer, en función del tamaño de la plantilla, el número máximo de contratos a realizar y los puestos de trabajo objeto de dicho contrato.

Los Convenios Colectivos de empresa podrán establecer el número máximo de contratos a realizar en función del tamaño de la plantilla si existe un plan formativo de empresa<sup>16</sup>. Se entiende por plan formativo un conjunto estructurado de acciones formativas coherentes con la actividad empresarial, que incluya acciones especialmente dirigidas a trabajadores/as para la formación, y que contemple, como mínimo, los objetivos y contenidos formativos de dichas acciones, así como los recursos necesarios para su financiación (artículo 7 RD 488/1998).

La formación teórica será de carácter profesional y se vinculará, en su caso, a los contenidos teóricos de los módulos formativos de certificado de profesionalidad de la ocupación relacionada con el oficio o puesto de trabajo a desempeñar.

15. Las causas de suspensión del contrato previstas en el Estatuto de los Trabajadores, artículo 45, no suponen la ampliación de la duración del contrato.

16. Se entiende por plan formativo un conjunto estructurado de acciones formativas coherentes con la actividad empresarial que incluya actuaciones para trabajadores/as en formación y que contemple como mínimo los objetivos y contenidos formativos de dichas acciones así como los recursos necesarios para su financiación.

La formación será fuera del puesto de trabajo y podrá impartirse en la empresa si cuenta con medios para ello, en sus centros de formación.

Cuando el trabajador/a contratado para la formación no haya finalizado la escolaridad obligatoria, la formación teórica tendrá por objeto inmediato completar dicha formación.

La formación debe estar tutelada por una persona con la cualificación o experiencia profesional adecuada. Cada tutor o tutora tendrá a su cargo, como máximo, a tres trabajadores/as, salvo que se determine un número distinto mediante Convenio Colectivo.

El contrato se considerará contrato de trabajo ordinario e indefinido, cuando el empresario incumpla sus obligaciones en materia de formación teórica, aunque debe incumplirse en su totalidad (artículo 11.2.k del ET). Para aquellos supuestos en los cuales no alcanzara dicha trascendencia y se hayan producido incumplimientos parciales, estos no conllevan la consideración del contrato como común, pero sí se traduce en la obligación de incrementar la retribución debida al trabajador/a en formación proporcionalmente al tiempo no dedicado a la formación teórica.

Sin embargo, se entenderá cumplido el requisito de la formación cuando se acredite la misma con certificado expedido por Administración Pública de haber llevado a cabo un curso de formación profesional. En el caso de los trabajadores/as con discapacidad, la formación puede sustituirse, previo informe técnico, por una rehabilitación.

En el contrato de trabajo escrito deberá constar expresamente el nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo para el que se celebra el contrato, el tiempo dedicado a formación teórica, distribución horaria, duración del contrato y nombre y cualificación de la persona designada como tutor. Cada vez que se cambie uno de los elementos anteriores deberá formalizarse igualmente por escrito.

Si finalizado el contrato, el trabajador/a se incorpora *sin solución de continuidad* (sin interrupción), a la empresa, no se puede concertar un nuevo período de prueba, computándose el período de aprendizaje a efectos de antigüedad en la empresa.

### **1.8.3.2. Contrato de Trabajo en Prácticas (artículo 11.1 del ET; desarrollado por el RD 488/1998)**

Se realiza para obtener práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados, los requisitos del contrato son:

- Estar en posesión de una titulación universitaria, o de formación profesional media o superior. Son títulos profesionales habilitantes los de diplomado universitario, ingeniero técnico, arquitecto técnico, licenciado universitario, ingeniero, arquitecto y técnico o técnico superior de formación profesional específica, así como los títulos oficialmente reconocidos como equivalentes que habiliten para el ejercicio profesional.
- Que el contrato se celebre dentro de un periodo de cinco años inmediatamente siguientes a los estudios cursados<sup>17</sup>. En el supuesto de que el contrato se celebre con una persona minusválida se amplía a 7 años el período. El plazo comenzará a computarse a partir del momento en que se finalizaron los estudios, con independencia de la fecha en la que se expidiera el título correspondiente salvo para las titulaciones obtenidas en el extranjero.

17. Para trabajadores/as que hayan realizado sus estudios en el extranjero, dicho cómputo se realizará desde la fecha del reconocimiento u homologación del título en España, cuando tal requisito sea exigible para el ejercicio profesional.

Mediante Negociación Colectiva<sup>18</sup> se pueden regular:

- Los grupos, puestos o categorías profesionales objeto del contrato.
- La duración del contrato dentro de los límites establecidos que van de 6 meses a dos años.

El periodo de prueba, salvo que se establezca otra cosa en el Convenio Colectivo, será de un mes para los titulados de grado medio y dos meses para los titulados de grado superior.

La duración de este tipo de contrato no puede ser inferior a 6 meses ni superior a 2 años<sup>19</sup>. Si el contrato se hubiera celebrado por una duración inferior al límite máximo establecido, podrán acordarse hasta dos prórrogas, salvo disposición en contrario de los Convenios. En ningún caso la duración de cada prórroga podrá ser inferior a la duración mínima del contrato establecida legal o convencionalmente.

No se podrá establecer un contrato de prácticas en base a una titulación obtenida en la misma empresa con un contrato de formación.

Si el contrato se hubiera celebrado con una duración determinada, y a su finalización no se estableciera ningún tipo de prórroga, el contrato se entenderá tácitamente prorrogado hasta el plazo máximo de duración, si el trabajador/a continúa prestando servicios.

Ningún trabajador/a podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años por la misma titulación.

La retribución será la fijada en Convenio Colectivo.

- No podrá ser inferior al 60%<sup>20</sup> durante el primer año del salario fijado en Convenio para un trabajador/a que ocupe el mismo puesto o uno equivalente;
- No podrá ser inferior al 75% durante el segundo año fijado en Convenio para un trabajador/a que ocupe el mismo puesto o uno equivalente.

El empresario tiene obligación de emitir una certificación en la que conste la duración de las prácticas y los puestos ocupados.

#### **1.8.4. Contrato a Tiempo Parcial**

El contrato a tiempo parcial es aquel concertado para prestar servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador/a a tiempo completo comparable. Como tal, debe entenderse el trabajador/a a tiempo completo en la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa en la que se realiza el contrato no hubiera ningún trabajador/a comparable a tiempo completo, se tomará como referencia la jornada a tiempo completo prevista en el Convenio Colectivo de aplicación, o en su defecto la jornada máxima legal.

18. Son aptos para modificar dicha duración de esta modalidad contractual los Convenios Colectivos de sector y nunca los de empresa.

19. El límite de dos años está relacionado con la misma titulación con lo que deberá atenderse a la formación tenida en cuenta y el puesto desarrollado para evitar se produzca fraude en relación con personas con diferentes titulaciones.

20. Hay que tener en cuenta que existe en ambos porcentajes el límite inferior del salario mínimo interprofesional. La cuantía no podrá ser nunca inferior al salario mínimo interprofesional.

Anteriormente se establecía la obligación de hacer constar la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador/a deberá prestar servicios. En la actualidad, y de conformidad con la redacción del artículo 12.4 del ET, tan sólo se exige que consten en el contrato de trabajo las horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes, al año y su distribución, desapareciendo la obligación de hacer constar de forma más detallada la distribución horaria.

En principio no existe régimen distinto respecto de la retribución, debiendo abonarse como mínimo proporcional a la jornada efectivamente realizada, si bien se puede fijar mediante Convenio Colectivo una retribución superior a la que resultaría de la estricta aplicación de la proporcionalidad.

La jornada diaria en el contrato a tiempo parcial podrá realizarse de forma continuada o partida. Si se realiza de forma partida sólo será posible una interrupción, salvo que se regule otra cuestión por Convenio Colectivo sectorial.

Los trabajadores/as con contrato a tiempo parcial celebrado posteriormente al 29 de noviembre de 1998 no pueden realizar horas extraordinarias, salvo para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

Los trabajadores/as con contrato a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los contratados a tiempo completo, salvo para los derechos que se generen por tiempo trabajado, los cuales se generarán proporcionalmente atendiendo a la duración de la jornada.

#### **1.8.4.1. Horas complementarias**

Se consideran horas complementarias, aquellas que hayan sido pactadas como adicionales al contrato a tiempo parcial, conforme a la regulación legal y a lo establecido en Convenios Colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior.

Hay que destacar la naturaleza y precarización absoluta de este contrato, y más aún, del pacto sobre horas extraordinarias, pues lo que se genera es la realización de contratos que casi son a tiempo completo, con absoluta disponibilidad por parte de la empresa de los tiempos vitales del trabajador/a para su gestión, y más aún cuando este pacto de horas complementarias se puede negociar en el momento de celebración del contrato, cuando más débil es el trabajador/a en su negociación con la gerencia empresarial.

Sólo se pueden pactar horas complementarias en el caso de contratos indefinidos a tiempo parcial.

El pacto sobre horas complementarias podrá acordarse en el momento de la celebración del contrato de trabajo a tiempo parcial o posteriormente.

Sólo son exigibles las horas complementarias cuando lo haya pactado expresamente con el trabajador/a.

El pacto se formalizará por escrito y en modelo oficial, y deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario. El número de horas complementarias no podrá exceder del 15 % de las horas ordinarias del trabajo objeto del contrato. Por convenio sectorial, o en su defecto de ámbito inferior, este tope podrá ampliarse hasta el 60 %.

La suma de horas ordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal de trabajo a tiempo parcial.

El trabajador/a deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias, con un preaviso de siete días, salvo que se establezca otra regulación en convenio.

El pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por denuncia del trabajador/a, mediante preaviso de quince días una vez cumplido un año de su celebración, para atender responsabilidades familiares, necesidades formativas o incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.

No existe posibilidad de suscribir pacto de horas complementarias en los supuestos de contratos de trabajo a tiempo parcial de carácter temporal.

La realización de horas complementarias debe respetar los límites en materia de jornada y descansos establecidos en el ET.

Respecto del límite de horas complementarias, puede establecerse por medio de Convenio Colectivo la posibilidad de realizar hasta el 60% de las horas ordinarias contratadas, pudiendo también el convenio excluir o limitar la realización de tales horas.

En ausencia de Convenio será de aplicación lo establecido en el artículo 12.5 ET en el que se establece que el número de horas complementarias no podrá exceder del 15 % de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato.

### **1.8.5. Contrato de Relevo (Regulado en el artículo 12.6 del ET en su redacción dada por la Ley 12/2001)**

Éste es un contrato cuya finalidad es sustituir a un trabajador/a que ha pasado a jornada a tiempo parcial por jubilación, a partir de los 60 años y hasta el cumplimiento de los 65. A partir de la reforma de la Ley 40/2007, se exigirá una edad mínima para acceder a la jubilación parcial de 61 años, aplicándose progresivamente esta reforma a razón de una elevación de dos meses al año de la edad de referencia, llegándose en el año 2013 a la edad prevista de 61. En todo caso, hasta el 31 de diciembre de 2012 el trabajador de 60 años podrá acogerse a la jubilación parcial (con reducción del 85 % de la jornada) si, llevando 6 años en la empresa y 30 de cotización, es relevado por un trabajador indefinido a tiempo completo, aplicándose para este último supuesto un plazo de entrada en vigor progresiva de tres años para la antigüedad (a razón de 2 años más exigidos anualmente) y seis para el periodo mínimo de cotización (a razón de tres años más exigidos anualmente desde los 18 que se piden en 2008).

Es decir, el trabajador/a accede a la pensión de jubilación en régimen parcial, completando en la empresa su jornada a tiempo parcial. El contrato de relevo es aquel que se concierta con un trabajador/a inscrito como desempleado/a o con un trabajador/a que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

La parte de la jornada en que no presta servicios el trabajador/a jubilado/a, comprendida entre el 25 y el 75 % de la jornada, es cubierta mediante la celebración de un contrato de relevo por otro trabajador/a, y debe ser como mínimo igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador/a sustituido.

La duración del contrato ha de ser indefinida, o igual a la del tiempo que falte al trabajador/a sustituido para alcanzar la edad de 65 años. Será indefinida siempre que el trabajador/a a relevar acceda a la jubilación parcial con una reducción de jornada del 85%, teniendo que tener 30 años de cotización y al menos 6 de antigüedad en la empresa.

Si al cumplir dicha edad el trabajador/a continuase en la empresa, el contrato de relevo celebrado por duración determinada puede prorrogarse mediante acuerdo de las partes por periodos anuales, extinguiéndose cuando se produzca la jubilación total del trabajador/a relevado.

Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador/a sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, cesa el trabajador/a relevista, el empresario debe sustituirlo por otro trabajador/a en situación de desempleo, o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

Si el trabajador/a jubilado parcialmente fuese despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, y no se procediera a su readmisión, la empresa debe ofrecer al relevista la ampliación de su jornada de trabajo y de no ser aceptada por éste, debe contratar a otro trabajador/a en quien concurran las circunstancias señaladas.

Si el contrato es indefinido, la extinción por despido del contrato del relevado no ha de tener repercusión alguna.

Estos trabajadores/as con contrato de relevo están protegidos por todas las contingencias de la Seguridad Social, es decir se cotiza por todas las contingencias, comunes y profesionales.

En el contrato deberá constar el nombre, edad y circunstancias profesionales del trabajador/a sustituido.

#### **1.8.6. Contrato de Trabajo Fijo Discontinuo (regulado en el artículo 15.8 del ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001)**

Este contrato ha sufrido diferentes vicisitudes, quedando diferenciado en su regulación, según se repitan o no en fechas ciertas, los trabajos a realizar.

Cuando los trabajos fijos discontinuos se repitan en fechas ciertas se aplica la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido.

Nos encontramos en presencia de un contrato de carácter indefinido, para la realización de trabajos que tengan carácter de fijo-discontinuos y que no se repitan en fechas ciertas.

Los Convenios Colectivos de ámbito sectorial pueden regular, cuando las peculiaridades de la actividad del sector lo justifiquen, la utilización en los contratos fijos discontinuos de la modalidad a tiempo parcial, y los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos.

Este contrato se realiza para trabajos que se encuadran en la actividad normal de la empresa.

Este contrato debe formalizarse necesariamente por escrito, y en él debe figurar una indicación sobre la duración que se estima de la actividad y la forma y orden de llamamiento establecida en el Convenio Colectivo aplicable.

Los trabajadores/as contratados por esta modalidad, han de ser llamados a trabajar en la forma y orden que se establezca en el Convenio Colectivo. Si esto no ocurre, es decir, si el trabajador/a no es llamado, puede iniciar un procedimiento por despido, iniciándose el cómputo de los veinte días para reclamar por despido a partir de aquel en que tuvo que ser llamado a trabajar. Es decir, en el caso de que corresponda impugnar el despido por falta de llamamiento, la caducidad de la acción del despido no se computa desde la terminación del ciclo de actividad, sino desde que no se produce el llamamiento (STS de 25 de febrero de 1998).

Este contrato podrá realizarse a tiempo parcial, siempre que lo prevea el Convenio Colectivo de aplicación. Y por Convenio sectorial, podrá establecerse la forma y supuestos para convertir en fijos-discontinuos los contratos a tiempo parcial.



El recibo de finiquito firmado al final del contrato relativo a una temporada no exonera al empresario de llamar al trabajador/a cuando comienza la siguiente temporada.

Los contratos a tiempo parcial regulados en este artículo 15.8 del ET plantean el problema de la prestación por desempleo en las épocas de inactividad, con la reforma de la Ley 45/2002<sup>21</sup>, parece intuirse que sí que van a poder percibir la prestación por desempleo cuando se encuentren inactivos y estén a la espera del llamamiento.

### **1.9. CONVERSIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES POR VÍA DEL ARTÍCULO 15.5 ET. CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA Y REFORMA LABORAL DE 2006**

La Reforma Laboral del año 2006 ha introducido la siguiente novedad de conversión del contrato de trabajo temporal en indefinido ante determinados requisitos. Así, el art.15.5 ET (modificado por el art.12.2 Ley 43/2006, de 29 diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que sustituye al RD Ley 5/2006, de 9 junio) establece que sin perjuicio de lo anterior, los trabajadores/as que en un periodo de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o distinto puesto de trabajo con la misma empresa o empresas del grupo, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores/as fijos.

Para que opere esta conversión se requiere:

- que se trate del mismo trabajador/a.
- que se supere el plazo de 24 meses de trabajo en la misma empresa mediante la utilización de contrato temporal (no de contratos indefinidos, extinguidos o interrumpidos), aunque sea con alguna interrupción.
- que el periodo de referencia o de cómputo (importante en caso de interrupción) no supere los 30 meses.
- que se hayan utilizado para ello al menos dos contratos temporales (dejando a salvo los excluidos expresamente: contratos formativos, de relevo e interinidad), directos con la empresa usuaria o concertados con una empresa de trabajo temporal.
- que se haya ocupado siempre el mismo puesto de trabajo (lo cual no parece equivalente a categoría, nivel u obra, por ejemplo).

Esta regla, pues, no significa que siempre que se alcance esa duración se produzca la transformación, ni excluye que una sucesión de contratos temporales con un mismo trabajador/a por debajo de esos límites temporales provoque también la conversión en indefinido, si se dan las condiciones del art.15.2 o .3 ET.

No se puede obviar una crítica contundente, tanto a las conversiones amparadas por la referida reforma, como a las sucesivas conversiones de contratos temporales en contratos indefinidos subvencionadas y beneficiadas de todo tipo de reducciones tanto en las cotizaciones como en otros elementos, y es el propio elemento de la conversión.

21. Es la ley que convalida el «Decreto».



La situación de relación laboral indefinida, en tanto y cuanto, no se establezca el derecho de opción entre indemnización y readmisión a favor del trabajador/a, supone un elemento de mayor estabilidad que los contratos temporales, pero mínimamente, pues sólo se trata de una mera dificultad económica para las gerencias empresariales. Pero, dicho lo anterior, no cabe duda que dicha relación laboral indefinida otorga una mejor situación tanto objetiva como subjetiva al trabajador/a, pero lo único que muestran las subvenciones a las conversiones, es que se subvenciona el cumplimiento de la ley, dado que si no se partiera de una situación originalmente fraudulenta, cómo se puede pasar de la noche a la mañana de una situación en la que existe causa para un contrato temporal a que esta causa desaparezca y exista un puesto de trabajo de carácter indefinido para reubicar a la persona que previamente cubría, bien necesidades puntuales ligadas a la concreta situación del mercado o una obra con autonomía y sustantividad propia, ¿acaso ha desaparecido la situación coyuntural y de las circunstancias de la producción?, ¿quién se encargará de esas tareas con autonomía y sustantividad o propia?, o ¿han pasado éstas de repente a formar parte de la actividad normal y habitual de la empresa?

### **1.10. NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**

La CGT en materia de negociación colectiva respecto a la contratación plantea los siguientes puntos:

- Defensa e impulso del empleo estable y la contratación fija.
- Veto a las empresas de trabajo temporal.
- Freno a la contratación eventual (limitar, condicionar, mejorar condiciones).
- Reconversión de los contratos temporales en indefinidos.
- Control del contrato estable a tiempo parcial.
- Condiciones claras de contratación.
- Inversión en empleo.
- Desarrollo de nuevos yacimientos de empleo.
- Incrementar la inversión pública y social.

## 1.11. Cuadros esquemáticos modelos de contratos

Cuadro n°12

CONTRATO PARA EL FOMENTO DE CONTRATACIÓN INDEFINIDA					
Ámbito normativo	Ley 12/2001, Disp.Adic.primera y Disp.Derog. única f), y Ley 35/2010				
Objeto del contrato	«Facilitar» la contratación de personas desempleadas y o sujetas a contratos temporales.				
Régimen jurídico	Los derechos y obligaciones que de él se deriven se rigen por carácter general, por lo dispuesto en la ley y convenios colectivos para tiempo indefinido con algunas excepciones				
Requisitos de los trabajadores/as con los que puede celebrarse	El contrato podrá concertarse con trabajadores/as incluidos en uno de los grupos siguientes:				
	<table border="1"> <tr> <td>a) Trabajadores/as desempleados/as inscritos en el servicio público de empleo en quienes concurra alguna de las siguientes condiciones:</td> <td>                     Jóvenes desde 16 hasta treinta años de edad, ambos inclusive.                      Trabajadores/as de más de 45 años de edad.                      Mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino; mujeres en los dos años posteriores al nacimiento de hijos o adopción o acogimiento; mujeres que se reincorporen al mercado de trabajo tras un periodo de inactividad laboral de cinco años; mujeres víctimas de la trata de seres humanos y la violencia de género Mayores de cuarenta y cinco años de edad.                      Parados/as que lleven, al menos, un mes inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo.                      Discapacitados                      Desempleados que hayan visto extinguido un contrato indefinido en los últimos dos años                      Desempleados que sólo hayan tenido contratos de duración determinada en los últimos dos años.                 </td> </tr> <tr> <td>b) Trabajadores/as que, en la fecha de la celebración del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida</td> <td>Estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, hasta el límite de tiempo de 31 de diciembre de 2010 o 31 de diciembre de 2011 en el caso de contratados después del 18 de junio de 2010.</td> </tr> </table>	a) Trabajadores/as desempleados/as inscritos en el servicio público de empleo en quienes concurra alguna de las siguientes condiciones:	Jóvenes desde 16 hasta treinta años de edad, ambos inclusive. Trabajadores/as de más de 45 años de edad. Mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino; mujeres en los dos años posteriores al nacimiento de hijos o adopción o acogimiento; mujeres que se reincorporen al mercado de trabajo tras un periodo de inactividad laboral de cinco años; mujeres víctimas de la trata de seres humanos y la violencia de género Mayores de cuarenta y cinco años de edad. Parados/as que lleven, al menos, un mes inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo. Discapacitados Desempleados que hayan visto extinguido un contrato indefinido en los últimos dos años Desempleados que sólo hayan tenido contratos de duración determinada en los últimos dos años.	b) Trabajadores/as que, en la fecha de la celebración del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida	Estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, hasta el límite de tiempo de 31 de diciembre de 2010 o 31 de diciembre de 2011 en el caso de contratados después del 18 de junio de 2010.
	a) Trabajadores/as desempleados/as inscritos en el servicio público de empleo en quienes concurra alguna de las siguientes condiciones:	Jóvenes desde 16 hasta treinta años de edad, ambos inclusive. Trabajadores/as de más de 45 años de edad. Mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino; mujeres en los dos años posteriores al nacimiento de hijos o adopción o acogimiento; mujeres que se reincorporen al mercado de trabajo tras un periodo de inactividad laboral de cinco años; mujeres víctimas de la trata de seres humanos y la violencia de género Mayores de cuarenta y cinco años de edad. Parados/as que lleven, al menos, un mes inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo. Discapacitados Desempleados que hayan visto extinguido un contrato indefinido en los últimos dos años Desempleados que sólo hayan tenido contratos de duración determinada en los últimos dos años.			
b) Trabajadores/as que, en la fecha de la celebración del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida	Estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, hasta el límite de tiempo de 31 de diciembre de 2010 o 31 de diciembre de 2011 en el caso de contratados después del 18 de junio de 2010.				
Requisitos de las empresas	No podrá concertar este contrato las empresas que en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubieran: <ol style="list-style-type: none"> <li>Realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial. Esta limitación afectará únicamente a la cobertura de aquellos puestos de trabajo de la misma categoría o grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo.</li> <li>Procedido a un despido colectivo, en los términos del apartado 5 de la D.A. 1ª de la ley 12/2001 de 9 de julio (B.O.E. de 10 de julio). Así mismo tampoco esta limitación será aplicable en los supuestos de despido colectivo cuando la realización de los contratos haya sido acordada con los representantes de los trabajadores/as en el periodo de consultas.</li> </ol>				
Formalización	El contrato se formalizará por escrito en el modelo que se establezca oficialmente.				
Duración	Por tiempo indefinido.				
Extinción	<table border="1"> <tr> <td>Contrato extinguido por causas objetivas y sea declarado improcedente o reconocida la improcedencia por el empresario</td> <td>La indemnización será tan sólo de 33 días de salario por año de servicio, prorrateado por meses los periodos inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades.</td> </tr> </table>	Contrato extinguido por causas objetivas y sea declarado improcedente o reconocida la improcedencia por el empresario	La indemnización será tan sólo de 33 días de salario por año de servicio, prorrateado por meses los periodos inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades.		
Contrato extinguido por causas objetivas y sea declarado improcedente o reconocida la improcedencia por el empresario	La indemnización será tan sólo de 33 días de salario por año de servicio, prorrateado por meses los periodos inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades.				

**Cuadro n°13**

CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO	
Ámbito normativo	Artículo 15.1 a) ET,
Objeto del contrato	Este contrato tiene por objeto la realización de obras o servicios con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta.
Convenio Colectivo	En el convenio colectivo se debe identificar las tareas con sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.
Características de la obra a realizar	No puede consistir en una obra o servicio determinado en el ciclo productivo constante o en las tareas habituales.
Formalización	El contrato se formalizará por escrito en el modelo que se establezca oficialmente. Se debe especificar e identificar suficientemente y con precisión y claridad: <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La obra o servicio objeto del contrato.</li> <li>2. Duración aunque sea orientativa.</li> <li>3. El trabajado a desarrollar.</li> </ol> El contrato y en su caso las prórrogas deberán comunicarse al Servicio Público de Empleo en los diez días siguientes.
Duración	La duración de este contrato es la necesaria para la realización de la obra o servicio, con una duración máxima de tres años ampliable por convenio colectivo a cuatro. Se presumirá indefinido, salvo prueba en contrario de su naturaleza.
Jornada	Se puede celebrar a jornada completa o a tiempo parcial.
Extinción	<p>Se entiende finalizado cuando finalice la obra o servicio objeto del contrato.</p> <p>Si se hubiera fijado alguna fecha determinada de finalización, esta debe ser entendida únicamente a efectos orientativos, pues lo decisivo es la finalización de la obra o servicio determinado.</p> <p>Si la duración es superior a un año: Preaviso de 15 días.</p>
	A la finalización del contrato, para todos aquellos contratos posteriores al 14 de noviembre 2001, el trabajador/a tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resulte de abonar ocho días de salario por año de trabajo o la establecida en la normativa específica de cada caso, incrementada hasta 12 días para los contratados después del 1 de enero de 2015.

**Cuadro n°14**

CONTRATO EVENTUAL POR CIRCUNSTANCIAS DE PRODUCCIÓN	
Ámbito normativo	Artículo 15.1 b)
Objeto del contrato	Atender a circunstancias de la producción aún en el marco de la actividad habitual de la empresa.
Supuestos de utilización	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Atender circunstancias excepcionales ocasionales o transitorias.</li> <li>• Situaciones en coyunturas productivas o del mercado que incrementen el volumen de trabajo que no pueda ser cubierto por la plantilla fija de la empresa.</li> <li>• Situaciones en que se necesite una aumento de trabajadores/as para cubrir nuevas necesidades surgidas.</li> </ul>
Formalización	Por escrito en cuando su duración sea superior a 4 semanas o a tiempo parcial. Se debe especificar: <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La causa y circunstancia que lo motiva</li> <li>2. El carácter de la contratación</li> <li>3. Tiempo de vigencia</li> <li>4. Trabajo a desarrollar</li> </ol>

<b>Duración</b>	<p>Su duración máxima es de seis meses dentro de un período de doce meses contados a partir del momento en que se produzca la causa que justifica la contratación.</p> <p>Los Convenios Colectivos sectoriales podrán regular:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Una duración máxima mayor dentro de un periodo que no podrá exceder en ningún caso a los 18 meses, sin superar un tercio del periodo de referencia, ni como máximo 12 meses.</li> <li>• El periodo dentro del cual las empresas pueden recurrir a este supuesto de contratación.</li> </ul>	
<b>Jornada</b>	Podrá celebrarse a tiempo completo o a tiempo parcial.	
<b>Extinción</b>	El contrato se extinguirá por la finalización del tiempo convenido	Si el contrato se ha celebrado con posterioridad al 4 de marzo de 2001 el trabajador/a eventual tendrá derecho a una indemnización de una cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resulte de abonar 8 días de salario por cada año trabajado o la establecida en su caso por la normativa específica, incrementada progresivamente hasta 12 días para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015.

**Cuadro nº15**

<b>CONTRATO DE INTERINIDAD</b>	
<b>Ámbito normativo</b>	Artículo 15.1 C) y Disp. Adic. 14 ET RD 2720/1998
<b>Supuestos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sustitución de trabajadores/as con derecho a reserva del puesto de trabajo.</li> <li>• Cubrir una vacante temporalmente durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva.</li> </ul>
<b>Formalización</b>	<p>Este contrato deberá formalizarse por escrito, debiendo especificarse con precisión y claridad necesariamente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El carácter de la contratación.</li> <li>• Identificar al trabajador/a sustituido.</li> <li>• La causa de la sustitución y, en su caso, el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna.</li> <li>• Especificar suficientemente la circunstancia que determina su duración, la duración del contrato así como el trabajo a desarrollar.</li> <li>• Si el puesto de trabajo a desempeñar será el del trabajador/a o el de otro trabajador/a de la empresa que pasa a desempeñar el puesto de aquél.</li> </ul>
<b>Duración</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El tiempo que dure la ausencia del trabajador/a sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo.</li> <li>• El tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto (No puede ser superior a 3 meses ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima).</li> <li>• En los procesos de selección de las Administraciones Públicas para la provisión puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos, conforme a la normativa específica.</li> </ul>
<b>Jornada</b>	<p>Deberá celebrarse a jornada completa excepto en dos supuestos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Cuando el trabajador/a sustituido/a estuviera contratado/a a tiempo parcial o se trate de cubrir temporalmente un puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se vaya a realizar a tiempo parcial.</li> <li>• Cuando el contrato se realice para complementar la jornada reducida de los trabajadores/as que ejerciten el derecho reconocido en el artículo 37, apartados 4 y 5, del Estatuto de los Trabajadores, o en aquellos otros supuestos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador/a sustituido, así como, en los supuestos en que los trabajadores/as disfruten a tiempo parcial del permiso de maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente</li> </ul>
<b>Causas de Extinción</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La reincorporación del trabajador/a sustituido.</li> <li>• El vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación.</li> <li>• La extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo.</li> <li>• El transcurso del plazo de tres meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones Públicas.</li> </ul>

Cuadro nº16

<b>CONTRATO PARA LA FORMACIÓN</b>	
<b>Ámbito normativo</b>	Artículo 11.2 ET RD 488/1998 OM 14/07/1998.
<b>Objeto del contrato</b>	Proporcionar formación teórica y práctica para el desempeño de un oficio o puesto de trabajo cualificado, que requiera un determinado nivel de formación.
<b>Requisitos de los trabajadores/as</b>	Mayores de 16 y menores de 21 años que carezcan de la titulación requerida para un contrato en prácticas.
	<p>El límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con desempleados incluidos en alguno de los siguientes colectivos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Minusválidos/as.</li> <li>• Trabajadores/as extranjeros, durante los 2 primeros años de vigencia de su permiso de trabajo, salvo que se acrediten la formación y experiencia necesarias para el desempeño del puesto de trabajo.</li> <li>• Quienes lleven más de 3 años sin actividad laboral.</li> <li>• Quienes se encuentren en situación de exclusión social.</li> <li>• Los que se incorporen como alumnos-trabajadores/as a los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo</li> </ul>
<b>Límites para celebrar estos contratos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El trabajador/a no puede ser contratado con esta modalidad, ni por la misma ni por distinta empresa si ha expirado la duración máxima del contrato</li> <li>• No se puede contratar a un trabajador/a por esta modalidad cuando ya haya desempeñado ese puesto de trabajo en esa u otra empresa.</li> <li>• Las ETT no pueden celebrar este tipo de contratos.</li> </ul>
<b>Obligaciones del empresario</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporcionar al trabajador/a formación teórica, que no podrá ser inferior al 15% de la duración de la jornada prevista en Convenio o en su defecto de la máxima legal establecida.</li> <li>• Ejercer tutela en el desarrollo formativo.</li> </ul> <p>En caso de incumplimiento por parte del empresario de su obligación de formación teórica el contrato se considerará contrato de trabajo ordinario e indefinido.</p>
<b>Formalización</b>	<p>Por escrito, haciendo constar expresamente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El oficio o nivel ocupacional objeto del aprendizaje.</li> <li>• El tiempo dedicado a la formación y su duración y distribución horaria.</li> <li>• La duración del contrato.</li> <li>• El nombre y cualificación profesional de la persona designada como tutor.</li> </ul>
<b>Duración</b>	<p>El contrato no podrá ser inferior a 6 meses ni superior a 2 años.                  Podrá establecerse un período de prueba que no será superior a 2 meses.                  Por convenio colectivo se podrá pactar una duración superior que no podrá exceder a 3 años (en caso de minusválidos/as podría ser 4 años)</p>
<b>Retribución</b>	<p>La retribución del trabajador/a será fijada en convenio colectivo sin que, en su defecto, pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo trabajado durante el primer año.                  El segundo año deberá ser la convencional o la del SMI, independientemente del tiempo dedicado a formación.</p>
<b>Extinción</b>	<p>Cuando los contratos tengan duración superior a un año, la parte que formula la denuncia debe preavisar con 15 días.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• A la finalización del contrato el empresario/a deberá entregar al trabajador/a un certificado de la formación teórica y práctica adquirida.</li> <li>• Si tras la finalización del contrato el trabajador/a se incorpora sin interrupción a la empresa, no se puede concertar un nuevo periodo de prueba.</li> </ul>

Cuadro nº17

CONTRATO DE TRABAJO EN PRÁCTICAS	
Ámbito normativo	Artículo 11.1 ET RD 488/1998
Objeto del contrato	Se realiza para obtener práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados.
Requisitos de los trabajadores/as	<p>Estar en posesión de una titulación académica o de formación profesional media o grado superior. (Diplomado/a, Ingeniero/a técnico/a, Arquitecto/a técnico, Licenciado/a universitario/a, Ingeniero/a, Arquitecto y técnico o técnico superior de formación profesional así como los títulos oficialmente reconocidos como equivalentes)</p> <p>Está expresamente prohibida la celebración de estos contratos para estudiantes como parte integrante de su plan de estudios académicos, estas prácticas están reguladas por Programas de Cooperación Educativa (RD 1497/1988)</p>
Límites para celebrar estos contratos	El contratos debe celebrarse en los cinco años siguientes a los estudios cursados (En caso minusválido se amplía hasta siete años)
Formalización	<p>Deberá formalizarse por escrito haciendo constar expresamente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La titulación del trabajador/a.</li> <li>• La duración del contrato.</li> <li>• El puesto de trabajo a desempeñar durante las prácticas.</li> </ul>
Duración	<p>No puede ser inferior a 6 meses ni superior a 2 años.</p> <p>Ningún trabajador/a podrá ser contratado en prácticas por la misma o distinta empresa por un tiempo superior a dos años en virtud de la misma titulación</p>
Periodo de prueba	<p>Salvo lo previsto en el Convenio Colectivo, el periodo de prueba no podrá ser superior a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Un mes para los titulados de grado medio</li> <li>• Dos meses para los titulados de grado superior.</li> </ul>
Retribución	<p>La fijada en Convenio Colectivo. En su defecto:</p> <p>No podrá ser inferior durante el primer año al 60% del salario fijado en Convenio para un trabajador/a que desempeñe el mismo puesto o puesto equivalente.</p> <p>No podrá ser inferior durante el segundo año al 75% del salario fijado en Convenio para un trabajador/a que desempeñe el mismo puesto o puesto equivalente.</p>
Regulación mediante negociación colectiva	<p>Mediante negociación colectiva se puede regular:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Los grupos, puestos, o categorías profesionales objeto del contrato.</li> <li>• La duración del contrato dentro de los límites legales establecidos (de 6 meses a 2 años)</li> </ul>
Extinción	Se extingue por la expiración del tiempo convenido
	<p>A la finalización del contrato el empresario tiene la obligación de emitir un certificado en el que conste la duración de las prácticas y los puestos ocupados.</p> <p>Si al término del contrato el trabajador/a continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo periodo de prueba, computándose la duración de las prácticas a efecto de antigüedad en la empresa</p>

Cuadro n°18

<b>CONTRATO A TIEMPO PARCIAL</b>			
<b>Ámbito normativo</b>	Artículo 12 ET, RD 1131/2002		
<b>Definición</b>	<p>El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, y al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador/a a tiempo completo comparable</p> <p>Se entiende por trabajador/a a tiempo completo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Un trabajador/a de la misma empresa y centro de trabajo.</li> <li>• Con el mismo tipo de contrato de trabajo.</li> <li>• Que realice un trabajo idéntico o similar.</li> </ul>		
<b>Derechos</b>	<p>Como regla general los trabajadores/as contratados a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los contratados a tiempo completo,</p> <p>Excepción: Todos aquellos derechos que se generasen como consecuencia del tiempo de trabajo (éstos se generaran proporcionalmente)</p>		
<b>Formalización</b>	<p>Por escrito, en el modelo oficial que se establezca.</p> <p>En el contrato deberán figurar: El número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas Su distribución.</p>		
<b>Duración</b>	<p>Por tiempo indefinido o por duración determinada, en este último caso se podrá acoger a cualquier modalidad contractual, a excepción del contrato de formación y de sustitución por jubilación anticipada.</p>		
<b>Jornada</b>	<p>Puede realizarse de forma continuada o partida, (en caso jornada partida solo es posible una interrupción, salvo que se disponga lo contrario en Convenio)</p> <p>No pueden realizar horas extraordinarias, salvo las precisas para prevenir o reparar siniestros y daños extraordinario o urgentes).</p> <p>Existe la posibilidad realizar horas complementarias.</p> <p>Son horas complementarias aquellas que han sido pactadas como adicionales al contrato a tiempo parcial, como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato.</p> <p>Sólo es posible en contratos indefinidos a tiempo parcial.</p> <p>El pacto se podrá realizar en el momento de la celebración del contrato o posteriormente.</p> <p>Sólo se puede exigir su realización cuando se haya pactado expresamente con el trabajador/a.</p> <p>El pacto debe realizarse por escrito y en modelo oficial.</p> <p>El número de horas complementarias no podrá ser superior a al 15% de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato (por Convenio Colectivo de ámbito sectorial, o en su defecto de ámbito inferior se puede este tope hasta el 60%).</p> <p>Las horas complementarias son retribuidas como horas ordinarias.</p> <p>El trabajador/a debe conocer el día y hora de realización de horas complementarias con un mínimo de 7 días de antelación.</p> <p>El trabajador/a puede renunciar a este pacto por denuncia mediante preaviso de 15 días, una vez cumplido el año de su celebración, para atender responsabilidades familiares, necesidades formativas o incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.</p>		
<b>Retribución</b>	<p>Será proporcional a la jornada efectivamente realizada (Por Convenio Colectivo se puede incrementar).</p> <p>En el caso de jubilación parcial, será compatible la retribución del trabajador/a que se jubila con la pensión que la Seguridad Social le reconozca.</p>		
<b>Extinción</b>	<table border="1" style="width: 100%;"> <tr> <td style="width: 50%;">Se extinguirá por las causas establecidas en el artículo 49 ET</td> <td style="width: 50%;">A la finalización del contrato, excepto en los casos de contrato de interinidad, de inserción y de prácticas, el trabajador/a tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.</td> </tr> </table>	Se extinguirá por las causas establecidas en el artículo 49 ET	A la finalización del contrato, excepto en los casos de contrato de interinidad, de inserción y de prácticas, el trabajador/a tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.
Se extinguirá por las causas establecidas en el artículo 49 ET	A la finalización del contrato, excepto en los casos de contrato de interinidad, de inserción y de prácticas, el trabajador/a tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.		

**Cuadro n°19**

<b>CONTRATO DE RELEVO</b>	
<b>Ámbito normativo</b>	Artículo 12.6 ET, RD 1131/2002 Disp. Adic. primera, Ley 40/2007.
<b>Objeto del contrato</b>	Contrato cuya finalidad es sustituir a un trabajador/a que ha pasado a jornada a tiempo parcial por jubilación
<b>Requisitos de los trabajadores/as</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Estar inscrito como desempleado/a, o</li> <li>• Trabajador/a que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.</li> </ul>
<b>Formalización</b>	Por escrito en modelo oficial en el que constará necesariamente: El nombre, la edad y las circunstancias profesionales del trabajador/a sustituido.
<b>Duración</b>	Indefinida o igual al tiempo que falte al trabajador/a sustituido para alcanzar la edad de 65 años. Si, al cumplir dicha edad, el trabajador/a jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por periodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador/a relevado (para más información ver epígrafe Relación Individual de trabajo)
<b>Jornada</b>	Completa o a tiempo parcial. En todo caso, como mínimo, igual a la del trabajador/a sustituido.
<b>Extinción</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El contrato se extinguirá al cumplir el trabajador/a sustituido la edad para jubilarse.</li> <li>• Si el trabajador/a jubilado parcialmente fuese despedido improcedentemente y no se procediese a su readmisión, la empresa debe ofrecer al relevista la ampliación de su jornada de trabajo.</li> </ul>

**Cuadro n°20**

<b>CONTRATO FIJO DISCONTINUO</b>			
<b>Ámbito normativo</b>	Artículo 15.8, en la redacción dada por la Ley 12/2001.		
<b>Objeto del contrato</b>	Contrato que se concierta para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa.		
<b>Formalización</b>	Por escrito en modelo oficial en el que constará necesariamente: <ul style="list-style-type: none"> <li>• La duración estimada de su actividad.</li> <li>• La forma y orden de llamamiento establecida en Convenio Colectivo.</li> <li>• Constará de manera orientativa la jornada laboral estimada y su distribución horaria.</li> </ul>		
<b>Llamamiento de trabajadores/as</b>	Los trabajadores/as serán llamados a trabajar en la forma y orden que se establezca en el Convenio Colectivo. Si el trabajador/a no fuese llamado en este orden podrá reclamar judicialmente en procedimiento por despido. (El plazo de 20 días computará desde el momento en que debió ser llamado).		
<b>Regulación en Convenio Colectivo</b>	Los Convenios Colectivos de ámbito sectorial podrán regular: <ul style="list-style-type: none"> <li>• La utilización de contratos fijos discontinuos a tiempo parcial si así las peculiaridades del sector lo justifican.</li> <li>• Requisitos y peculiaridades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos discontinuos.</li> </ul>		
<b>Jornada</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Completa.</li> <li>• A tiempo parcial, siempre que así lo prevea el Convenio Colectivo de aplicación.</li> </ul>		
<b>Extinción</b>	<table border="0" style="width: 100%;"> <tr> <td style="width: 50%;">Se extinguirán por las causas legalmente establecidas en el artículo 49 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.</td> <td style="width: 50%;">El recibo del finiquito firmado al final del contrato relativo a una temporada no exonera al empresario de llamar al trabajador/a cuando comienza la siguiente temporada.</td> </tr> </table>	Se extinguirán por las causas legalmente establecidas en el artículo 49 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.	El recibo del finiquito firmado al final del contrato relativo a una temporada no exonera al empresario de llamar al trabajador/a cuando comienza la siguiente temporada.
Se extinguirán por las causas legalmente establecidas en el artículo 49 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.	El recibo del finiquito firmado al final del contrato relativo a una temporada no exonera al empresario de llamar al trabajador/a cuando comienza la siguiente temporada.		



## 2. SALARIO

### Legislación aplicable:

*Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículos 4.2.f, 26, 29, 31, 32, 33 y 35.*

*Constitución Española, artículo 35*

*Real Decreto 2030/2009, de 30 de diciembre, por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional para 2010*

*Ley 35/2006, de 28 de noviembre, de IRPF*

*Real Decreto-ley 3/2004, de 25 junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía.*

*Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, art. 6*

*Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*

*Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público*

*Ley 5/2000, de 4 de agosto, de infracciones y sanciones del orden social, arts. 6, 8 y 40*

La encuesta del INE sobre la estructura Salarial 2006, confirma lo evidente de la relación salarial, que el precio de los salarios de quienes dirigen y organizan las empresas, directivos y ejecutivos supone el 206,6% de los salarios medios en el resto de los grupos profesionales.

EVOLUCIÓN DEL SALARIO			
AÑOS	Salarios	Salario bruto medio	Salario Directivos
1995	80.000	14.500	40.000
	60.000		
2002	40.000	18.500	56.500
	20.000		
2006	0	19.680	60.417

(Fuente: INE Encuesta de Estructura Salarial 2006)

¿Qué significa esto, aparte de la evidente tomadura de pelo, desigualdad, poder empresarial, explotación, etc.? Sencillamente que existen muy pocos trabajadores con salarios muy altos, pero que influyen de manera determinante en el salario medio.

El asalariado medio «sin género», percibe anualmente 19.680,88€ brutos; si eres asalariado hombre el salario medio bruto es de 22.051,08€, y si eres asalariada mujer tu salario medio bruto se queda en 16.245,17€: las mujeres de media perciben un 26,4% menos.

Las diferencias, las desigualdades, se muestran en la escala de la pirámide de poder, en el género y en la actividad económica, así nos encontramos que la mayor diferencia salarial o el mayor salario medio anual lo encontramos en la intermediación financiera con 38.351€ por trabajador, suponiendo esta cifra un 94,9% superior a la media nacional, le sigue la actividad económica de producción y distribución de energía (electricidad, gas y agua) con 33.488€. En el lado opuesto

encontramos los servicios (hostelería y comercio y reparación), con salarios medios anuales de 13.394€ y 17.333€ respectivamente.

Si vemos los salarios por tipo de contrato, es decir, los indefinidos o los temporales, nos encontramos que los asalariados con contrato de duración determinada (temporales) tuvieron un salario medio inferior en un 32,6% al de los asalariados con contrato indefinido.

La nacionalidad, si eres asalariado autóctono o migrante, condiciona y determina la desigualdad; así, aquellos trabajadores provenientes de América del Norte y de la Unión Europea (por lo general desplazados por sus empresas multinacionales y con altas cualificaciones), tuvieron un salario superior a la media, mientras que los trabajadores de otras nacionalidades (extracomunitarios o de América del Sur), tuvieron unos salarios entre un 25% y un 35% inferiores a dicha media.

Lo grave, aún más, es que las desigualdades han aumentado en el ciclo alto de la economía, tanto la nacional como la global, lo cual no hace sino mostrar nuevamente lo evidente: las clases asalariadas cada vez pierden más poder contractual, y todo indica que estos sucede en cualquier época del ciclo económico capitalista, bien sea de crecimiento, bien de recesión e inclusive de depresión.

La gestión del poder ha logrado que sindicatos y partidos de izquierda, cooperen en la producción y distribución de la riqueza, entendiendo que el conflicto social se ha disuelto y las culturas instituidas en las clases dominadas, resulta que son las mismas que las de las clases dominantes. No es de extrañar por tanto que nos encontremos en un momento donde el «reparto de lo escaso» conlleve aún más competencia entre los dominados.

## 2.1. NATURALEZA Y DEFINICIÓN DE LAS PERCEPCIONES ECONÓMICAS DEL TRABAJADOR/A

El contrato de trabajo contiene dos obligaciones cruzadas entre ambas partes, esto es, entre el trabajador/a y empresario. El primero tiene como principal obligación la prestación del trabajo correspondiente, y la contraprestación del empresario es el pago por ese trabajo, es decir, el abono del salario o retribución pactado.

La definición de salario se contiene en el artículo 26 del ET, considerándose como tal «(...) la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores/as, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo (...)».

Así, toda retribución que tenga este carácter salarial, ha de ser tenida en cuenta a los efectos de fijar la base de cotización a la Seguridad Social, para el abono de los descansos, así como para calcular las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo.

El salario comprenderá las prestaciones dinerarias y en especie derivadas de la prestación laboral y los periodos computables como de descanso:

- Descanso semanal o dominical. Art. 37.1 ET
- Días festivos. Art. 37. ET
- Vacaciones. Art. 38 ET
- Descanso de jornada laboral. Art. 34.4 ET
- Permisos retribuidos. Art. 37.4 y 5
- Crédito horario de los representantes unitarios y sindicales. Art.68 ET y art. 9.2 LOLS.
- Interrupciones de trabajo atribuibles al empresario o por fuerza mayor.

El trabajador/a también puede percibir retribuciones de carácter extrasalarial que abonan gastos o perjuicios ocasionados por la actividad laboral.

Existe la presunción, salvo prueba en contra, a favor del trabajador/a de que toda retribución que recibe del empresario le es debido en el concepto amplio de salario. STS 25/10/1988.

## 2.2. ESTRUCTURA SALARIAL

### 2.2.1. Estructura del Salario

La estructura del salario, tal y como establece el artículo 26.3 del ET, se fija mediante la Negociación Colectiva o, en su defecto, en el contrato individual.

Y deberá comprender:

- El salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra. El salario base no podrá ser en ningún caso inferior al Salario Mínimo Interprofesional. Se suele fijar por Convenio en las tablas salariales, en función de la categoría o grupo profesional.
- Los complementos salariales, que se fijan en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador/a, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, y que se calcularán conforme a los criterios que se pacten. Este pacto debe incluir el carácter consolidable o no de estos complementos salariales. Esto es importante, pues salvo pacto en contrario, no tienen carácter consolidable los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa (como por ejemplo, el plus de turnicidad, penosidad, toxicidad, o la participación en los beneficios).

Tal y como hemos reseñado, según establece el artículo 26.3 del ET, para que un complemento se catalogue como salarial mediante la Negociación Colectiva<sup>22</sup>, debe concurrir una causa o circunstancia específica y determinada que esté presente en la prestación del trabajo.

### 2.2.2. Complementos

Estas circunstancias han de pertenecer a una de las siguientes categorías:

1- Relativas a las condiciones personales del trabajador/a, que tiene que ver con la cualificación personal o profesional del trabajador/a no tenida ya en cuenta para fijar el salario base. A modo de ejemplo, citaremos algunas, tales como el conocimiento de idiomas, la antigüedad en la empresa o la titulación. Para el cómputo de la antigüedad, ha de incluirse el periodo de prueba, el de excedencia para el cuidado de hijos y forzosa, así como el tiempo de formación en cursillos de la empresa (STS 14 de febrero de 1996), o el trabajado mediante contratos temporales sucesivos o casi sucesivos, aun mediando periodos superiores a 20 días entre uno y otro (en tal sentido, las STS de fecha 17 de enero de 1996, 3 de febrero de 2000 y 12 de junio de 2008 entre otras). Según establece el TS, será la norma convencional aplicable la que deberá establecer si existe el complemento de antigüedad, en qué precisos términos se reconoce y en qué cuantía, sin perjuicio de lo que se pueda acordar individualmente (STS 7 de octubre de 2002 y 4 de abril de 2007, entre otras).

22. Nos remitimos en este punto al capítulo 2 de la presenta Guía.

2- Relativas al trabajo realizado, esto es, la penosidad, toxicidad, peligrosidad, suciedad, navegación, embarque, trabajo a turnos o nocturno. Al depender de la prestación del trabajo en un puesto concreto, no tienen carácter consolidable, salvo pacto en contrario, tal y como tiene establecido en STS, entre otras, de 7 de julio de 1999. También son de esta misma naturaleza las primas de responsabilidad, es decir, las que se perciben como consecuencia de la mayor responsabilidad que se ejerce en el puesto de trabajo, y las primas de movilidad funcional o polivalencia, que son las relativas a la disponibilidad del trabajador/a para realizar funciones distintas a las recogidas en su contrato de trabajo, así como los complementos pactados por cantidad o calidad de trabajo, entre las que se incluyen las horas extraordinarias, si éstas son retribuidas y no compensadas con descanso, así como el plus de asistencia y puntualidad o el plus convenio<sup>23</sup>.

De igual forma, en este apartado debemos incluir los complementos de residencia, que podrán ser pactados individual o colectivamente. Estos complementos tienen su razón de ser en compensar los perjuicios o trastornos que pueda ocasionar la necesidad de residir en determinados lugares para prestar el trabajo. Debemos destacar el establecido en la Orden Ministerial de 11 de noviembre de 1958, modificada por la Orden Ministerial de 20 de marzo de 1975 (BOE del 31 de marzo), relativo a Ceuta y Melilla, que establece un complemento para los residentes en ambas ciudades autónomas de un 25% sobre el salario base. Esta cuantía se ha «exportado» a otros supuestos, pero no tiene por qué ser siempre la misma, pudiéndose pactar, en contrato individual o Convenio Colectivo, un plus distinto.

3- Relativas a la situación y resultados de la empresa, esto es, las que dependen de los beneficios o incrementos de valor de la empresa. Puede ser pactado en Convenio Colectivo o en el propio contrato individual, y establecerse como consolidable o no consolidable.

### 2.2.3. Las Stock-options

Debemos hacer referencia también a las llamadas «Stock-options», u «Opciones de compra sobre acciones», derecho que la empresa da a los trabajadores/as, para que éstos puedan adquirir dentro de un plazo determinado, normalmente entre 3 y 5 años, acciones de la empresa, fijándose un precio concreto de las acciones, que suele ser el de su cotización en bolsa en el día que se da este beneficio. Si en ese plazo la acción se revaloriza, el trabajador/a ejerce la opción de compra sobre el precio marcado inicialmente y obteniendo pues un beneficio; si la acción no se revaloriza, no ejerce la opción de compra. Estas «opciones de compra» no están reguladas en la normativa laboral, y se está configurando su régimen jurídico a través de los distintos Convenios Colectivos en los que se recoge, así como a través de la jurisprudencia. Y es ésta la que ha dejado claro, entre otras cuestiones, que son salario, y salario «en metálico», no en especie (SSTS de 24 de octubre de 2001 y de 4 de febrero de 2002), así como que son computables al tiempo de calcular la indemnización por despido improcedente. Entendiendo como salario el precio de la opción de compra en el momento de fijarse y no el del beneficio posterior que pudiera obtener el trabajador/a de su venta por la revalorización.

El modelo de las Stock-options genera desigualdad salarial entre los trabajadores/as y los directivos de las empresas, a los que fundamentalmente va dirigida esta medida, unido a que la capacidad de adquirir las mismas no es igual en unos y otros.

No obstante, debemos estar al caso concreto, sobre todo a la definición y régimen que prevea el convenio colectivo o acuerdo de empresa concreto que otorgue este derecho a los trabajadores/as.

23. A resaltar el plus convenio, cada vez más habitual en los Convenios Colectivos, y que no tiene la consideración estricta de un complemento salarial dado que, en muchas ocasiones, no responde a una causa o criterio, por lo que se englobaría en el salario base de cada categoría.

### 2.2.4. Salario en Especie

Según establece este artículo 26 del ET, no puede superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador/a. La imprecisión por parte del ET sobre qué es salario en especie, ha obligado a que sean los tribunales quienes lo concreten; así, como ejemplos recogemos los siguientes:

- Constituye salario en especie la comida abonada por el empresario cuando se retribuye la disponibilidad de determinados empleos (STS de 10 de noviembre de 1989) o cuando existe un servicio de restauración que paga el empresario (STS de 28 de enero de 1994), así como los tickets comida cuando el horario no impida al trabajador/a comer en su casa. Por el contrario las dietas establecidas para compensar gastos ocasionados al trabajador/a son de naturaleza extrasalarial. Así se estará al caso concreto y a lo establecido en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo.
- El suministro de agua, gas o luz (STSJ de Justicia de Castilla y León de 14 de abril de 1998).
- El transporte gratuito, así como la utilización de vehículos de la empresa o el pago, total o en parte, del precio del vehículo propio, e incluso el disfrute de una plaza de garaje de la empresa más allá de las horas de trabajo (STSJ País Vasco, de 16 de mayo de 2000).
- La vivienda, ya sea en régimen de alquiler o propiedad.

No obstante estos ejemplos, habrá que estar al caso concreto para determinar si estamos o no ante salario en especie.

### 2.3. RETRIBUCIÓN DE LAS HORAS EXTRAS

Según establece 35.1 del ET, el límite mínimo en la remuneración de las horas extras, es el del valor de la hora ordinaria, pudiendo ser objeto de regulación más favorable mediante convenio colectivo o pacto individual. Con la salvedad de que sean compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

Las horas de trabajo que superen el límite, establecido en el art. 35.2 del ET, de las ochenta horas se retribuirán como horas extras, con los incrementos previstos convencional o contractualmente.

- El trabajador/a que pretenda reclamar el importe de horas extras realizadas mediante la correspondiente procedimiento de reclamación de cantidad, debe establecer con toda precisión sus circunstancias y número, así como demostrar su realización día a día y hora a hora, lo que conlleva una gran complicación a la hora de acreditar ante los Juzgados de lo Social su realización.
- La remuneración de las horas extraordinarias no se incorpora al cómputo de la base de cotización a la Seguridad Social, salvo para la cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional. También se computa la remuneración de las horas extras, en la base de cotización para Desempleo, Formación Profesional y Fondo de Garantía Salarial.

## 2.4. GRATIFICACIONES EXTRAORDINARIAS

Las gratificaciones o pagas extraordinarias están fijadas en el artículo 31 del ET, que establece el derecho de todo trabajador/a a dos gratificaciones extraordinarias al año: una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad, y la otra en el mes que se fije por Convenio Colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores/as. Cabe pactar en Negociación Colectiva un número mayor de gratificaciones extraordinarias.

La cuantía de estas gratificaciones se concreta en los Convenios Colectivos, como también se puede pactar en Convenio Colectivo que se prorrateen en las doce mensualidades.

Su periodo de devengo es a doce meses, salvo que el Convenio Colectivo aplicable establezca un periodo de devengo de seis meses. ¿Qué significado tiene esto? Que su percepción por tanto, depende del tiempo trabajado dentro del periodo de devengo de la gratificación. Así, por ejemplo, si el periodo de devengo para la gratificación de Navidad está establecido en el Convenio Colectivo del 1 de julio al 31 de diciembre, llegado el momento de cobrar esta gratificación extraordinaria, si se ha trabajado todo ese periodo de seis meses, se cobra el 100% de la gratificación; en caso de no haber trabajado todo ese periodo, se recibe la cantidad proporcional al tiempo trabajado dentro de esos seis meses.

Las gratificaciones extraordinarias deben computarse a los efectos del cálculo de la indemnización por despido.

## 2.5. RETRIBUCIONES EXTRASALARIALES

A su vez, no son salario, sino retribuciones extrasalariales, las cantidades percibidas por el trabajador/a que no tienen el carácter de contraprestación por el trabajo efectuado, tales como:

- Indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral (dietas y gastos de viaje, cantidades para adquisición de ropas de trabajo o herramientas, plus de distancia y transporte...).
- Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y beneficios sociales, de ocio o sanitarios de carácter asistencial para el trabajador/a o su familia asumidos por la empresa.
- Las aportaciones a planes de pensiones y las primas de seguros, por considerarse mejoras voluntarias.
- Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos, y las propinas o gratificaciones (STSJ Madrid, de 16 de abril de 1998).

Es ésta una lista cerrada, es decir, estas son las únicas excepciones que no se integran en la noción de salario (STS 26 de junio de 1995).

Es habitual que bajo complementos extrasalariales se intenten camuflar conceptos salariales con la finalidad de eludir cotizaciones a las Seguridad Social, habiendo consagrado la jurisprudencia el principio de irrelevancia de la denominación, atendiendo a la naturaleza, salarial o extrasalarial, real de los conceptos retributivos, con independencia de la denominación que le atribuyan las partes (STS 2 de noviembre de 1989).

Estas cantidades por tanto, al ser de carácter extrasalarial, no computan a los efectos del cálculo de indemnización por la extinción del contrato o en el cálculo de salarios de tramitación, ni están sujetas a cotización a la Seguridad Social.

## 2.6 OTRAS PRESTACIONES NO SALARIALES

Se trata de una serie de beneficios de naturaleza individual o colectiva, fijados por la legislación, la negociación colectiva o la voluntad de la empresa, que se suministran a los trabajadores/as con una difícil valoración económica y que no forman parte estrictamente de la estructura salarial.

En el plano de prestaciones colectivas destaca el comedor de empresa, contemplado en un Decreto de 8 de junio de 1938 que puede entenderse aun en vigor, para empresas de más de 50 trabajadores/as que por su régimen productivo no concedan descanso de dos horas para comer. Dicho comedor también se procurará para empresas de menos de 50. La comida a cargo del empresario por comedor o por los denominados tickets de comida no supone salario en especie, salvo en lo que se expresa en el epígrafe 2.5 del presente capítulo.

El artículo 42 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF, excluye de la retribución de salario en especie, a efectos fiscales, tanto la entrega de productos a precios rebajados en comedores como los Tickets-comida hasta un máximo de 9 euros diarios.

Otra prestación histórica en el ordenamiento laboral son los economatos de empresa, regulados por el aun vigente Decreto de 21 de marzo de 1958 y por el RD 1883/1978, de 26 de julio, obligatorio para empresas de más de 500 trabajadores/as para el disfrute de estos y sus familiares. El desmantelamiento de éstos, al entenderse condición más beneficiosa para el trabajador/a, conlleva la necesidad de indemnizar a los trabajadores/as. Es una práctica habitual sustituir la figura del economato por «vales de descuento».

Otras percepciones ofrecidas por la empresa son los Transportes Colectivos y la Guarderías de empresa.

Respecto a este tipo de prestaciones no salariales de carácter individual, hemos de resaltar las ventajas de ciertas empresas a sus trabajadores/as a la hora de consumir sus propios productos o servicios, como descuentos, transporte gratuito en empresas de transporte o préstamos en condiciones ventajosas en el sector financiero. Estas ventajas se suelen establecer mediante la negociación colectiva.

## 2.7. LÍMITES A LA FIJACIÓN DEL SALARIO

El salario se puede fijar libremente en el contrato de trabajo. Pero esta libertad de ambas partes está limitada. Así, cabe mejorar en el contrato individual de trabajo el salario establecido en Convenio Colectivo, pero nunca se podrá fijar en ese contrato una percepción inferior a la recogida en el Convenio Colectivo que sea de aplicación o, en su defecto, al Salario Mínimo Interprofesional, entendiéndose en este caso nulo el pacto entre trabajador/a y empresario en cuanto al salario, y aplicándose el estipulado en el Convenio Colectivo o norma general correspondiente.



### 2.7.1. El Salario Mínimo Interprofesional (SMI) e indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM)

Se supone que es la fijación de esa «(...) remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia (...)» que establece, como derecho de todo español, la CE en su artículo 35.1, y del que se deriva a su vez el artículo 27 del ET, aunque su reducida cuantía evidencia que su fijación responde más a criterios puramente economicistas, que a la voluntad de fijar parámetros generales de dignidad de condiciones de los trabajadores/as.

El Salario Mínimo Interprofesional para 2011 para todos los sectores de la economía, sin distinción de sexo o edad entre los trabajadores/as, ha sido fijado por el Gobierno, mediante el Real Decreto 1795/2010, de 30 de diciembre, por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional, en 21,38 euros/día o 641,40 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses, incluyéndose en estas cantidades tanto salario en dinero como en especie, y relativos a la jornada legal de cada actividad concreta, prorrateándose las jornadas inferiores.

Debemos tener en cuenta, que en la fijación del SMI por día, no se incluye la parte proporcional de domingos y festivos, de tal forma que si un trabajador/a presta sus servicios, por ejemplo sólo una semana, de lunes a sábado, habiendo devengado un descanso obligatorio (el del domingo) y por lo tanto retribuido, deberá recibir el salario día multiplicado por seis, además de un día más por el domingo devengado. Y ello sin perjuicio del resto de la liquidación que le correspondiera, tal como la parte proporcional de pagas extraordinarias o de vacaciones no disfrutadas.

La revisión del salario mínimo interprofesional, respecto a la compensación y absorción salarial (ver epígrafe del presente capítulo), no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales que viniesen percibiendo los trabajadores/as cuando tales salarios en su conjunto y en cómputo anual fuesen superiores a dicho salario mínimo. Es decir, que si el trabajador/a venía percibiendo un salario superior el aumento del SMI, no le afectará en nada, salvo que por Convenio Colectivo se pacte otra cosa.

El salario mínimo en cómputo anual que se tomará como término de comparación será el resultado de adicionar el salario mínimo fijado anteriormente más los complementos salariales, sin que en ningún caso pueda ser una cuantía anual inferior a 8.866,20 euros.

Para los eventuales y temporeros: cuando estos trabajadores/as presten sus servicios a una misma empresa por un período que no exceda de ciento veinte días, la retribución para 2010 será de 30 euros diarios.

Para los empleados/as de hogar que trabajen por horas, el salario mínimo será de 4,96 euros por hora efectivamente trabajada.

El salario mínimo interprofesional es inembargable.

El Real Decreto-ley 3/2004, de 25 junio, sustituye al SMI como referencia para el cálculo de múltiples prestaciones por el IPREM (indicador público de renta de efectos múltiples). Dicha norma deslinda los conceptos que se siguen guiando por el SMI y los que se guiarán por el IPREM:

Se mantendrá la vinculación con el salario mínimo interprofesional en los supuestos que se indican a continuación para determinar:

El salario del trabajador/a en los términos y condiciones establecidos en las normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial.

La retribución del contrato para la formación.

Las garantías, privilegios y preferencias del Salario.

Los límites de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial.



El salario correspondiente a una colocación para que ésta sea considerada adecuada a los efectos de la protección por desempleo.

El salario correspondiente a una colocación para que pueda entenderse adecuada.

La cuantía máxima del anticipo al que tiene derecho el trabajador/a que haya obtenido a su favor una sentencia en la que se condene al empresario al pago de una cantidad y contra la que se haya interpuesto recurso.

El importe de la garantía financiera que deben constituir las empresas de trabajo temporal.

La retribución de los trabajadores/as declarados en situación de incapacidad permanente parcial que se reincorporen a la empresa.

Asimismo, se mantendrá la vinculación con el salario mínimo interprofesional para determinar:

Las bases mínimas de cotización en los regímenes de la Seguridad Social.

Los requisitos de acceso y, en su caso, mantenimiento de las pensiones de viudedad, orfandad, prestaciones en favor de familiares, prestaciones familiares y por nacimiento o adopción del tercer o sucesivos hijos, así como el importe de la prestación económica por parto o adopción múltiples.

Los requisitos para el acceso y mantenimiento de las prestaciones que integran el sistema de protección por desempleo de las siguientes prestaciones: prestación por desempleo del nivel contributivo en relación con el cómputo de las rentas de los hijos para fijar las cuantías máxima y mínima de la citada prestación, el subsidio por desempleo, la renta activa de inserción para personas con especial dificultad.

Se tomará de base el IPREM para el cálculo de prestaciones en los casos no referidos anteriormente, para determinar el acceso a determinadas prestaciones.

El IPREM para el 2011 (Ley 39/2010, de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el 2011), ha quedado congelado en los mismos valores establecidos en el 2010, y con ello congeladas todas las prestaciones dependientes de este índice, resultando:

- IPREM diario: 17,75 euros
- IPREM mensual: 532,51 euros
- IPREM anual (12 pagas): 6.390,13 euros
- IPREM anual (14 pagas): 7.455,14 euros

### 2.7.2. El principio de igualdad y no discriminación

De igual forma, el principio de igualdad y no discriminación opera como otro límite a la fijación del salario, y emana de los artículos 14 y 35.1 de la Constitución española, así como de los artículos 4.2.c, 17 y 28 del ET, preceptos que específicamente declaran nulos todos los pactos, estipulaciones o decisiones del empresario, incluidas las relativas al salario, que sean discriminatorios por razones sexo, origen, estado civil, raza o etnia, orientación o identidad sexual, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos, o relación de parentesco con otros trabajadores/as en la empresa o lengua. Esto es, a trabajos equivalentes, salarios equivalentes. No obstante, al respecto de discriminación por razón de sexo, nos remitimos al Capítulo correspondiente que se desarrolla en la presente Guía.

Artículo 4.2.c del ET. derecho de los trabajadores/as a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas

políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Artículo 17 del ET. No discriminación en las relaciones laborales. *«I. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los Convenios Colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de 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/as en la empresa y lengua dentro del Estado español».*

Artículo 28 del ET. Igualdad de remuneración por razón de sexo. *«El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla».*

Debemos destacar la doctrina establecida por la que el art. 14 de la CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, al respecto de que no toda discriminación supone una vulneración del principio de igualdad y demás derechos o principios conexos; sólo vulnera estos derechos y principios, la discriminación que carece de una justificación «objetiva y razonable» (tal y como se estableció en la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 34/1984, y más recientemente STC 2/1998 y 27/2004, de tal forma que según esta sentencia **no** vulnera el principio de igualdad la diferenciación del salario atendiendo a la clase de trabajo, al rendimiento, la antigüedad (pero sólo en lo relativo al complemento personal de antigüedad), la preparación o la formación).

La STC 27/2004 plantea que ni la autonomía colectiva, ni la libertad de empresa, pueden establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo que no esté amparado en la proporcionalidad y la objetividad, y por tanto sí pueden establecerse cuando se den los requisitos de proporcionalidad y objetividad.

En tal sentido las sentencias de 12 de diciembre de 2008 y de 29 de enero de 2009, establecen que *«El principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato»* (STC 27/2004, de 4 de marzo). *No obstante, las diferencias entre trabajadores en función de la fecha de ingreso en la empresa, establecidas en convenios o acuerdos colectivos, pueden ser lícitas o ilícitas, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional (STC 2/1998, de 12 de enero, y las que en ella se citan), según estén o no basadas en una justificación objetiva y razonable. Siguiendo esta línea jurisprudencial, en el ámbito de las relaciones de trabajo, el principio de igualdad de trato en materia de salarios ha de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros principios como la autonomía de la voluntad (STC 34/1984, de 9 de marzo) o el propio principio de autonomía colectiva (STC 177/1988, de 10 de octubre). Entre los factores objetivos que justifican las diferencias de trato en materia de remuneraciones se reconocen expresamente, entre otros, los que derivan del contenido de los actos de trabajo, de la intensidad o duración del mismo, de la calidad de su realización, de los factores circunstanciales del medio de trabajo que influyen en la penosidad o peligro de su ejecución o en el esfuerzo laboral, o de las propias necesidades del trabajador».*

Respecto a la diferencia salarial entre contratos fijos y temporales, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que considera contraria al principio de igualdad la diferenciación

realizada basada en el tipo de contrato (STC 177/1993), tal y como establece el artículo 15.6 del ET. Si bien existe jurisprudencia que no considera discriminatorias diferencias retributivas por ciertos complementos vinculados a la antigüedad.

Son ejemplos de vulneración del principio de igualdad y no discriminación, el impago a los liberados sindicales del plus de asistencia o de nocturnidad (en este sentido, la STSJ Castilla y León de 6 de abril de 2003), el no aplicar a los afiliados/as de CGT, miembros del Comité de Empresa, las mejoras que sí se aplican al resto de los trabajadores/as (STSJ de Justicia de Andalucía, de 13 de diciembre de 1992), o el pagar un plus a los trabajadores/as que no ejercen su derecho a la huelga (la llamada «prima antihuelga»), según estableció, entre otras, la STSJ Madrid 23 de diciembre de 1992.

Las actuaciones empresariales que impliquen una vulneración del principio de igualdad y no discriminación, suponen una infracción muy grave, de las previstas en el artículo 8.12 y 9.2. d de la LISOS.

El artículo 8.12 de la LISOS establece que son Infracciones muy graves las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones desfavorables en razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores/as en la empresa, lenguas dentro del Estado español, o por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales. En el mismo sentido el artículo 9.2.d de la LISOS, respecto de los derechos de información y consulta de los trabajadores/as.

De igual forma, el Código Penal establece, en su artículo 311.1 que serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses *«(...) los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, Convenios Colectivos o contrato individual (...)»*.

### **2.7.2.1. La doble escala salarial**

La llamada «doble escala salarial», previsión contenida en algunos Convenios Colectivos, por la que se fijan retribuciones inferiores a los trabajadores/as de nuevo ingreso respecto de aquellos que ya estaban en la empresa. Tradicionalmente estos supuestos eran considerados ilegales por los tribunales, por entender que tal práctica era contraria al principio de igualdad y suponía un trato discriminatorio de unos trabajadores/as respecto a otros, sin que el criterio de la fecha de contratación, supusiera una justificación objetiva y razonable de distinción salarial (en este sentido, entre otras, STS de 18 de diciembre de 1997, o STSJ Castilla-La Mancha, de 28 de mayo de 1997).

Pero la doctrina en este punto ha cambiado, aceptándose ahora como acorde al principio de igualdad por parte de los tribunales la fijación de una doble escala salarial bajo el criterio de la fecha de contratación, entre otras STC 119/2002, de 20 de mayo de 2002, en la que con unos argumentos que pueden ser bastante discutibles, considera que no estamos en presencia de una discriminación por incorporarse en el Convenio Colectivo la doble escala salarial,

ya que la exigencia de igualdad retributiva no es absoluta en nuestro Derecho, pudiendo entonces fijarse una doble escala retributiva si existe una razón que la justifique, con toda la crítica que ello nos merece.

Esta doctrina del TC ha ido perfilándose en diversas resoluciones, debiendo resaltar la STSJ Cataluña, de 31 de enero de 2003, en que se determina la ilegalidad de la fijación de una doble escala salarial para los trabajadores/as en el Convenio Colectivo de Nissan España, S.A., por no responder a una justificación jurídicamente razonable. De igual forma, y a modo de ejemplo, la STS, de fecha 17 de junio de 2002, determinó la ilicitud de la doble escala salarial fijada en el Convenio Colectivo de Transportes de Viajeros de Barcelona, por no existir causas razonables que justificaran la diferenciación salarial, la falta de relación de causalidad entre la doble escala fijada y la razón de la fundamentación, así como la desproporcionalidad de las consecuencias jurídicas que conllevaría la fijación de esa diferenciación salarial.

Más recientemente, la sentencia de 15 junio 2008 dicta que *«establecer una diferencia de retribución por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es la fecha de la contratación rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores/as quiebra el principio de igualdad, si no existe una justificación suficiente que dé razón de esta desigualdad»*.

La sentencia de 12 de noviembre de 2008, en el mismo sentido que la sentencia TS de 21 de diciembre de 2007, establece como jurisprudencia de la sala que si bien es cierto que en algunas de sus sentencias vino a admitir la legalidad de cláusulas de Convenio Colectivo que establecían una doble escala salarial en función de la fecha de ingreso en la empresa del trabajador/a y, ello, en razón a una serie de circunstancias que las justificaban, en la mayoría de sus sentencias se inclina por considerar contrarias al principio de igualdad y discriminatorias, estas cláusulas en los convenios.

Por ello el mero criterio de antigüedad no justifica la doble escala salarial, que sí puede ser adoptada si complementariamente la empresa invoca un motivo que pudiera justificarlo de manera objetiva y razonable.

En síntesis, debemos estar al caso concreto, y analizar las razones y justificaciones jurídicas a las que cada doble escala salarial responda, para así valorar su legalidad o ilegalidad.

Para la Administración Pública, al no operar la autonomía de voluntad sino su pleno sometimiento a la ley, la interdicción de la arbitrariedad y la igualdad ante la ley no puede establecer diferencias de carácter salarial. Sí contempla el Tribunal Supremo que no es contraria al principio de igualdad y no discriminación la distinción que atiende al estatuto jurídico del trabajador/a entre personal laboral y funcionarios (STS 3 de febrero de 2003).

### **2.7.2.2 Diferencias por razón de género**

En el caso de las mujeres, cuando existe un salario inferior por un trabajo igual puede alegarse discriminación en razón del sexo; en este sentido el artículo 28 del ET prohíbe expresamente la discriminación salarial tanto directa como indirecta.

El problema es que en la mayoría de los casos se produce lo que llamamos «discriminación indirecta», por la que los trabajos realizados mayoritariamente por mujeres y en sectores feminizados son valorados menos que los trabajos equivalentes realizados por hombres.

El artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece sobre discriminación directa e indirecta que:

- Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.
- Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.
- En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.

El artículo 3 de esta Ley, a su vez, determina que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, es decir tanto leyes como convenios colectivos.

También plantea la Ley que mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres.

Según esta Ley, las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores/as. Haciéndose referencia expresa a la retribución en los Planes de Igualdad establecidos para las empresas de más de 250 trabajadores/as (ver capítulo 12, apartado 2, de esta Guía).

### **2.7.2.3 La condición salarial más beneficiosa**

Como anteriormente hemos hecho referencia, sí cabe fijar un salario superior al establecido por las normas generales, lo que supone la fijación de una condición más beneficiosa por parte del empresario, que si se mantiene de forma constante, acaba convirtiéndose en un derecho adquirido del trabajador/a frente al empresario, derecho que se deberá respetar.

Además de la duración, persistencia, habitualidad y regularidad en el tiempo de esta condición más beneficiosa, para consolidarse como derecho adquirido del trabajador/a frente al empresario, esa condición más beneficiosa debe ser indicativa de la voluntad de la empresa de otorgar un beneficio superior a las normas generales o convencionales establecidas con los requisitos de continuidad y consolidación (en este sentido, las SSTs de 3 de noviembre de 1992 y de 30 de diciembre de 1998 y más reciente de 4 de abril de 2007). Si posteriormente esa condición más beneficiosa se ve superada por una norma establecida mediante Convenio Colectivo, evidentemente se ha de adecuar a la norma colectiva (STSJ Canarias-Santa Cruz de Tenerife, de 28 de noviembre de 2001).

A modo de ejemplo, no son condiciones más beneficiosas, aunque persistan en el tiempo, los obsequios de navidad o análogos (STS de 21 de febrero de 1994); pero sí lo son las ayudas escolares superiores a las fijadas por el Convenio Colectivo y reiteradas en el tiempo (en este sentido, la STS de 30 de diciembre de 1998).

## 2.8. EL PRINCIPIO DE COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN

Recogido en el artículo 26.5 del ET, supone que, cuando los salarios abonados a los trabajadores/as, en su conjunto y en cómputo anual, son superiores a los fijados legalmente o en Convenio Colectivo, cuando se produzca una subida de los salarios por un Convenio Colectivo, ésta queda absorbida o compensada. Esto es, si un determinado Convenio Colectivo para 2010, fija el salario de Oficial de Primera en 1000 € al mes, y en la empresa X, S.A. los Oficiales de Primera reciben 1200 € de salario mensual, si en la actualización salarial para el 2010 aumenta esos 1000 € del salario de los Oficiales de Primera a los 1200 €, los trabajadores/as de esta categoría de la empresa X, S.A. ven neutralizado en su salario ese aumento del salario del convenio, puesto que ellos ya percibían una cantidad superior, no experimentando por tanto ninguna subida, salvo pacto en contrario. Es decir que si el trabajador/a ya cobra por encima del incremento, dicho incremento no tendrá ningún efecto sobre su salario, salvo que la negociación colectiva estipule otra cosa.

- Son necesarios dos requisitos para que se produzca esta compensación y absorción: la homogeneidad en los conceptos compensables, y que los trabajadores/as que sufren esa compensación y absorción ya vinieran disfrutando de ese salario superior en conjunto y en cómputo anual, limitándose a derechos económicos (en este sentido, las SSTs de fecha 18 de enero de 1995, 11 de noviembre de 1998, 26 de marzo de 2004 y 6 de marzo de 2007).

No obstante, tal y como se ha expuesto, es posible pactar que un complemento salarial no sea susceptible de compensación ni absorción (entre otras, STSJ Murcia, de 14 de enero de 1992).

Por otro lado, el principio de compensación y absorción también actúa sobre a las condiciones más beneficiosas, de manera que estas condiciones más beneficiosas se podrían ver neutralizadas por mejoras establecidas en Convenio Colectivo (STSJ Cataluña 10 de marzo de 2000).

## 2.9. CLÁUSULAS DE REVISIÓN SALARIAL

Se establece esta cláusula en la negociación colectiva como medida de actualización de los salarios. Suele enmarcarse en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (AINC). Comúnmente se suele fijar en base a la predicción de subida del IPC fijada por el gobierno sobre las tablas salariales del año anterior. Estas cláusulas pueden fijarse por periodos superiores al año y estar vinculadas a parámetros diferentes al IPC, como la productividad o beneficios.

Si bien debemos destacar que la nueva reforma laboral aprobada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en la modificación que realiza del artículo 82 del ET permite inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, por un periodo de hasta 3 años, cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación. Permitiendo abiertamente el descuelgue patronal de lo estipulado por la negociación colectiva en materia salarial<sup>24</sup>.

En el sector público la revisión salarial es fijada por ley, lo que no quita la incidencia de la negociación colectiva, en el ámbito de la Mesa general de Negociación de la Administración General del Estado (MENAGE), en la elaboración normativa que se concreta en las asignaciones de

24. Ver Boletín Informativo del Comité Confederal nº 129, RD 10/2010, sobre la Reforma Laboral.



los Presupuestos Generales del Estado. Concretamente en la actualidad en el acuerdo para la función pública, se ha negociado la revisión salarial 2010-2012.

El Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, aprobada al calor de la presiones de los mercados especulativos financieros en el actual escenario de crisis, ha cercenado la negociación colectiva en el ámbito del sector público. En este Real Decreto Ley el Gobierno de manera unilateral suspende con efectos del 1 de junio de 2010 el acuerdo con los Sindicatos CCOO, UGT y CSI-CSIF, en lo que respecta a la cláusula de revisión salarial de los funcionarios. Estableciéndose una reducción con carácter general para el personal al servicio del sector público de un 5% en términos anuales<sup>25</sup>.

## 2.10. PAGO DEL SALARIO

La liquidación y pago del salario se regula en el artículo 29 de ET, precepto que establece que se deberá hacer de manera puntual y documentalmente, esto es, dejando constancia mediante el correspondiente «recibo de salarios» o nómina, en la fecha y lugar convenidos, o de acuerdo a los usos y costumbres.

Según establece el artículo 29 del ET, el recibo de salarios se ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, salvo que por Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores/as, se establezca otro modelo que contenga, con la debida claridad y separación, las diferentes percepciones del trabajador/a, así como las deducciones que legalmente procedan. El modelo oficial de nómina está establecido por la OM de 27 de diciembre de 1994, BOE de 13 de enero de 1995, y se recoge en el ANEXO IX.

El parámetro temporal del salario es, como máximo, de un mes, liquidándose en el momento posterior a su término; esto es, no se podrá pactar en un contrato un salario que suponga el pago de más de un mes de trabajo.

El salario, así como el «pago delegado»<sup>26</sup> de las prestaciones de la Seguridad Social, puede efectuarlo el empresario en moneda de curso legal o mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, como, por ejemplo, mediante transferencia, pero ha de informar previamente a los representantes de los trabajadores/as.

Las comisiones, las pagas extraordinarias o la participación en beneficios pueden tener periodos de liquidación mensuales o superiores al mes.

## 2.11. ANTICIPOS

El artículo 29 del ET establece el derecho de los trabajadores/as a recibir anticipos sobre el trabajo ya prestado, (e incluso a cuenta de la revisión salarial del convenio, tal y como señaló la STS de 7 de julio de 1999).

El anticipo se limita en principio, salvo pacto en contrario, al salario mensual (STS 6 de mayo de 1994. FD 2º), descontando del mismo las cuotas de Seguridad Social que corresponden al trabajador/a.

25. Ver Boletín Informativo del Comité Confederal nº 128, RD 8/2010, sobre medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

26. El «pago delegado» supone que el empresario debe adelantar el pago de las prestaciones, sin perjuicio de que posteriormente la Seguridad Social abone al empresario la cantidad de la prestación.

En cuanto a los anticipos por trabajos futuros, están regulados en el Decreto 3084/1974, BOE de 13 de noviembre, norma que se deriva del Convenio 117 de la OIT. Estos anticipos sobre trabajos futuros se restringen a los que el empresario puede hacer a los trabajadores/as para inducirles o convencerles a la aceptación de una oferta de empleo. Estos anticipos no pueden exceder de tres meses del salario base que tenga establecido el puesto que se le ofrece al trabajador/a. La devolución por parte del trabajador/a de este anticipo por trabajos futuros, se hace deduciéndosele una cantidad del salario de cada mes; pero esta cantidad no puede superar en cada mes la sexta parte del salario base.

Algunos Convenios Colectivos establecen la posibilidad de recibir anticipos por trabajos futuros más allá de esta regulación del Decreto 3084/1974, ya sea con forma de préstamos para la adquisición de vivienda, o préstamos sin intereses para situaciones de urgencia. Debemos por tanto estar a la regulación de los anticipos por trabajos futuros que, de existir, se de en cada Convenio Colectivo.

## **2.12. CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL IMPAGO O RETRASO EN EL ABONO DEL SALARIO**

En caso de impago de salarios o de cualquier otra cantidad de dinero adeudada por el empresario, el interés por mora en el pago del salario es del 10% de lo adeudado, según establece el artículo 29.3 de ET, aunque este recargo por mora no opera de manera automática.

El plazo para reclamar judicialmente el pago de la cantidad debida al trabajador/a es de un año, reclamación que se deberá hacer primero mediante la obligatoria presentación en este plazo de la correspondiente Papeleta de Conciliación por Reclamación de Cantidad, que deberá hacerse ante el servicio de conciliación correspondiente y, en su caso, con la posterior demanda ante el Juzgado de lo Social que corresponda.

A modo de ejemplo, si nos adeudan el salario del mes de enero de 2010, y el día de cobro era el día 5 del referido mes, podremos reclamárselo al empresario, primero ante el servicio de conciliación correspondiente, y después ante el Juzgado de lo Social, hasta el día 5 de enero de 2011, incluido.

### **2.12.1. Infracciones del empresario relativas al Salario**

El artículo 6.2 de la LISOS establece como infracción leve el no entregar puntualmente al trabajador/a el «recibo de salarios» o nómina, así como no utilizar el modelo de nómina oficial o pactado. De igual forma, es infracción grave del empresario, según establece el artículo 7.3 de la LISOS, el no consignar en el «recibo de salarios» o nómina las cantidades realmente abonadas al trabajador/a. E infracción muy grave es el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario, tal y como establece el artículo 8.1 de la LISOS.

Así, además de reclamar judicialmente nuestros salarios debidos, estos incumplimientos del empresario podremos ponerlos en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante escrito dirigido a la inspección provincial correspondiente.

De esta forma, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá imponer al empresario, según establece el artículo 40.1 de la LISOS, que regula la cuantía de las sanciones por «infracciones en materia de relaciones laborales y empleo» las siguientes multas:



- por infracciones leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.
- por infracciones graves, con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.
- y por infracciones muy graves, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.

### 2.12.2. El impago del Salario como causa de extinción del contrato de trabajo

Más allá de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y de la reclamación de cantidad que se haga contra el empresario, el retraso o impago de los salarios puede ser causa de extinción por voluntad del trabajador/a, según establece el artículo 50.1.b del ET. Este artículo 50 del ET, en su apartado segundo, establece el derecho a una indemnización para el trabajador/a igual a la fijada en caso de despido improcedente, esto es, de 45 días de salario por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades.

- Ante la falta de concreción de este artículo, ha sido la jurisprudencia quien ha ido perfilando esta causa de extinción. Así, la situación de crisis o incluso suspensión de pagos en una empresa, no es justificación para el retraso o impago de los salarios, concurriendo en estos supuestos la causa de extinción por voluntad del trabajador/a (en este sentido, entre otras, la STS de 25 de enero de 1999).
- Por otro lado, el incumplimiento del pago puntual por parte del empresario ha de ser grave, esto es, no es cualquier retraso o impago el que supone causa de extinción. Así, no son causa de extinción por voluntad del trabajador/a los meros retrasos breves y esporádicos (STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2001), ni tampoco el impago de un solo mes (STS de 21 de junio de 1986). Sin embargo sí son incumplimiento grave, por ejemplo, el retraso en el pago durante diez meses (STS de 13 de julio de 1998), o el impago de las prestaciones por Incapacidad Temporal de forma grave y reiterada (STSJ Baleares, de 14 de febrero de 2001).

### 2.13. PROTECCIÓN Y GARANTÍAS DEL SALARIO

El Convenio 173 de la OIT, adoptado el 23 de junio de 1992, y ratificado por el Estado español el 16 de junio de 1995, establece la protección de los que llama «créditos laborales» en caso de insolvencia del empleador. El artículo 1 de este Convenio define «insolvencia» a los efectos que aquí interesan, como «(...) *aquellas situaciones en que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores (...)*».

La trasposición de esta protección a nuestro ordenamiento interno la hace el artículo 32 del ET, que establece que «(...) *los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca (...)*».

### 2.13.1. Privilegios del Salario

Así, en síntesis, y derivados del artículo 32 del ET, existen cuatro niveles de «privilegios»<sup>27</sup>:

- Los créditos salariales (deudas por salario) super-privilegiados (artículo 32.1 del ET), que son los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo, y hasta el doble del Salario Mínimo Interprofesional<sup>28</sup>, tienen preferencia sobre cualquier crédito, incluso sobre los que estén garantizado por prenda o hipoteca.
- Los créditos salariales (deudas por salario) con preferencia especial (artículo 32.2 del ET), que son:

Los créditos del trabajador/a sobre el empresario por el resto de salarios, tienen preferencia sobre cualquier otro crédito, respecto de los objetos elaborados por los trabajadores/as, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario. En este supuesto no existe ningún límite ni temporal ni de cantidad respecto de los salarios adeudados. Además, debe entenderse que «objetos elaborados» son tanto bienes como servicios.

Comprende tanto los «bienes muebles» como los «bienes inmuebles», siempre y cuando hayan sido elaborados por los trabajadores/as. No se incluyen los inmuebles donde se desarrolle la actividad empresarial ni la maquinaria o herramientas de trabajo, donde resultarían preferentes los créditos hipotecarios. Salvo en lo establecido en la Ley Concursal.

- Los créditos salariales (deudas por salario) singularmente privilegiados (artículo 32.3 del ET), que son:

Preferencia de los créditos salariales no protegidos en los apartados anteriores, y hasta la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI<sup>29</sup> por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los protegidos con un derecho real (por ejemplo, con hipoteca), en el supuesto de que sean preferentes con arreglo a la Ley que los regule (Ley Hipotecaria, por ejemplo). Así, estos créditos salariales son preferentes, hasta la cuantía señalada, pero después de los créditos protegidos con una garantía real, si la Ley que regula esta garantía le otorga preferencia.

Igual preferencia gozan las indemnizaciones por despido, en la cuantía correspondiente al mínimo legal, y cuya base de cálculo será, como máximo, el triple del SMI. Si en contrato individual o en Convenio Colectivo se pactó una indemnización distinta a la legal, ese plus de indemnización no goza de esta protección.

Los créditos salariales gozan de ejecución separada (artículo 32.5 del ET); esto es, el procedimiento de ejecución por los créditos de los trabajadores/as se tramita separadamente ante los Juzgados de lo Social, aunque exista un procedimiento concursal ante la Jurisdicción Civil abierto por el resto de deudores no trabajadores/as. Y la tramitación de este procedimiento concursal en vía civil, no suspende el procedimiento abierto por los trabajadores/as ante el orden social.

27. Entiéndase en este punto «privilegio» como garantía o preferencia de los trabajadores/as frente a otros deudores del empresario.

28. EL SMI para 2010 se ha fijado en 633,30 €; así, el doble del SMI es 1266,60 €

29. El triple del SMI, partiendo del SMI para 2010, son 1899,90 €.

Las prestaciones que deban satisfacer los empresarios a su cargo o las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en régimen de liquidación, tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando, al efecto, del régimen establecido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, según establece el artículo 121.2 de la LGSS.

En el caso de que la empresa se encuentre en concurso de acreedores se estará a lo establecido por la Ley Concursal (ver capítulo 14).

Según establece el artículo 32.6 del ET, el plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, que se deberá contar desde el momento en que se debió recibir el salario.

### 2.13.2. Inembargabilidad del Salario

En nuestro ordenamiento, la «inembargabilidad del salario»<sup>30</sup> supone otra fórmula de protección, establecida de forma general en el artículo 27.2 del ET, de manera que el salario, en la cuantía establecida como SMI, es inembargable, y así lo establece también el artículo 607 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

Pero aún existe otro nivel de inembargabilidad, y es respecto de los salarios o parte de los salarios, que superen el SMI, y que también gozan de cierta protección. Esta protección viene establecida en los artículos 592 y 607 de la LEC.

Así, según establece el artículo 592 de la LEC, si el acreedor y deudor (el deudor en este caso sería el trabajador/a), no hubieran pactado otra cosa, el tribunal correspondiente que ordene el embargo debe tener en cuenta, entre otras circunstancias, el menor perjuicio para el ejecutado.

Y si esto no fuera posible, el apartado segundo de este artículo 592 de la LEC establece un orden de preferencia en el embargo, en el que los sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales o mercantiles, se encuentran en el número octavo, tal como sigue:

- Dinero o cuentas corrientes de cualquier clase.
- Créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores.
- Joyas y objetos de arte.
- Rentas en dinero, cualquiera que sea su origen y la razón de su devengo.
- Intereses, rentas y frutos de toda especie.
- Bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización oficial y participaciones sociales.
- Bienes inmuebles.
- Sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.
- Créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo.

Esto es, para poder embargar un sueldo, salario o pensión, deben primero haberse embargado, si existen, todos los bienes del número 1 al 7.

30. Concepto contrario al principio general establecido en el Código Civil, por el que las personas responden con la totalidad de sus bienes tanto presentes como futuros (artículo 1911 del Código Civil).

Además, la cuantía de los salarios sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que superen el SMI son embargables, pero con las peculiaridades que siguen, tal y como establece el artículo 607.2 de la LEC. Así:

- De la cantidad de salario que exceda del SMI, hasta el doble del SMI, es embargable el 30%.
- De la cantidad de salario que excede del doble del SMI, hasta tres veces éste, es embargable el 50%.
- De la cantidad de salario que excede del triple del SMI, hasta cuatro veces de éste, es embargable el 60%.
- De la cantidad de salario que excede de cuatro veces el SMI, hasta cinco veces de éste, es embargable el 75%.
- De cualquier cantidad que exceda de cinco veces el SMI, es embargable el 90%.

Además, aún cabe reducir por parte del tribunal entre un 10% y un 15% los porcentajes vistos, y ello en atención a las cargas familiares del deudor, tal y como establece el artículo 607.4 de la LEC.

Excepción en materia de pensión de alimentos:

Hay una excepción a la inembargabilidad del salario, establecida en el artículo 608 de la LEC, y es con respecto al pago de obligaciones de alimentos (por ejemplo, en el pago de pensiones de alimentos derivadas de sentencias de separación o divorcio). En estos supuestos el tribunal fijará la cantidad a embargar del salario, sin seguir las reglas antes vistas.

El embargo sobre bienes inembargables es nulo de pleno derecho, se podrá denunciar esta nulidad ante el tribunal mediante los recursos ordinarios o por simple comparecencia ante el tribunal si no se hubiera personado en la ejecución ni deseara hacerlo como establece el artículo 609 LEC.

## 2.14. EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA)

### 2.14.1. ¿Qué es el FOGASA?

Es otra de las garantías sobre el salario, establecida en el artículo 33 del ET para salvaguardar el derecho de los trabajadores/as a percibir los salarios e indemnizaciones pendientes, en los supuestos en los que el empresario no pueda hacerse cargo del pago, ya sea por insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores. Se desarrolla esta institución, además de en el artículo 33 del ET, en el *Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial*.

Se trata de un fondo público destinado a garantizar la percepción de salarios adeudados e indemnizaciones insatisfechas derivadas del incumplimiento empresarial, a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios y fuerza mayor, en la cuantía, forma y con los límites previstos tal y como se analizará seguidamente. Es un Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo.

El FOGASA se financia fundamentalmente de las cotizaciones efectuadas por los empresarios, tanto públicos como privados, que empleen trabajadores/as por cuenta ajena.

### 2.14.2. Percepciones salariales e indemnizaciones cubiertas por el FOGASA

Según establece este artículo 33 del ET, se consideran salarios a efectos del pago por el FOGASA, las cantidades reconocidas como tal en acto de conciliación o en resolución judicial (ya sea auto o sentencia), por los conceptos de trabajo efectivo y periodos de descanso computables como trabajo, debiéndose incluir también las partes proporcionales de las pagas extraordinarias (en este sentido, la STS de 16 de mayo de 1995). Debe pagar el FOGASA también los salarios de tramitación, cuando legalmente procedan.

- El límite total de los salarios que puede abonar el FOGASA lo fija el artículo 33 del ET en el triple del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento cincuenta días.
- En cuanto a las indemnizaciones, para que sean abonadas por el FOGASA, debe concurrir que hayan sido motivadas por sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores/as, por:
  - Despido disciplinario calificado de improcedente o nulo.
  - Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador/a basada en causa establecida en el art. 50 ET.
  - En supuestos de despido colectivo (art.51 ET y 64 de la Ley Concursal)
  - Extinción o despido por causas objetivas del art. 52 del ET.
  - Extinciones de contratos temporales o de duración determinada.

El límite de las indemnizaciones que abona el FOGASA, es de una anualidad de salario, sin que el salario diario para su cálculo pueda superar en ningún caso el triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Además, existen determinadas particularidades:

- En el caso de indemnizaciones derivadas de extinciones por voluntad del trabajador/a del artículo 50 del ET o despido, en vez de una indemnización correspondiente a la del despido improcedente, se limita a una indemnización de treinta días por año de servicio, con el límite arriba fijado.
- En el caso de extinciones de contratos por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, la cuantía de la indemnización establecida legalmente será de veinte días de salario por año de servicio.
- En el caso de empresas con menos de veinticinco trabajadores/as, la indemnización que abona el FOGASA es el 40% de la indemnización legal que le correspondiera al trabajador/a, si la extinción del contrato ha sido causa de un despido colectivo del regulado en el artículo 51 del ET, o por despido objetivo del artículo 52 del ET y el artículo 64 de la Ley. En estos supuestos también entran en juego los límites del triple del SMI diario para calcular la indemnización, y el límite de ésta en una anualidad. El empresario no debe acreditar en este caso la situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores; y a su vez, debe hacerse cargo del 60% restante de la indemnización legal que correspondiera a cada trabajador/a. Es decir, el FOGASA paga el 40% de la indemnización, pero el empresario responde del 60% restante. En caso de una posterior insolvencia del empresario, respecto de este 60%, el FOGASA debe hacerse cargo del pago, previo expediente de insolvencia.

- En la nueva reforma laboral, este supuesto se ha visto ampliado por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 35/2010, que establece para los nuevos contratos de Fomento de la Contratación Indefinida y para los contratos de carácter indefinido ordinarios celebrados con posterioridad al 18 de junio de 2010, que una parte de la indemnización que corresponda al trabajador/a será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. No siendo de aplicación en este supuesto el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias
- En los casos de extinción del contrato de trabajo por «fuerza mayor», supuesto regulado en los artículos 51.12 del ET y 17 del RD 505/1985<sup>31</sup>, cuando la autoridad laboral constate esta situación del empresario, podrá acordar que todo o parte de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores/as por la extinción de sus contratos, sea abonada por el FOGASA. En este supuesto tampoco es necesario que el empresario acredite que está en situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores. Es decir, queda a criterio de la autoridad laboral, definir si existe «fuerza mayor» y si paga el FOGASA todo o parte de la indemnización a los trabajadores/as. Recuérdese a su vez, que el límite en todo caso de la indemnización que abona el FOGASA en estos supuestos de «fuerza mayor», es de veinte días de salario por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año (artículo 19.1 del RD 505/1985); y el salario, recordamos también, tiene el límite del triple del SMI, a los efectos del cálculo de la indemnización.
- Si la actividad del trabajador/a en la empresa fuera la intervención en operaciones mercantiles, es decir los representantes de comercio, el límite para el cálculo de las indemnizaciones que debiera abonar el FOGASA es del SMI, y no de su doble. Si los representantes de comercio trabajan para dos o más empresarios, el límite máximo de la prestación que abona el FOGASA será la que resulte de dividir el importe total de la indemnización que le correspondiera según los apartados anteriores, por el número de empresarios para los que trabaje.

31. Artículo 51.12 del ET. La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores/as afectados, previo expediente tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado.

El expediente se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores/as, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del expediente.

La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, y surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.

La autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores/as afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario.

Artículo 17 RD 505/1985. Fuerza mayor. En los supuestos de indemnizaciones reconocidas a los trabajadores/as por la extinción de sus contratos de trabajo a causa de fuerza mayor, ya sean aquellas normales o reducidas, el Fondo de Garantía Salarial abonará las prestaciones correspondientes, sin necesidad de previa declaración de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso, siempre que la resolución de la autoridad laboral acuerde expresamente la exoneración del empresario. Cuando la resolución administrativa que autoriza la extinción de los contratos de trabajo no acuerde expresamente la exoneración del empresario, para que el Fondo de Garantía Salarial abone las prestaciones correspondientes será necesario acreditar la situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso del mismo. En ambos casos, el Fondo de Garantía Salarial se subroga frente al empresario por el importe de las prestaciones satisfechas.

En los procedimientos concursales, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el Juez citará al Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones. El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente.

#### NOTAS IMPORTANTES:

El Fondo de Garantía Salarial no puede llegar a ningún tipo de acuerdo en conciliación, ni administrativa ni judicial.

El *Fondo de Garantía Salarial no se hace cargo del pago de indemnizaciones reconocidas en conciliación*, ya sea la conciliación celebrada ante el servicio de mediación y conciliación correspondiente, como la celebrada en sede del Juzgado de lo Social antes del Acto del Juicio (en este sentido, entre otras, Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 1999). Existe una excepción, y son los acuerdos derivados de un Expediente de Regulación de Empleo, de los que sí se hace cargo FOGASA en caso de insolvencia del empresario, pero con los límites vistos.

Esto tiene su aplicación práctica en que, si en el Acto de Conciliación ante el servicio de mediación o Juzgado de lo Social correspondiente llegamos a un acuerdo con el empresario, y posteriormente el empresario incumple lo acordado y no abona las cantidades pactadas resultando insolvente, el FOGASA *no* va a abonar cantidad alguna al trabajador/a, con el consiguiente perjuicio para éste, que no cobrará ni del empresario ni del FOGASA.

En definitiva, en los actos de conciliación, ya sea ante el servicio de mediación como ante el Juzgado de lo Social que corresponda, sólo llegaremos a un acuerdo si se ha efectuado *con antelación* el pago de lo pactado en efectivo o en transferencia bancaria, de manera que podamos comprobar que realmente el empresario ha cumplido; pero no aceptaremos pagos futuros, por cercanos en el tiempo que se nos ofrezcan, ni cheques o talones, excepto si son cheques bancarios o talones conformados. Se trata de asegurar el cobro de lo pactado antes de la firma del acuerdo.

### 2.14.3. Financiación del FOGASA

Según establece el artículo 33.5 del ET, el Fondo de Garantía Salarial se financiará con las aportaciones efectuadas por los empresarios.

El tipo de cotización se fijará por el Gobierno sobre los salarios que sirvan de base para el cálculo de la cotización para atender las contingencias derivadas de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y desempleo en el Sistema de la Seguridad Social.

De igual forma, el artículo 3 del RD 505/1985, amplía estos recursos más allá de las cotizaciones de los empresarios públicos o privados que empleen trabajadores/as por cuenta ajena, a:

- Las cantidades obtenidas por la subrogación del FOGASA en créditos sobre los empresarios insolventes.
- Las rentas y frutos de su patrimonio o del patrimonio del Estado adscrito al FOGASA.
- La venta de publicaciones.
- Las consignaciones o transferencias que puedan fijarse en los presupuestos generales del Estado a favor del FOGASA
- Y cualesquiera otros previstos en la leyes.



Además de los empresarios, entendiéndose como empresarios los recogidos en el artículo 1.2 del ET, en relación al artículo 1.1 también del ET<sup>32</sup>, están obligados a cotizar para el sostenimiento del FOGASA, las CCAA respecto de sus trabajadores/as por cuenta ajena (STS, de 28 de octubre de 1998), las empresas con personal de alta dirección, los clubes y entidades deportivas por lo deportistas profesionales y los Centros Especiales de Empleo, entre otros.

#### 2.14.4. Tramitación de expedientes ante el FOGASA

El plazo de solicitud de las prestaciones garantizadas por el FOGASA es de un año (artículo 33.7 del ET y 21 del RD 505/1985), contado desde la fecha del acto de conciliación, sentencia, o resolución de la autoridad laboral, en la que se reconozcan los salarios o se fijen las indemnizaciones.

Pese a que el ET y el RD 505/1985 fijan el cómputo del año desde el acto de conciliación o sentencia, la jurisprudencia, entre otras en Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1996, fija este plazo a contar desde el auto de insolvencia, ya que en la mayoría de los supuestos en los que responde el FOGASA, es desde la insolvencia del empresario cuando surge su obligación de pagar al trabajador/a.

La solicitud debe presentarse en modelo oficial, dentro del plazo visto, y preferentemente ante la Unidad Administrativa del FOGASA de cada provincia, pues así la tramitación irá más rápida; pero se puede presentar ante cualquier otro órgano de la Administración General del Estado o de las CCAA, además de por correo. Si los trabajadores/as solicitantes están en el extranjero, podrá presentarse la solicitud ante la representación diplomática o consular del Estado español en el país correspondiente.

#### VER ANEXO VIII.

#### (MODELO OFICIAL DE SOLICITUD DE PRESTACIONES AL FOGASA)

Respecto a la documentación que se debe adjuntar al modelo oficial es la siguiente, depende de cada provincia, pero en líneas generales es la siguiente:

- Dos fotocopia del DNI y una de la tarjeta de la Seguridad Social del solicitante.
- Informe de Vida Laboral emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social, así como fotocopia del mismo.
- Si se solicitan salarios, es necesario aportar el acta de conciliación o testimonio de la sentencia del Juzgado de lo Social que los fije.
- Si lo que se pretende es el pago por parte del FOGASA de indemnizaciones, se debe aportar testimonio de la sentencia o la resolución administrativa que autorice la extinción del contrato de trabajo, además, en este último caso, de tener que aportarse el acta de conciliación o resolución judicial donde se concrete la indemnización.

32. «Artículo 1. *Ámbito de aplicación.* 1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores/as que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. 2. A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.»



- Se debe adjuntar también testimonio del auto o resolución donde conste la extinción de la relación laboral.
- En el caso indemnizaciones por extinciones por causas objetivas, se deberá aportar la carta de despido objetivo y la resolución judicial que cuantifica la indemnización.
- Testimonio del auto de insolvencia, si ha habido ejecución en vía laboral.
- En caso de haber existido procedimiento concursal, es necesario aportar testimonio del auto que admite a trámite la suspensión de pagos, o del auto que declara la suspensión de pagos, quiebra o concurso, así como la certificación de inclusión de los créditos de los trabajadores/as en la lista de acreedores o su reconocimiento como deudas de la masa.

#### **2.14.5. Plazo para solicitar el pago por el FOGASA**

El plazo será de un año desde la fecha en que se haya celebrado el acto de conciliación, se haya dictado sentencia, resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria.

El plazo se interrumpe por la solicitud de ejecución o de reconocimiento de créditos en el marco de un concurso de acreedores.

Para solicitar la ejecución de sentencias de Juzgados de lo Social que condenen al pago de cantidades, el plazo es de 3 meses ante el Juzgado correspondiente.

### **2.15. RETENCIONES E INGRESOS A CUENTA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS**

Las percepciones que reciben los trabajadores/as por su trabajo, están sujetas a las correspondientes retenciones y pagos a cuenta del IRPF, que debe hacer el empresario. Esto no quiere decir que sea el empresario quien corra con las retenciones y pagos a cuenta, sino que, del sueldo del trabajador/a, detrae la cantidad correspondiente y lo ingresa en las arcas del Tesoro Público.

En consecuencia, el empresario está obligado también a entregar al trabajador/a la certificación de las retenciones e ingresos a cuenta que le haya practicado, a efectos de poder realizar la declaración de IRPF.

No todas las rentas del trabajo están sujetas a tributación.

Son rentas exentas, es decir no tributan, entre otras:

- Las prestaciones por incapacidad permanente absoluta y las prestaciones por gran invalidez, cualquiera que sea su causa (enfermedad común o accidente o enfermedad profesional).
- Las indemnizaciones por despido en su cuantía legalmente establecida.
- Pensiones de orfandad y prestaciones por nacimiento y adopción.
- Las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único establecida en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, con el límite de 12.020 euros.
- las dietas o los gastos de viaje hasta el límite reglamentario establecido.

Reducciones a la tributación en función de la cuantía del rendimiento laboral:

- El rendimiento neto del trabajo se reducirá en las siguientes cuantías:
  - Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo iguales o inferiores a 9.180 euros: 4.080 euros anuales.
  - Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo comprendidos entre 9.180,01 y 13.260 euros: 4.080 euros menos el resultado de multiplicar por 0,35 la diferencia entre el rendimiento del trabajo y 9.180 euros anuales.
  - Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo superiores a 13.260 euros o con rentas, excluidas las exentas, distintas de las del trabajo superiores a 6.500 euros: 2.652 euros anuales.
- Se incrementará en un 100 % el importe de la reducción prevista en el apartado 1 de este artículo, en los siguientes supuestos:
  - Trabajadores/as activos mayores de 65 años que continúen o prolonguen la actividad laboral, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.
  - Contribuyentes desempleados/as inscritos en la oficina de empleo que acepten un puesto de trabajo que exija el traslado de su residencia habitual a un nuevo municipio, en las condiciones que reglamentariamente se determinen. Este incremento se aplicará en el periodo impositivo en el que se produzca el cambio de residencia y en el siguiente.

Adicionalmente, las personas con discapacidad que obtengan rendimientos del trabajo como trabajadores/as activos podrán minorar el rendimiento neto del trabajo en 3.264 euros anuales.

Dicha reducción será de 7.242 euros anuales, para las personas con discapacidad que siendo trabajadores/as activos acrediten necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de minusvalía igual o superior al 65 %.

Como consecuencia de la aplicación de las reducciones previstas en este artículo, el saldo resultante no podrá ser negativo.

Además de las rentas exentas que ya se han comentado, en función de la cuantía, están exentas de retención según establece el artículo 81 del RD 439/2007, modificado por el RD 2004/2009, las rentas que no superen los siguientes importes:

**Cuadro n<sup>o</sup>21**

Situación del contribuyente.	Número de hijos y otros descendientes.		
	0	1	2 ó más
1ª Contribuyente soltero, viudo, divorciado o separado legalmente.	-	13.662 €	15.617€
2ª Contribuyente cuyo cónyuge no obtenga rentas superiores a 1.500 euros anuales, excluidas las exentas.	13.335€	14.774 €	16.952 €
3ª Otras situaciones.	11.162 €	11.888 €	12.519 €

Debemos puntualizar el concepto de «situación del contribuyente». Esta «situación» podrá ser una de las tres siguientes:

- Contribuyente soltero, viudo, divorciado o separado legalmente. Se trata del contribuyente soltero, viudo, divorciado o separado legalmente con descendientes.
- Contribuyente casado, y no separado legalmente, que no obtenga rentas superiores a

1.500 €, excluidas las rentas, y cuyo cónyuge no obtenga rentas anuales superiores a 1.500 €, excluidas las exentas.

- Otras situaciones, que incluye las siguientes:
  - El contribuyente casado, y no separado legalmente, cuyo cónyuge obtenga rentas superiores a 1.500 €, excluidas las exentas.
  - El contribuyente soltero, viudo, divorciado o separado legalmente, sin descendientes o con descendientes a su cargo
  - Los contribuyentes que no manifiesten estar en ninguna de las situaciones 1 y 2 anteriores.

Las pensiones también están sujetas a retención, pero los importes exentos de la misma según el cuadro se incrementan en 600 € en el caso de pensiones o haberes pasivos del régimen de Seguridad Social y de Clases Pasivas, y en 1.200 € para prestaciones o subsidios por desempleo.

### VER ANEXO IX. (MODELO DE NÓMINA)

#### 2.16. LIQUIDACIÓN, SALDO Y FINIQUITO

Tal y como establece el artículo 49.2 del ET, el empresario, al comunicar o preavisar al trabajador/a la extinción de su contrato de trabajo, debe acompañar una «propuesta» de liquidación de las cantidades que debiera al trabajador/a.

- Las cantidades adeudadas lo pueden ser por conceptos tales como salarios pendientes de cobro, parte proporcionales de las pagas extraordinarias devengadas y no cobradas, o como el pago de las vacaciones no disfrutadas.

Además, y de acuerdo a lo recogido en el artículo 49.1.c del ET, a la finalización de los contratos de duración determinada y por obra y servicio determinado, excepto los contratos de inserción, interinidad y formación, el trabajador/a tiene derecho a una indemnización de ocho días de salario por cada año de contrato. No obstante, esta indemnización puede ser mejorada por Convenio Colectivo.

- El documento en el que se plasma la Liquidación, se llama Finiquito. En este documento deben estar correctamente consignados todos los conceptos y cantidades debidas.
- Las consecuencias de la firma del Finiquito por parte del trabajador/a son determinantes, por lo que si se firma este documento, y salvo opiniones y Sentencias en otra dirección, estamos dando por buena la oferta del empresario, y renunciando a cualquier tipo de reclamación posterior que nos correspondiera. Reclamar después de la firma del finiquito, porque entendamos que la liquidación no estaba correctamente hecha, o faltaban conceptos, puede ser complicado, salvo excepciones, que para evitar de confusiones no recogemos en esta Guía. Ante todo, recomendamos solicitar copia de la propuesta de finiquito, y consultar con los respectivos Gabinetes Jurídicos de la CGT; y si debemos cobrar por necesidad la cantidad ofrecida, en todo caso, debemos firmar con nombre y fecha y siempre con la reseña «no conforme».

Determinados Convenios Colectivos, establecen un modelo de Finiquito, modelo que el empresario habrá de usar, si pretende que tenga efectos liquidatorios y liberadores.

### 3. TIEMPO DE TRABAJO. JORNADA DE TRABAJO

#### **Legislación aplicable:**

*Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Estatuto de los Trabajadores, en especial su Título II, artículos 34, 35, 36 y 37.*

*Real Decreto 1561/1995 sobre jornadas especiales, modificado por el Real Decreto 285/2002 en lo relativo al trabajo en la mar.*

*Real Decreto 2001/1983 sobre jornadas especiales (derogado prácticamente en su totalidad por el RD 1561/1995, excepto en lo relativo a fiestas laborales)*

La Directiva europea sobre ordenación del tiempo de trabajo es una pieza más de las nuevas maneras de gestionar la mano de obra, dentro del puzzle que supone la globalización y la descentralización productiva.

Las luchas del movimiento obrero sobre la utilización del tiempo, el de trabajo, el relacional y el de descanso, parecen ahora sacadas de propuestas innovadoras, a la vista de lo que ha llovido.

Es absolutamente paradójico que en una sociedad con un discurso de «progreso» y «desarrollo» se esté defendiendo la jornada máxima de 48 horas a niveles europeos (Directiva 2003/88/CE), sobre la misma base que en su día movilizó a la fuerza de trabajo: mejora destinada a proteger la salud y la seguridad de la población trabajadora y por el contrario sólo se actúe para facilitar a los estados miembros las mejores condiciones productivas en esa feroz competencia en la cual se encuentra el capitalismo.

La concepción del tiempo es lo que subyace detrás de este conflicto. Desde el momento que el agricultor contrata servicios, éste sólo tiene una preocupación, que el subalterno no pierda el tiempo. La Revolución Industrial con la producción en masa y en serie, lleva a cronometrar el tiempo y en consecuencia racionalizarlo. La lógica es la misma pero más eficiente, que el productor no pierda el tiempo, asociando el tiempo de no trabajo con pérdida de tiempo (el taylorismo es la quinta esencia del disciplinamiento de la clase obrera, traspasando los muros de las fábricas para hacer que en la vida diaria social, familiar, cotidiana, el productor interiorice esa racionalidad del tiempo con la filosofía moral más puritana: el tiempo de no trabajo es una pérdida de tiempo.

El éxito de este proceso de «reeducación» o aculturización que ha llevado a colocar el tiempo de trabajo en el centro del proyecto de vida social y además en la fuente de prestigio y consideración social (la cultura del éxito), es el grave fracaso de millones de personas asalariadas, no sólo en sus trabajos, sino en sus proyectos de vida.

Los sistemas actuales de gestión de la fuerza de trabajo, la descentralización productiva y los procesos de globalización, requieren de la innata concepción del tiempo (el tiempo de no dedicación al trabajo es una pérdida de tiempo), pero llevado al paroxismo: hoy el tiempo íntegro del trabajador, asalariado y ciudadano es de «absoluta disponibilidad para el empleo» y el empleo requiere de dicho tiempo de manera flexible, tanto en intensidad, como en extensión (mayor jornada laboral).

La normativa laboral se ha ido constituyendo en su regulación del tiempo de trabajo en función de los cambios del modelo de producción. Por ejemplo tiempos de trabajo, su reordenación y flexibilidad para posibilitar la producción internacional de las empresas españolas o que operen en los mercados internacionales (distribución irregular de la jornada, intensificación del tiempo de trabajo, turnos de trabajo de fin de semana, cuartos turnos, bolsas de horas, etc.).

El nuevo modo de producción posfordista, tiene su cenit en los denominados sistemas de producción sobre demanda, los famosos sistemas de justo a tiempo, que son adaptaciones del tiempo de producción a las demandas de los mercados donde se insertan las empresas. Estos sistemas son perversos porque actúan no sólo sobre el tiempo global (lo cuantitativo), sino sobre la conciencia individual del trabajador (lo cualitativo) el cual asume que tiene una obligación propia con respecto al tiempo dedicado a la empresa.

Esta vertiente cualitativa extiende la subordinación del trabajador concreto, el cual asume que su flexibilidad es necesaria para la continuidad de la empresa y en consecuencia de su empleo y, de esta manera no percibe que en esa intercambiabilidad, el pierde siempre. Los artículos 39 y 41 del Estatuto de los Trabajadores llevan al infinito las posibilidades empresariales de la variación de sus funciones.

El artículo 34.1 Ley ET establece la jornada en 40 horas semanales de promedio en cómputo anual, pero el 34.2 Ley ET, introduce la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de trabajo. Al tomarse como cómputo el año, la irregularidad y flexibilidad en la jornada, compensa todos los efectos ya mencionados en las conclusiones sobre el tiempo de trabajo en la UE.

### 3.1. CONCEPTO DE JORNADA

Es el tiempo de trabajo que, computado en días, semanas, o años, ha de dedicar el trabajador/a a la realización de la actividad para la que ha sido contratado. Hay que distinguir entre:

- La jornada ordinaria aplicable a la generalidad de los trabajadores/as.
- Las jornadas especiales que rigen sectores, actividades o trabajos específicos.
- La jornada extraordinaria, entendiéndose por tal aquella que excede la jornada ordinaria.

#### 3.1.1. Jornada Ordinaria. Ámbito de aplicación y duración

Afecta a todos los trabajadores/as por cuenta ajena, excepto a los que se consideran relaciones laborales especiales y a los contratos de trabajo a domicilio. Tampoco quedan afectados por este régimen aquellos trabajos para los que se establecen jornadas especiales, respecto de los cuales sólo se aplica el régimen general del ET, en cuanto no se opongan a lo establecido en su regulación especial.

La jornada determina el número de horas que el trabajador/a debe prestar trabajo efectivo, por lo que si el horario establecido impide el cumplimiento total de la jornada exigible, el empresario podrá exigir dicho cumplimiento<sup>33</sup>, salvo que legal, convencionalmente o mediante pacto se hubiera establecido lo contrario.

La duración es la pactada en los Convenios Colectivos o en los contratos de trabajo, siendo la duración máxima de la jornada ordinaria de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual<sup>34</sup>. Lógicamente, la jornada pactada contractualmente no podrá ser superior a la fijada en convenio, aunque sí cabe pactar jornadas inferiores.

El límite de las cuarenta horas es un tope de duración semanal, que no impide una distribución irregular de la jornada anual. Se puede trabajar durante una semana más de cuarenta horas ordinarias,

33. STS de 19-2-2001.

34. La jornada máxima anual es de 1.826 horas y 27 minutos de trabajo (promedio de 40 horas semanales con descuento de las vacaciones, los descansos semanales anuales y los festivos).

siempre y cuando se compense ese exceso con otras semanas en las que se trabaje menor número de horas, de modo que el promedio anual sea inferior a las mencionadas cuarenta horas semanales<sup>35</sup>.

No se establece ningún máximo concreto en cómputo semanal que comprenda el total de horas ordinarias y extraordinarias a realizar dentro del citado cómputo semanal. Así, nada impide la realización de jornadas en las que, por ejemplo, se realicen nueve horas ordinarias y tres extraordinarias durante cinco días a la semana. Naturalmente posteriormente se habrán de compensar con jornadas en las que la carga horaria sea menor.

Se presume que la jornada es a tiempo completo<sup>36</sup>.

La reducción de la jornada ordinaria máxima de trabajo, no debe afectar a los trabajadores/as contratados a tiempo parcial, que tienen derecho a mantener en sus estrictos términos la jornada pactada en tiempo real de trabajo, aunque ello altere su porcentaje respecto de la ordinaria, lo que es irrelevante salvo para el abono de los salarios que deben ser proporcionales a los fijados para los trabajadores/as a tiempo completo<sup>37</sup>.

El establecimiento de una reducción de jornada para el colectivo de trabajadores/as no afecta a la jornada reducida que, como condición más beneficiosa particular, se venga disfrutando por uno de ellos<sup>38</sup>.

### 3.1.2. Distribución del tiempo de trabajo

La regla general es la de la libertad de las partes. Es mediante contrato, o mediante Convenio Colectivo, como se concretan los períodos ordinarios de trabajo y de descanso. Sirven para ello distintos parámetros:

- Jornada anual: a través de los Convenios Colectivos, o en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores/as, se pueden regular jornadas anuales respetando los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley. Se excepcionan a este límite las actividades con jornada ampliada o trabajo a turnos.
- Jornada semanal: la duración semanal del trabajo efectivo no puede exceder de cuarenta horas de promedio en cómputo anual, respetándose en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley.
- Jornada diaria: no puede superar las nueve horas, salvo que por Convenio Colectivo o en su defecto por pacto entre el empresario y los representantes de los trabajadores/as se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso mínimo entre jornadas. Los menores de 18 años no pueden realizar más de 8 horas diarias de trabajo efectivo incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a formación, y si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos. El límite de las nueve horas diarias solo puede superarse mediante Negociación Colectiva, nunca mediante pacto, acuerdo o contrato individual.

35. La Directiva 93/104 CE del Consejo exigía a los Estados miembros que adoptaran las oportunas medidas para que la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las extraordinarias, por cada período de 7 días. El artículo 1.6.2 de la Directiva posibilita que los Estados puedan establecer un período de referencia de hasta 4 meses, por lo que la exigencia de la Directiva se extiende hasta los 4 meses.

36. STSJ de Cataluña de 29-10-1996

37. STSJ País Vasco de 7-5-2002

38. STSJ País Vasco de 19-2-2002

### 3.1.3. Descanso entre jornadas

Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, deben transcurrir como mínimo doce horas, aunque para las jornadas especiales pueden establecerse diferentes períodos de descanso.

Este período tiene que ser respetado en la distribución de la jornada diaria que por pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores/as se fije, al ser un límite de derecho absoluto e indisponible por las partes.

### 3.1.4. Descansos semanales, fiestas y permisos

Los trabajadores/as tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes, y el día completo del domingo.

Mediante la Negociación Colectiva, acuerdo de empresa o contrato de trabajo, o por voluntad del empresario, se puede acumular el día y medio de descanso en tres días a las dos semanas<sup>39</sup>. Este período puede reducirse pero no ampliarse, salvo que reglamentariamente se establezca lo contrario<sup>40</sup>.

El hecho de que el ET establezca que el disfrute en los términos comentados, lo es «con carácter general», implica que se puedan establecer excepciones a dicha regla<sup>41</sup>. Así, el descanso de día y medio se constituye como un mínimo, por lo que puede ser mejorado por convenio, acuerdo de empresa o contrato de trabajo.

Cabe la posibilidad de que se consolide como derecho adquirido las mejoras en el disfrute del descanso semanal<sup>42</sup>.

Los descansos semanales deberán disfrutarse necesariamente, salvo que se deba a la necesidad de prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes; a diferencia de las fiestas laborales, que sólo podrán trabajarse de modo excepcional, cuando concurren causas técnicas u organizativas. Así, sólo podrá impedirse el descanso semanal de los trabajadores/as, cuando concurren circunstancias de fuerza mayor, en caso contrario el empresario no podrá imponerle al trabajador/a que trabaje salvo que existan acuerdos al respecto.

En los supuestos en los que el trabajador/a hubiera trabajado durante el descanso semanal, existiendo acuerdo entre las partes, se pagarán las horas trabajadas mediante precio o descanso que las partes hubieran acordado, y en su defecto del mismo modo que las horas extras. De no haber acuerdo, imponiéndose el trabajo en descanso por razones de fuerza mayor, las horas se retribuirán como horas ordinarias o se podrán compensar por tiempos equivalentes de descanso retribuido.

Las fiestas laborales son catorce al año, de las cuales dos serán locales<sup>43</sup>. Deben ser retribuidas y no son recuperables. Han de respetarse como fiestas de ámbito nacional las siguientes:

- Navidad
- Año Nuevo
- Primero de mayo como Fiesta del Trabajo
- Doce de octubre, como fiesta Nacional

39. Trabajar 11 días y descansar 3 cada 14

40. El artículo 6 del RD 1561/1995 de 21 de septiembre, permite acumular el medio de descanso semanal en períodos de cuatro semanas en los sectores del comercio y hostelería.

41. Sobre descanso dominical en general, STC de 13 de febrero de 1985.

42. STSJ de Canarias de 3-10-1999.

43. Han de coincidir con la localidad donde se encuentre el centro de trabajo, no de la localidad en la que viva la mayor parte de la plantilla, al ser un derecho indisponible (STSJ de Madrid de 22-9-1999).

El Gobierno puede trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana, trasladando en todo caso al lunes inmediatamente posterior las fiestas que caigan en domingo.

Las Comunidades Autónomas, dentro del límite de los catorce días festivos anuales, podrán señalar fiestas propias, sustituyendo las de ámbito nacional que reglamentariamente se establezcan y que lógicamente no podrán coincidir con las que han de respetarse de ámbito nacional.

Si alguna Comunidad Autónoma no pudiera establecer una de sus fiestas tradicionales, por no coincidir en domingo un suficiente número de fiestas nacionales podrá añadir una fiesta más, que tendrá el carácter de recuperable.

Aunque el disfrute de las fiestas es obligatorio, puede existir la obligación de trabajarlas cuando el empresario alegue causas técnicas u organizativas.

### 3.2. CALENDARIO LABORAL

Cada año la empresa elaborará el calendario laboral, debiendo exponer un ejemplar del mismo en un lugar visible del centro de trabajo. Es una atribución del empresario, por lo que si no llega a un acuerdo con los representantes de los trabajadores/as, decidirá según su criterio<sup>44</sup>.

Debe reflejar la jornadas ordinarias, sin que sea obligatorio que refleje las especiales<sup>45</sup>, y no puede modificar acuerdos fijados mediante convenio.

### 3.3. CÓMPUTO DEL TIEMPO DE TRABAJO

El tiempo de trabajo diario se computa de modo que, tanto al inicio como al final de la jornada, el trabajador/a se encuentre en su puesto de trabajo. Hay que diferenciar la jornada del tiempo efectivo de trabajo, lo que hace necesario determinar cuándo empieza la jornada y cuándo termina, y de ese total de tiempo, cuál es el considerado como trabajo efectivo. Así, hay que distinguir:

- El trabajo efectivo es el realizado, desde la llegada hasta el abandono del puesto de trabajo.
- El tiempo que el trabajador/a no realiza trabajo efectivo, sino que se limita a permanecer a disposición del empresario, a la expectativa de desarrollar su actividad laboral, es tiempo de disponibilidad. Los supuestos determinados como tiempo de presencia o disponibilidad se determinan mediante negociación colectiva.
- Si el horario se anticipa para realizar en otro lugar la prestación, o si la realización de la jornada ordinaria se prolonga por desplazamiento desde el centro de trabajo al lugar de la prestación y viceversa este tiempo es de trabajo y debe remunerarse como extraordinario y no a prorrata.

Se considera dentro de la jornada:

- El tiempo empleado en reconocimientos médicos previos o periódicos<sup>46</sup>.
- Tareas previas al inicio como encendido de motores.

44. STS de 8-6-1994.

45. Sentencia de la Audiencia Nacional de 19-6-2001.

46. Los relativos al deber de garantizar la vigilancia periódica de la salud de los trabajadores/as por parte de la empresa, en función de los riesgos propios trabajo.



- El de limpieza para trabajadores/as sometidos a riesgos como consecuencia de la insalubridad de la actividad.
- El empleado en recoger y dejar el arma en el sector de vigilancia y seguridad.

No se considera tiempo de trabajo:

- El tiempo invertido por el trabajador/a para cambiarse la ropa.
- El empleado en el transporte al trabajo.
- El de traslado desde la recepción, o los garajes de la empresa al puesto de trabajo.
- El necesario para fichar.

### 3.4. TRABAJO NOCTURNO

Se considera trabajo nocturno el que se realiza entre las diez de la noche y las seis de la mañana, debiendo informar el empresario que regularmente recurra a la realización de trabajo nocturno a la Autoridad Laboral<sup>47</sup>.

La jornada nocturna de los trabajadores/as nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un periodo de referencia de quince días. Los trabajadores/as que realicen jornadas nocturnas no podrán realizar horas extrasordinarias<sup>48</sup>. Los menores de dieciocho años no pueden hacer trabajo nocturno<sup>49</sup>.

Se considera trabajador/a nocturno:

- Al trabajador/a que realiza normalmente en período nocturno por lo menos 3 horas de su jornada diaria de trabajo.
- Al trabajador/a que se prevea que puede realizar por lo menos 1/3 de la jornada anual dentro del período nocturno.

El trabajo nocturno no ha de ser considerado, en principio, como algo que deba revestir una especial peligrosidad en orden a requerir un tratamiento específico en materia de salud laboral, especialmente para aquellos trabajadores/as que lo realicen de una manera continuada como algo habitual<sup>50</sup>. Cosa distinta ocurre con aquellos trabajadores/as que realizan turnos rotativos, pues en este caso sí pueden existir ciertos gravámenes físicos y psíquicos para la salud de los trabajadores/as.

En el supuesto de que los trabajadores/as nocturnos tengan problemas de salud ligados al a su trabajo nocturno, tienen derecho al cambio de puesto de trabajo diurno. Este derecho no es absoluto y no es ejercitable en cualquier caso, sino que estará condicionado al hecho de que exista tal puesto de trabajo diurno y a que el trabajador/a reúna las aptitudes profesionales correspondientes y adecuadas al mismo, sin que sea necesario que coincida con su categoría profesional.

47. De no hacerlo incurre en infracción laboral grave

48. No se prohíbe realizar horas extraordinarias durante el período nocturno, sino que los trabajadores/as nocturnos realicen horas extraordinarias. Esto supone la imposibilidad de que un trabajador nocturno realice horas extraordinarias en un período diurno.

49. En la marina mercante se considera como tal el realizado entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana.

50. Los trabajadores/as nocturnos y quienes trabajan a turnos deben gozar de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de protección y prevención apropiados y equivalentes a los de los restantes trabajadores/as de la empresa

Si como consecuencia del ejercicio del derecho a un cambio de puesto de trabajo diurno, el empresario hubiere optado por aquello que resultare menos favorable a los intereses del trabajador/a, produciéndose una posible modificación sustancial de las condiciones de trabajo será de aplicación los preceptos estatutarios correspondientes a esta materia<sup>51</sup>.

Salvo que el salario se haya establecido atendiendo a la propia naturaleza nocturna del trabajo, éste tendrá una remuneración específica. Tampoco se remunerará el trabajo nocturno de forma específica cuando se compense con descanso<sup>52</sup>.

### 3.5. TRABAJO A TURNOS

Se considera trabajo a turnos, toda forma de organización de trabajo en equipo según la cual los trabajadores/as ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo<sup>53</sup>, lo que implica para el trabajador/a la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas<sup>54</sup>.

La legislación sólo define qué se entiende por trabajo a turnos por lo que hay que deducir que si bien el horario de trabajo a turno es por definición variable, los distintos horarios y sus modificaciones deben estar previamente determinados, lo que implica un conocimiento previo por parte del trabajador/a de la forma en que realizar el trabajo. Será por medio de la Negociación Colectiva o en su caso mediante contrato individual donde se determine el sistema de trabajo a turnos con identificación de los ritmos y la forma de adscripción del trabajador/a a dicho sistema de trabajo.

Una vez fijado el sistema organizativo de trabajo y determinadas las condiciones laborales de los trabajadores/as, cualquier modificación que se produzca en tales condiciones, si resulta sustancial, habrá de resolverse, bien según lo fijado contractualmente, bien en los términos del artículo 41 del ET

En el supuesto de que concurra la condición de trabajador/a nocturno en un trabajador/a a turnos, si su jornada es superior a las ocho horas diarias en un período de referencia de quince días, no podrá aunque quiera, seguir trabajando en el turno de noche durante más de dos semanas. Esto es, no podrá aplicarse el carácter dispositivo del límite señalado en el artículo 36.3 del ET párrafo 2º, según el cual, en las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, en la organización del trabajo a turnos debe tenerse en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador/a debe estar en el de la noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria, porque en caso contrario se vulneraría la normativa sobre la jornada de trabajadores/as nocturnos.

Cuando al cambiar al trabajador/a de un turno de trabajo no pueda disfrutar del descanso mínimo entre jornadas de doce horas, se puede reducir el mismo, en el día en que así ocurra, hasta un

51. Según el artículo 41.3 del ET, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. El trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

52. STS de 4-3-1992 ; STS 10-04-2001

53. El ritmo de trabajo puede ser rotatorio o no, lo que no impide que también pueda ser continuo o discontinuo en función de las necesidades productivas de la empresa o de la decisión que finalmente tome el empresario, lo que le llevará a determinar si aplica un ritmo rotatorio o fijo y si éste será, intermitente u ocasional.

54. No están incluidos dentro del sistema de trabajo a turnos, aquellos trabajadores/as que tengan un régimen continuo y ordinario de trabajo con su correspondiente horario, con independencia de que dicho horario se realice en régimen de mañana y tarde o mañana tarde y noche.

mínimo de siete horas, compensándose la diferencia hasta las doce horas establecidas con carácter general en los días inmediatamente siguientes (STSJ La Rioja de 23 octubre de 1997)

La adscripción voluntaria a un turno fijo no puede entenderse como una adscripción definitiva y permanente, salvo que se hubiera establecido en contrato de trabajo (STSJ Andalucía de 24 de abril de 1996)

El trabajador/a a turno incrementará su retribución mediante un complemento de puesto de trabajo, al que se añadirá el plus de nocturnidad si el régimen de turnos se realiza en jornada nocturna.<sup>55</sup>

Cuando por la naturaleza de la actividad se realice el trabajo en régimen de turnos incluidos domingos y festivos, se podrá efectuar:

- Por equipos de trabajadores/as que desarrollen su actividad por semanas completas.
- Mediante contratación de personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana.

### **3.6. RITMO DEL TRABAJO Y SALUD DEL TRABAJADOR/A (PRINCIPIO GENERAL DE ADAPTACIÓN DEL TRABAJO A LA PERSONA)**

Hay que entender que el Principio general de Adaptación del Trabajo va dirigido a todos los trabajadores/as, con independencia de su ritmo de trabajo, horario, jornada, nocturnidad, y demás condiciones de trabajo.

El empresario está obligado, a comprobar la adecuación del trabajador/a al trabajo que presta; esto es, al sistema de trabajo implantado por el propio empresario, asignándole aquel puesto de trabajo más acorde, en principio, con las características psico-físicas del trabajador/a. Naturalmente no todas las empresas están en disposición de practicar tales análisis psicológicos, médicos y sociológicos, sino que normalmente sólo podrán las grandes empresas. El incumplimiento del principio de adaptación, supone la aplicación de un recargo en las prestaciones económicas en el caso de que se produzca un accidente de trabajo o enfermedad profesional, que tengan su causa en dicho incumplimiento.

### **3.7. PROLONGACIÓN DE JORNADA. HORAS EXTRAORDINARIAS**

Son las horas que se realizan sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, por lo que el trabajo que no exceda del cómputo anual no se considerará hora extraordinaria.

Actualmente puede pactarse por Convenio o pacto de empresa trabajar diez o más horas diarias como jornada ordinaria. (STS de 14 de enero de 1995, STSJ Cataluña de 12 de marzo de 1997).

En alguna ocasión se ha mantenido, que las jornadas a tiempo parcial que excedan todos los días equivalen a jornadas ordinarias, consecuencia directa de la prohibición de realizar horas extraordinarias en los trabajos a tiempo parcial<sup>56</sup>.

55. Cuando el trabajador a turno realice en período nocturno una parte superior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, o se prevea que puede realizar en tal período nocturno una parte superior a un tercio de su jornada de trabajo anual, será considerado trabajador nocturno.

56. STSJ Galicia de 27-4-2001.

Las horas extras siguen siendo voluntarias, tanto para el trabajador/a como para el empresario<sup>57</sup>, salvo pacto en contrario, aunque no podrá pactarse contractualmente su realización por encima de las fijadas en Convenio Colectivo<sup>58</sup>. Por ello, la negativa del trabajador/a a realizar horas extras no podrá sancionarse, si no hay acuerdo convencional o contractual que lo establezca<sup>59</sup>.

Hay obligación de realizar horas extraordinarias cuando sea para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, compensándose como horas extras, aunque no se tendrán en cuenta respecto del cómputo del límite de horas extras anuales.

Es obligatorio el registro diario de horas extras, debiendo totalizarse las realizadas en el período que se fije para abonar las retribuciones, considerándose suficiente con que vengan reseñadas en el recibo de salarios.

El RD-L 15/1998 prohibió la realización de horas extras para los contratos a tiempo parcial.

Las horas extras pueden retribuirse o compensarse con períodos de descanso equivalentes. No existiendo pacto en contrario, se entiende que las horas han de compensarse dentro de los cuatro meses siguientes a su realización y no retribuirse.

Una hora extraordinaria se compensará con una hora de descanso como mínimo, sin que se pierda el derecho al descanso porque el trabajador/a estuviera de baja médica<sup>60</sup>.

Si el empresario incumpliera con la obligación de compensar las horas extras, el trabajador/a podrá:

- Reclamar su compensación en descanso, iniciándose el cómputo de la prescripción del ejercicio de la reclamación, desde la fecha en que hubieran debido descansarse.
- Reclamar su retribución en metálico.

La realización de horas extras habrá de probarse hora a hora y día a día<sup>61</sup>, sin que las actas de la inspección de trabajo constituyan prueba suficiente<sup>62</sup>.

En algunos supuestos, podrían tenerse por probadas la realización de horas extras en aquellos supuestos en los que no se aporten por parte de la empresa, injustificadamente, las fichas de control del registro de las horas realizadas<sup>63</sup>.

Es posible fundamentar la prueba de las horas extras en otra sentencia anterior, tal y como admitió la STS de 20 de noviembre de 1996.

En el supuesto de que el trabajador/a acredite una hora de entrada y salida habitual, se entiende que esa es su jornada ordinaria, computándose como horas extras las que excedan de cuarenta horas en cómputo anual<sup>64</sup>.

El importe de la hora extra será el equivalente a la hora ordinaria de trabajo<sup>65</sup>, siendo dicho importe un mínimo, por lo que no existe limitación a que por convenio o pacto se fije un límite superior.

No cabe la compensación o absorción de las horas extras con otros conceptos, por ser heterogéneos (así, la STS de 26 de marzo de 1996).

57. El trabajador no podrá exigir al empresario, salvo pacto, que se le reconozca el derecho a realizar horas extras, por lo que si existiendo dicho pacto el empresario no lo cumpliera, el trabajador tendrá derecho a reclamar la compensación en los términos previstos.

58. STSJ de Cataluña de 2-2-1996.

59. STSJ de la Comunidad Valenciana de 3-12-1996.

60. STSJ de Cataluña de 5-5-1999.

61. STSJ Castilla y León/Valladolid de 21-11-1995, STSJ de Galicia de 16-3-2001.

62. STS Contencioso Administrativo de 20-10-1996.

63. STSJ de Madrid de 16-4-1996.

64. STSJ de Cataluña de 6-4-2001.

65. Resultado de dividir el salario anual entre el número de horas anuales de trabajo.

### 3.8. JORNADAS ESPECIALES

La regulación de jornadas especiales de trabajo, entendiéndose por tales aquellas que difieren en uno u otro aspecto de la normativa laboral común en materia de jornada, deriva de la necesidad de adaptar las normas generales a las características y necesidades específicas de determinados sectores y trabajos.

El apartado 7 del artículo 34 del ET, autoriza al Gobierno para establecer a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran. En el mismo sentido, el apartado 1 del artículo 36 y el apartado 1 del artículo 37 del ET otorgan al Gobierno idéntica facultad en relación con la duración de la jornada de trabajo de los trabajadores/as nocturnos y con el descanso semanal, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas.

El objeto es la regulación de ampliaciones y limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, en determinados sectores de actividad y trabajos específicos, cuyas peculiaridades lo requieran. Su clasificación podría ser la que sigue:

#### 3.8.1. Ampliaciones de jornada

Que a su vez podrían ser:

- Genéricas: se refieren a cualquier sector en el que puedan darse determinadas condiciones de trabajo, por ejemplo:
  - Trabajo a turnos: en las empresas en que se realicen actividades laborales por equipos de trabajadores/as en régimen de turnos, y cuando así lo requiera la organización del trabajo, se podrá acumular por períodos de hasta cuatro semanas el medio día del descanso semanal previsto en el apartado 1 del artículo 37 del ET, o separarlo del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana. Cuando al cambiar el trabajador/a de turno de trabajo no pueda disfrutar del descanso mínimo entre jornadas establecido en el apartado 3 del artículo 34 del ET, se podrá reducir el mismo, en el día en que así ocurra, hasta un mínimo de siete horas, compensándose la diferencia hasta las doce horas establecidas con carácter general en los días inmediatamente siguientes.
  - Trabajos de puesta en marcha y cierre: la jornada de los trabajadores/as cuya acción pone en marcha o cierra el trabajo de los demás, siempre que el servicio no pueda realizarse turnándose con otros trabajadores/as dentro de las horas de la jornada ordinaria, podrá ampliarse por el tiempo estrictamente necesario para ello, en la forma y mediante la compensación que se establezca por acuerdo o pacto. La prueba de dicha imposibilidad corresponde a la empresa (STS de 25 de abril de 1989). El tiempo de trabajo prolongado no se tendrá en cuenta a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de horas extraordinarias.

La forma y compensación de la ampliación ha de establecerse mediante acuerdo o pacto, respetando siempre los períodos de descanso entre jornadas.

- Trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía: mediante Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores/as se podrán adaptar las disposiciones generales del Estatuto de los Trabajadores a las necesidades específicas de aquellas actividades no fijadas entre las denominadas específicas y que más adelante se comentan, bien por el alejamiento entre el lugar de trabajo y el de residencia del trabajador/a, bien por el aislamiento del centro de trabajo por razones de emplazamiento o climatología, computándose los descansos entre jornadas y semanal por períodos que no excedan de ocho semanas. Salvo situaciones excepcionales relacionadas con la necesidad de garantizar el servicio o la producción, se deberá respetar en todo caso un descanso entre jornadas de diez horas.
- Trabajos en actividades con jornadas fraccionadas: se consideran actividades con jornadas fraccionadas aquellas del sector de servicios que, no excediendo en su duración total de la de la jornada ordinaria pactada, deban, por su propia naturaleza, extenderse de forma discontinua a lo largo de un período de tiempo superior a doce horas al día, de manera que no resulte posible el disfrute por el trabajador/a que las realiza de un descanso ininterrumpido de doce horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente. Mediante Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores/as podrá establecerse un descanso mínimo entre jornadas de hasta nueve horas, siempre que el trabajador/a pueda disfrutar durante la jornada, en concepto de descanso alternativo compensatorio, de un período de descanso ininterrumpido de duración no inferior a cinco horas.
- Específicas: son los supuestos que siguen:
  - Empleados de fincas urbanas: se refiere exclusivamente a quienes presten servicios en régimen de dedicación plena, estando comprendido el tiempo de trabajo entre las horas de apertura y cierre de los portales. Deberán disfrutar cada día de trabajo, y dentro de las horas de servicio, de uno o varios períodos de descanso, en la forma que se determine por Convenio Colectivo o, en su defecto, mediante acuerdo con el titular del inmueble, de manera que el tiempo de trabajo efectivo no exceda de cuarenta horas semanales en cómputo anual. El descanso entre jornadas será de un mínimo de diez horas consecutivas entre jornadas compensándose la diferencia hasta las doce horas establecidas con carácter general en el ET por períodos de hasta cuatro semanas. Del mismo modo, podrá acumularse por períodos de hasta cuatro semanas el medio día del descanso semanal, o separarse respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana.
  - Guardas o vigilantes no ferroviarios: el tiempo de trabajo de los guardas o vigilantes no ferroviarios que, sin exigírseles una vigilancia constante, tengan asignado el cuidado de una zona limitada en la que exista un lugar destinado a que puedan descansar en condiciones adecuadas, podrá extenderse hasta las doce horas. Respecto de los descansos durante la jornada laboral, entre jornada y semanales, se les aplica lo establecido para los empleados de fincas urbanas.
  - Labores agrícolas, forestales y pecuarias: se estará a lo establecido en los Convenios Colectivos o, en su defecto, a la costumbre local, salvo en lo que resulte incompatible de ésta y la organización del trabajo en la explotación. En las labores agrícolas, de ganadería y de guardería rural cuando las circunstancias estacionales determinen la necesidad de intensificar el trabajo o concentrarlo en determinadas fechas o períodos,

- podrá ampliarse la jornada hasta un máximo de veinte horas semanales, sin que la jornada diaria pueda exceder de doce horas de trabajo efectivo. Las horas de exceso habrán de computarse como horas extraordinarias. El descanso mínimo entre jornadas debe ser de diez horas. La diferencia hasta las doce horas pueden compensarse por períodos de hasta cuatro semanas. Respecto al descanso semanal de día y medio pueden también acumularse por períodos de hasta cuatro semanas, el medio día, o separarse del correspondiente día completo para disfrutarlo otro día de la semana. La jornada será de, bien 6.20 horas diarias y 38 horas semanales de trabajo efectivo en faenas de extraordinario esfuerzo físico o especial penosidad por la temperatura o humedad; bien de 6 horas diarias y 36 semanales para trabajos con los pies en agua, fango y en cava abierta, en terrenos que no estén previamente alzados.
- Comercio y hostelería: mediante Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores/as podrá establecerse la acumulación del medio día del descanso semanal por períodos de hasta cuatro semanas, o su separación respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana. Igualmente mediante Convenio Colectivo o, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores/as podrá acordarse la acumulación del medio día de descanso anterior, en períodos más amplios, que en ningún caso podrán exceder de cuatro meses, a fin de adecuarlo a las necesidades específicas de las actividades estacionales de la hostelería, en particular en las zonas de alta afluencia turística, o para facilitar que el descanso se disfrute en el lugar de residencia del trabajador/a cuando el centro de trabajo se encuentre alejado de éste. En los mismos supuestos y en iguales términos del párrafo anterior, se podrá acordar la reducción a diez horas del descanso entre jornadas y su compensación de forma acumulada.
  - Trabajo en el Mar: desde el 30 de junio de 2002 rigen las condiciones de tiempo de trabajo y descanso de todas las personas que prestan servicios a bordo de buques o embarcaciones son las que siguen:
    - \* Salvo en lo relativo al descanso semanal de día y medio, que también le es obligatorio, el/la capitán/capitana o persona que ejerza el mando en la nave, en lo que a su jornada respecta se rige por su contrato de trabajo.
    - \* Los trabajadores/as no podrán realizar una jornada total diaria superior a doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias, tanto si el buque se halla en puerto como en la mar, salvo en los siguientes supuestos:
      - En los casos de fuerza mayor en que sea necesario para garantizar la seguridad inmediata del buque o de las personas o la carga a bordo, o para socorrer a otros buques o personas que corran peligro en alta mar.
      - Cuando se trate de proveer al buque de víveres, combustible o material lubricante en casos de apremiante necesidad, de la descarga urgente por deterioro de la mercancía transportada o de la atención debida por maniobras de entrada y salida a puerto, atraque, desatraque y fondeo.

Por tiempo de descanso se considera aquel en el que el trabajador/a está libre de cualquier servicio. El tiempo de descanso semanal es de día y medio y se puede computar en períodos de hasta cuatro semanas. Se ha de garantizar el disfrute de un día de descanso semanal, siendo sólo posible la compensación como horas extraordinarias del resto de los períodos no disfrutados.

Este sistema de compensación puede utilizarse también para los períodos de



descanso no disfrutados porque la escasez de plantilla haya hecho inviable su disfrute acumulado en las estancias en puerto o en vacaciones.

Los ejercicios periódicos de preparación para la lucha contra los incendios y abandono que impongan las normas nacionales e internacionales, han de realizarse de modo que perturben lo menos posible los tiempos de descanso y no provoquen fatiga.

- Marina Mercante: en lo referente a los descansos entre jornadas , en los Convenios Colectivos se puede acordar la distribución de las horas de descanso en un máximo de dos períodos, uno de los cuales ha de ser al menos seis horas ininterrumpidas, no pudiendo sobrepasar de catorce horas el intervalo entre dos periodos consecutivos de descanso. Debe elaborarse un cuadro de sobre la organización del trabajo a bordo. Dicho cuadro debe estar permanentemente actualizado. Su localización ha de hacerse en un lugar accesible, haciéndose la redacción en el idioma común de trabajo en el buque y en inglés.
- Buques de pesca: entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, los trabajadores/as tienen derecho a un descanso mínimo de seis horas. En Convenio Colectivo se puede acordar la distribución de las horas de descanso en dos períodos, sin que el intervalo entre dos de estos períodos consecutivos pueda exceder de catorce horas.
- Buques comunitarios que hagan escala en puertos españoles: las autoridades españolas han de garantizar que los buques mercantes comunitarios que hacen escala en sus puertos, cumplen las disposiciones sobre jornada de trabajo y descanso establecidas en el Convenio OIT num. 180 y en el Protocolo de 1996 relativo al Convenio OIT 147 de dicho organismo, sobre horario de trabajo de la gente del mar. Dichos controles no son de aplicación a los buques mercantes extracomunitarios. A falta de convenio que mejore las condiciones que se establecen a continuación, la duración normal de la jornada de trabajo en los buques de otros países comunitarios ha de ser , en principio de ocho horas diarias, con un día de descanso semanal, además de los días festivos oficiales. Los límites de horas de trabajo y descanso son:
  - \* El número de horas de trabajo no puede exceder de catorce horas cada veinticuatro, ni de setenta y dos cada siete días.
  - \* El número de horas de descanso no puede ser inferior a diez, por cada período de veinticuatro horas, ni a setenta y dos por cada período de siete días. Los períodos de descanso pueden distribuirse en dos períodos, uno de los cuales no será inferior a seis horas. El intervalo entre estos períodos de descanso no ha de exceder de catorce.
- Transportes: debemos resaltar que en este sector, el tiempo de trabajo efectivo es aquel en el que el trabajador/a está a disposición del empresario y realizando su actividad (conducción del vehículo o medio de transporte, trabajos durante la circulación del mismo, o trabajos auxiliares relacionados con el vehículo, pasajeros o carga). Se aplica la jornada máxima ordinaria de cuarenta horas semanales, promedio anual, así como el límite de horas extraordinarias a ochenta horas al año. No se puede realizar una jornada superior a doce horas diarias. El tiempo en el que el trabajador/a se encuentra a disposición del empresario, pero sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta y similares; es considerado tiempo de presencia, no computando las horas a efectos de jornada máxima ordinaria, ni para el límite de horas extraordinarias.



Los supuestos concretos que se consideran tiempo de presencia se establecerán en Convenio Colectivo. No obstante, los tiempos de presencia no pueden exceder de veinte horas semanales de promedio, en un período de referencia de un mes, distribuidas según los criterios pactados colectivamente y respetando los descansos entre jornadas y semanales propias de cada actividad. El abono de los tiempo de presencia será un salario no inferior al establecido para la hora ordinaria, salvo que se pacte su compensación con períodos equivalentes de descansos retribuidos. Las horas de espera de los conductores de camiones deben ser retribuidas con arreglo al Convenio Colectivo vigente, aunque resulte inferior a la prevista en la norma, siempre que el conjunto de estas retribuciones salariales sea superior a la suma de los mínimos legales (STS Unificación Doctrina, de 12 de febrero de 2002). Como norma general se debe respetar un descanso mínimo entre jornadas de diez horas. Las diferencias hasta las doce del régimen general se pueden compensar en períodos de hasta cuatro semanas. Este mismo período sirve para computar el descanso semanal de día y medio.

### **Supuestos concretos en el sector de transportes:**

Transporte por carretera: se incluye, por un lado, las empresas del sector del transporte por carretera, ya sean urbanos o interurbanos y de viajeros o mercancías, así como las integradas en otros sectores que realicen tales actividades o alguna de las auxiliares; por otro lado, a los conductores, ayudantes, cobradores y personal auxiliar de viaje en el vehículo que realice trabajos en relación con el mismo, sus pasajeros o su carga, en alguna de las empresas anteriores.

Se incluyen en esta regulación:

- Los empleados de las estaciones de autobuses que han de estar a disposición de la empresa, sin prestar trabajo efectivo, en la espera llegada y salida de los vehículos (STS de 3 de mayo de 1988).
- El personal civil en establecimientos militares que desarrolle tareas de conductor (TSJ Andalucía de 11 de enero de 1994).

No se incluyen, por el contrario:

- Vehículos utilizados por las administraciones públicas
- Transportes de mercancías por empresas agrícolas, hortícolas, forestales o de pesca
- Transporte de material o equipos para el ejercicio de la profesión del conductor realizado en un radio de acción de 50 km alrededor del lugar en que esté domiciliada la autorización de transporte.
- Transporte de animales vivos desde las granjas hasta los mercados locales y viceversa, o desde los mercados hasta los mataderos locales
- Vehículos utilizados como tiendas
- Vehículos que circulen exclusivamente en islas, con excepción de los que circulen en la isla de Mallorca
- Vehículos de autoescuela
- Tractores
- Transporte de mercancías, cuyo peso máximo autorizado, incluyendo remolques o semirremolques que no supere las 3,5 toneladas

- Transportes de viajeros cuando: por su tipo de construcción y personal pueden transportar un máximo de 9 personas, incluido el conductor y se dedican a tal fin; o si son utilizados en servicios regulares cuyo recorrido no supere los 50 km.
- Aquellos cuya velocidad máxima autorizada sea inferior a 30 km/hora
- Los destinados a servicios de las fuerzas armadas, protección civil, bomberos o fuerzas responsables del mantenimiento del orden público, o bajo su control, así como los utilizados en casos de urgencia o misiones de salvamento
- Utilizados en los servicios de alcantarillado, protección contra las inundaciones, agua, gas, electricidad, red viaria, retirada de basuras, telégrafos, teléfonos, envíos postales, radiodifusión, televisión y detección de emisores o receptores de radio y televisión
- Transportes especializados destinados a diferentes tareas como las domésticas o reparaciones
- Transporte de material de circo o feria; no comercial de bienes con fines privados ;recogida de leche en granjas o que lleven a éstas bidones de leche o productos lácteos destinados a la alimentación del ganado

### **Límites de conducción y descansos:**

con carácter general, el tiempo de conducción diario no puede exceder de nueve horas, aunque dos veces por semana puede alcanzar las diez horas.

Después de un máximo de seis períodos de conducción diarios, el conductor debe tomar un descanso semanal. Si el tiempo total de conducción durante los seis días no sobrepasa el máximo correspondiente a seis períodos de conducción diarios, el período de descanso semanal puede trasladarse hasta el final del sexto día.

En el transporte internacional de viajeros, distinto de los servicios regulares, el lapso de tiempo se amplía a doce períodos de conducción y se traslada el descanso al duodécimo día.

El conductor, dentro de la jornada, a menos que inicie un período de descanso, después de cuatro horas y media de conducción, debe respetar una interrupción por lo menos de cuarenta y cinco minutos, que puede sustituirse por otras de quince minutos cada una, intercaladas en el período de conducción, o situadas inmediatamente después del mismo.

Para los transportes regulares de viajeros, puede fijarse la interrupción mínima en treinta minutos después de un tiempo de conducción no superior a cuatro horas. Esta modificación únicamente puede concederse en el caso de que las interrupciones de más de treinta minutos puedan entorpecer la circulación del tráfico en el casco urbano; o en los conductores no puedan intercalar una interrupción de quince minutos en las cuatro horas y media de conducción anteriores a la interrupción de quince minutos.

No se considera descanso diario los tiempos que el trabajador/a pase en espera, en un trasbordador o un tren.

En cada período de veinticuatro horas el trabajador/a debe descansar como mínimo once horas consecutivas. Este período puede reducirse a un mínimo de nueve horas consecutivas tres veces por semana como máximo, siempre que se conceda en compensación un tiempo de descanso antes del final de la semana siguiente.

Los días en que no se reduzca el descanso éste se puede tomar en dos o tres períodos separados durante las veinticuatro horas, si bien uno de dichos períodos debe ser de ocho horas consecutivas por lo menos. En tal caso, la duración máxima del descanso se prolonga doce horas.

Durante cada período de treinta horas en el que haya por lo menos dos conductores a bordo de un vehículo, éstos deben gozar de un descanso diario mínimo de ocho horas consecutivas.

Durante cada semana, uno de los períodos de descanso señalados al principio puede prolongarse en concepto de descanso semanal, a un total de cuarenta y cinco horas consecutivas, pudiéndose acortar a los siguientes mínimos: treinta y seis horas cuando se tome en el lugar en que se encuentre normalmente el vehículo o el conductor; veinticuatro horas consecutivas cuando se tome en un lugar distinto de los anteriores.

Cada acortamiento se compensa con un tiempo de descanso equivalente tomado en conjunto antes del final de la tercera semana siguiente a aquella en que se trate.

Cada tiempo de descanso tomado en compensación por la reducción de los períodos de descanso diarios y/o semanales debe adscribirse a otro descanso de ocho horas por lo menos y a petición del interesado concederse en el lugar de estacionamiento del vehículo del punto en que se encuentre normalmente el conductor.

Es posible disfrutar de un descanso diario en un vehículo siempre que este disponga de litera y se encuentre parado.

Cuando se trate de transportes nacionales de viajeros, distintos de los servicios regulares, el descanso semanal puede trasladarse al fin del doceavo día y adscribirse al descanso semanal de esta segunda semana si: el tiempo total de conducción durante un período de doce días no sobrepasa el máximo correspondiente a doce períodos de conducción diarios; o no sobrepasa noventa horas en cada período de dos semanas consecutivas.

- Transportes Urbanos: la jornada de trabajo puede iniciarse o finalizarse en los centros de trabajo, o en alguna de las paradas efectuadas por el servicio. Para las jornadas continuas el régimen de descanso es el general (quince minutos cuando la jornada sea superior a seis horas); entre jornadas y semanal el previsto específicamente para el sector de transporte, esto es, diez horas entre jornadas, y día y medio de descanso semanal.
- Transporte Ferroviario: se aplica también lo establecido respecto al cómputo de jornada y descanso comentado anteriormente, con las siguientes particularidades:
  - Las disposiciones sobre tiempo de trabajo efectivo y de presencia se aplican a los conductores y demás personas que presten servicios a bordo de los trenes durante su trayecto, aunque no pertenezcan a empresas dedicadas al transporte ferroviario<sup>66</sup>, por lo que se excluye a las empresas de mantenimiento técnico de trenes que operan en talleres o en trenes inmovilizados.
  - El descanso entre jornadas fuera de la residencia de los conductores y demás personal que presten servicios a bordo durante el trayecto, puede reducirse, a salvo de lo dispuesto en el Convenio Colectivo, a ocho horas para los primeros y seis para los segundos, compensándose la diferencia en períodos de hasta cuatro semanas.
  - En los trenes de largo recorrido se puede superar el límite de nueve horas de trabajo efectivo al día excepcionalmente, sin perjuicio de los convenios o acuerdos correspondientes.

Esta regulación se extiende a las estaciones de tráfico reducido, apeaderos, apartaderos y apeaderos-cargaderos, directamente relacionados con la circulación, estaciones

66. Están afectadas por el régimen de tiempos de presencia y de tiempos de trabajo efectivo, además de las específicamente dedicadas al transporte ferroviario, las empresas hosteleras y a las dedicadas al mantenimiento del servicio de coches-cama, así como todas aquellas que de manera habitual presten servicios durante el trayecto.

comprendidas en el control del tráfico centralizado, servicios de vigilancia y custodia<sup>67</sup> incluida la vigilancia en un solo punto.

No está claro, con la normativa actual, qué ocurre con el personal que efectúa labores de control de tráfico ferroviario, o labores de vigilancia y custodia en estaciones, de los que nada parece decir el precepto<sup>68</sup>.

- Transporte aéreo: al personal de vuelo y tierra le son aplicables las disposiciones relativas al tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia, así como la posibilidad de compensar una reducción en el descanso entre jornadas a diez horas y el descanso semanal de día y medio en períodos de hasta cuatro semanas, en la forma que se prevea en los Convenios Colectivos y en su caso la normativa en vigor.
- De esta forma se determinarán los períodos máximos de actividad aérea, la actividad laboral aérea y de tierra y el régimen de descansos, con respeto en todo caso a lo dispuesto en la normativa en vigor en materia de seguridad de la navegación aérea.

### 3.8.2. Limitaciones y reducciones de jornadas

Se pueden establecer reducciones en la jornada de trabajo ordinaria, por Convenio Colectivo, por mantenimiento de usos y costumbres locales y profesionales, o bien por disposiciones legales o reglamentarias.

Los representantes laborales deben emitir informe con carácter previo a la reducción de la jornada decidida por el empresario.

La jornada se puede limitar o reducir respecto a la ordinaria como consecuencia de distintas circunstancias:

- Por las características que presenta la actividad de que se trate, lo que hace aconsejable un especial cuidado en la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores/as.
- Por circunstancias de carácter personal que pueden afectar al trabajador/a, como la guardia legal, lactancia, parto prematuro o nacimiento de hijo que deba permanecer hospitalizado tras el parto, o cuidado de un familiar.
- Período de formación en prevención de riesgos laborales.
- Tipos de contratos, como relevos, prácticas, aprendizaje/formación, a tiempo parcial.

#### 3.8.2.a. Trabajos Expuestos a Riesgos Ambientales

Procede la limitación o reducción de los tiempos de exposición a riesgos ambientales especialmente nocivos, en aquellos casos en que, pese a la observancia de la normativa legal aplicable, la realización de la jornada ordinaria de trabajo entrañe un riesgo especial para la salud de los trabajadores/as debido a la existencia de circunstancias excepcionales de penosidad,

67. Aquí se incluirían los vigilantes ferroviarios, que serían tanto quienes viajan a bordo de los trenes en calidad de personal de seguridad y custodia, como los encargados de esas tareas específicas en pasos a nivel y en cualquier otro tipo de instalaciones en las que tales labores fueran precisas.

68. El derogado artículo 23 RD 2001/1983, refiriéndose a «agentes encargados de la vigilancia en un punto fijo y los guardas-serenos», establecía la inclusión de estos trabajadores/as dentro del régimen de ampliación de jornada, por lo que podría mantenerse que se aplica el régimen de la ampliación de jornada.

peligrosidad, insalubridad o toxicidad, sin que sea posible la eliminación o reducción del riesgo mediante la adopción de otras medidas de protección o prevención adecuadas.

La limitación o reducción de los tiempos de exposición se circunscribirá a los puestos de trabajo, lugares o secciones en que se concrete el riesgo y por el tiempo en que subsista la causa que la motiva, sin que proceda reducir el salario de los trabajadores/as afectados por esta medida.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los Convenios Colectivos, en caso de desacuerdo entre la empresa y los trabajadores/as o sus representantes en cuanto a la aplicación de lo señalado anteriormente, la autoridad laboral podrá, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y con el asesoramiento, en su caso, de los organismos técnicos en materia de prevención de riesgos laborales, acordar la procedencia y el alcance de la limitación o reducción de los tiempos de exposición.

### **3.8.2.b. Trabajos en cámaras frigoríficas y de congelación**

La jornada máxima del personal que trabaje en cámaras frigoríficas y de congelación será la siguiente:

- La normal, en cámaras de cero hasta cinco grados bajo cero, debiendo concederse un descanso de recuperación de diez minutos cada tres horas de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras.
- En las cámaras de más de cinco hasta dieciocho grados bajo cero, la permanencia máxima en el interior de las mismas será de seis horas, debiendo concederse un descanso de recuperación de quince minutos por cada hora de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras.
- En las cámaras de dieciocho grados bajo cero o más, con una oscilación de más o menos tres, la permanencia máxima en el interior de las mismas será de seis horas, debiendo concederse un descanso de recuperación de quince minutos por cada cuarenta y cinco minutos de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras.
- En los dos últimos supuestos, la diferencia entre la jornada normal y las seis de permanencia en el interior puede completarse con trabajos realizados en el exterior.

### **3.8.2.c. Trabajos en el interior de las Minas**

La duración de la jornada será de treinta y cinco horas de trabajo efectivo semanal, sin perjuicio de que en la Negociación Colectiva puedan establecerse módulos para la determinación de la jornada distintos del semanal. Tal jornada máxima empezará a computarse desde la entrada de los primeros trabajadores/as en el pozo o galería y concluirá con la llegada a bocamina de los primeros que salgan, salvo que a través de la Negociación Colectiva se estableciere otro sistema de cómputo.

La jornada de trabajo en el interior de la mina se verá reducida a seis horas diarias cuando concurren circunstancias de especial penosidad, derivadas de condiciones anormales de temperatura o humedad o como consecuencia del esfuerzo suplementario derivado de la posición inhabitual del cuerpo al trabajar. En las labores de interior en que el personal haya de realizar el trabajo completamente mojado desde el principio de la jornada, ésta será de cinco horas como máximo. Si la situación comenzase con posterioridad a las dos horas del inicio de la jornada, la duración de ésta no excederá de seis horas.

En caso de movilidad entre el interior y el exterior de las minas, el trabajador/a que habitualmente no preste sus servicios en el interior de las minas acomodará su jornada diaria a la de interior cuando trabaje en labores subterráneas. Si por razones organizativas un trabajador/a de interior fuese destinado ocasionalmente a realizar trabajos en el exterior deberá serle respetada la jornada y las percepciones económicas de su puesto anterior.

Los trabajadores/as que presten servicios en puestos de trabajo subterráneo, así como aquellos trabajadores/as de exterior cuya actividad sólo pueda producirse simultáneamente a la de los primeros, tendrán derecho a un descanso semanal de dos días.

Sólo se podrán hacer horas extras en alguno de los siguientes supuestos: reparación o prevención de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, riesgo grave de pérdida o deterioro importante de materias primas, o por circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad en los términos que en Convenio Colectivo se definan.

La jornada en el interior del establecimiento minero de Almadén está regulado por el Convenio de la Empresa Minas de Almadén y Arrayanes, S.A., sin que le resulte aplicable el decreto sobre jornadas especiales.

Cuando las circunstancias de temperatura y humedad u otras igualmente penosas o peligrosas se presenten de forma extrema y continuada o se hagan de forma simultánea dos o más de ellas (agua a baja temperatura o cayendo directamente sobre el cuerpo del trabajador/a, etc.), deben reducirse más lo tiempos de exposición por acuerdo del comité de seguridad y salud, o en su defecto por la administración de minas.

En función de las características técnicas de las empresas y mediante la Negociación Colectiva podrá disfrutarse el descanso semanal en forma ininterrumpida, fraccionarse de modo que el segundo día de descanso pueda ser disfrutado en períodos de hasta cuatro semanas, aisladamente o acumulado a otros descansos, o tomar día y medio ininterrumpido y acumular medio por períodos de hasta catorce días.

### **3.8.2.d. Trabajos en Construcción y Obras Públicas**

Cuando en estas actividades se realicen trabajos subterráneos en los que concurren idénticas circunstancias que las previstas en el apartado anterior, serán de aplicación las mismas jornadas máximas a las de la minería.

Los trabajos en los denominados *cajones de aire comprimido* tendrán la duración máxima que se establece, en los cuadros publicados en la Orden ministerial de 20 de enero de 1956, por la que se aprueba el *Reglamento de Higiene y Seguridad en los trabajos realizados en cajones con aire comprimido*

### **3.8.2.e. Cuidado de menor en guardia legal o familiar**

*Quien necesite encargarse del cuidado directo de un menor de ocho años o persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, atribuida por guarda legal o un familiar, tiene derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario, de entre, al menos un octavo y un máximo de la mitad de la jornada.*

- El parentesco la persona del familiar a cuidar deben concurrir las siguientes circunstancias:
- El parentesco debe llegar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- Debe estar incapacitado/a para valerse por sí mismo o por razones e edad, accidente o enfermedades
- No puede desempeñar actividad retribuida.

La fecha de reincorporación a la jornada ordinaria debe ser preavisada al empresario con 15 días de antelación.

Si dos o más trabajadores/as generasen el derecho comentado, en la misma empresa y por el mismo familiar, el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento.

Corresponde al trabajador/a dentro de su jornada ordinaria, la concreción horaria y determinar el período de disfrute, pero en caso de discrepancia con el empresario corresponde su resolución a la jurisdicción laboral mediante el procedimiento recogido en el artículo 138 bis de la LPL<sup>69</sup>

*De la misma manera se establece, en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores un derecho genérico a adaptar la jornada de trabajo en aras de la conciliación de la vida personal y familiar. La jurisprudencia (STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009) ha interpretado que el ejercicio de este derecho está condicionado a la existencia de convenio colectivo o pacto individual.*

## 4. VACACIONES, PERMISOS Y LICENCIAS

### Legislación aplicable

*Constitución española de 1978, artículos 40.2.*

*Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto*

*Refundido de la Ley Estatuto de los Trabajadores, artículos 38 y 58.3.*

*Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto*

*Refundido de Ley Procedimiento Laboral, artículos 125 y 126.*

*Convenios Organización Internacional del Trabajo (OIT), núm. 132 y 101*

*Artículo 7 Directiva 93/104/CE, artículo 7.*

### 4.1. VACACIONES

El régimen de las vacaciones que va a comentarse no supone un obstáculo para que al trabajador/a se le apliquen normas reglamentarias<sup>70</sup>, Convenios Colectivos, contratos de trabajo o costumbres del sector, que sean más favorables.

- Entendemos por vacaciones el disfrute de un período continuado de varios días de descanso al año. Son obligatorias, irrenunciables e indisponibles, sin que se puedan descontar los días de permiso tipificados como tales que se hayan podido disfrutar, ni que puedan reducirse por sanción o sustituirse económicamente, salvo, en este último caso,

69. El trabajador dispondrá de un plazo de 20 días a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por el trabajador. El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente.

70. Es el caso de las Normas Reglamentarias anteriores al Estatuto de los Trabajadores, aplicable siempre que las partes así lo acuerden, y que no vayan en contradicción con el Estatuto.



cuando el contrato de trabajo se hubiera extinguido antes de la fecha fijada para el período vacacional, sin que se hubieran disfrutado.

Se tienen por nulos los pactos, individuales o colectivos, y toda decisión unilateral que supongan la sustitución de vacaciones por una cantidad de dinero. No obstante, esta afirmación hay que matizarla, ya que sí cabrá compensar las vacaciones por dinero cuando la relación laboral se extinga antes del disfrute de las vacaciones y el alcance temporal de la compensación se encuentre dentro del año en curso, ya que no se permite la compensación de anualidades anteriores.

- La duración mínima es de treinta días naturales (art.38 del ET), por lo que se computan como días de vacaciones los domingos y festivos que estén dentro del período que se disfrute, pero sin perjuicio del período o períodos de vacaciones pactado en Convenio Colectivo o contrato individual, pudiéndose por tanto incrementar el número de días<sup>71</sup> de disfrute.
- Salvo que en el Convenio Colectivo se estableciera otra cosa debe aplicarse estrictamente el criterio de proporcionalidad según el tiempo transcurrido de contrato en el año de su disfrute. Según este principio, cuando no se ha mantenido el contrato durante todo el año, las vacaciones deben tener una duración proporcional al tiempo de la relación laboral.

En el caso de trabajadores/as contratados a tiempo parcial, y de los trabajadores/as con jornada reducida, no se les aplica el criterio de proporcionalidad, con relación al total de días naturales de vacaciones, ya que lo que tienen reducida es la duración de la jornada y no los días de trabajo. Debido a la naturaleza reparadora de las vacaciones, tendente a la recuperación psíquico física del trabajador/a, y a mantener la aptitud para el trabajo, lo que tiene importancia, es el número total de días naturales de vacaciones sea cual fuere, y no la duración de la jornada.

#### 4.1.1. Disfrute de las Vacaciones y período de incapacidad temporal

Según el art. 38.2 del ET el período del disfrute de vacaciones se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador/a, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones.

- Las vacaciones son anuales. Se van generando con el transcurso de cada año de servicio, debiéndose disfrutar, dentro del año natural (esto es, del 1 de enero al 31 de diciembre), caducando<sup>72</sup> en caso contrario. No cabe la compensación económica salvo actuación abusiva por parte de la empresa, reclamable en un año.
- No obstante a lo anterior, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece que cuando el período de vacaciones coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato en supuestos de parto, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la

71. El artículo 9 del Convenio 132 de la OIT, establece una excepción, que permite el desplazamiento de algunos días de vacaciones al año siguiente, siempre que en el precedente se hayan disfrutado al menos dos semanas ininterrumpidas.

72. Aunque la causa que impide el disfrute no fuese imputable al trabajador.

del disfrute del permiso, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

- Así mismo se ha producido un cambio jurisprudencial en torno al derecho a disfrutar las vacaciones cuando se inicia una situación de incapacidad temporal ya sea cuando la IT se inicia con carácter previo al disfrute de las vacaciones prefijadas o bien cuando se encuentran disfrutándose. Aquellos trabajadores/as que caigan en situación de incapacidad temporal (por contingencias profesionales o comunes) en un momento anterior a la fecha de disfrute de vacaciones, previamente determinada, no supone perder el disfrute de las vacaciones. Éstas se disfrutarán en un momento posterior a la fecha de la finalización de la situación de IT, aún cuando ésta finalice en el año siguiente de haber generado las vacaciones que se pretenden disfrutar. Todo ello, aunque no coincida con el período vacacional que se estipule en el convenio colectivo. Ésta es la postura que ha tenido que adoptar el TS (24/06/2009) ante diferentes sentencias del TJCE (20/01/2009 y 10/09/2009) que interpretan la Directiva 2003/88/CE y el Convenio de la OIT nº 135, en el sentido que la finalidad y naturaleza de las vacaciones es diferente a la situación de IT por lo que deberán de ser disfrutadas de forma sucesiva. Por ello, se aboga a que en aquellos supuestos que los trabajadores/as ya se encuentren disfrutando del período de vacaciones y se inicie posteriormente un período de incapacidad temporal, se suspenda el disfrute del derecho a las vacaciones a un momento ulterior a la finalización de la situación de IT. Actualmente, la Audiencia Nacional ha dictado una sentencia con fecha 23 de noviembre de 2.009 en ésta línea que se encuentra recurrida ante el Tribunal Supremo a fecha de edición de la presente guía por lo que tenemos que estar al contenido de la resolución del TS.
- Si se dejan de prestar servicios antes de que transcurra el año, sin haber disfrutado las vacaciones, salvo en los supuestos anteriormente mencionados, se percibirá, por el trabajador/a, el equivalente a 2'5 días de salario por mes o fracción de mes trabajado. No hay que olvidar que a través de la negociación colectiva se puede prever el trato de determinadas situaciones pendientes de disfrutar al concluir el año.
- Las fechas de disfrute se fijan por acuerdo entre empresario y trabajador/a, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de vacaciones y, en su defecto, judicialmente tras la tramitación de un procedimiento preferente y sumario.
- El trabajador/a deberá conocer las fechas de vacaciones dos meses antes de su disfrute. Este requisito se tiene por cumplido con la inclusión en el calendario de vacaciones<sup>73</sup>, que cada empresa tiene obligación de fijar para cada año con la antelación suficiente, no inferior a los dos meses antes del inicio del primer afectado. Esto tiene su explicación en la obligación empresarial de facilitar al trabajador/a la distribución de su tiempo libre, no pudiendo modificar unilateralmente el período establecido por necesidades de la empresa<sup>74</sup>, ni alterar injustificadamente el período vacacional fijado de antemano, en cuyo caso sería posible iniciar una reclamación de daños y perjuicios a favor del trabajador/a por incumplimiento empresarial.
- Durante el período vacacional no existe por parte del trabajador/a obligación de prestar servicios, por lo que la empresa no podrá imponer a sus trabajadores/as ninguna residencia ni lugar concreto para el disfrute de sus vacaciones, puesto que el trabajador/a durante

73. Dentro del calendario laboral se reflejarán las vacaciones de todo el personal.

74. STSJ Cataluña de 8-6-1999.

dicho período no se encuentra en situación de desplazado por cuenta de la empresa (STS de 22 de diciembre de 1994).

- El derecho al disfrute de las vacaciones en una época determinada, debe establecerse en el Convenio Colectivo. No puede el trabajador/a tomarse las vacaciones sin contar con la autorización del empresario, porque ello supondría desobediencia o faltas de asistencia injustificadas y reiteradas al trabajo, susceptible de sanción, incluida la de despido. No obstante, es necesario que existan razones objetivas para variar el período de vacaciones respecto de años anteriores.
- En caso de fraccionamiento de las vacaciones, una de las fracciones deberá consistir, por lo menos, en dos semanas laborables (catorce días naturales) ininterrumpidas<sup>75</sup>. No cabe la imposición unilateral empresarial, teniendo que haber mutuo acuerdo entre las partes (contractual o convencionalmente).
- Al empresario no le está permitido excluir unilateralmente del período vacacional aquel que coincide con el momento de más actividad productiva de la empresa. Así, para que el empresario pudiera establecer que por necesidades del servicio no pueden disfrutarse vacaciones, necesariamente habrá que negociar tal eventualidad, debiendo comunicar la modificación a los afectados con una antelación no inferior a dos meses, especificándose las condiciones, extensión y duración.

#### 4.1.2. Retribución.

- Las vacaciones son retribuidas. Debe percibirse, al menos, la retribución salarial de la misma cuantía que la remuneración normal o media<sup>76</sup>, disponiéndose que si convencionalmente no se ha establecido lo contrario, la retribución se producirá con anterioridad al disfrute de las vacaciones. El Convenio Colectivo puede determinar las retribuciones que integra el abono de vacaciones, así como las llamadas Bolsas de Vacaciones.
- Por lo tanto en materia de retribución de las vacaciones habrá de estarse a lo que se establezca de forma específica en el Convenio Colectivo, por expresa remisión del artículo 38.1 del ET, que establece su duración mínima, en treinta días naturales, pero no su forma de retribución. En todo caso no hay que olvidar que el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT, entiende que todos los conceptos salariales ordinarios vienen a constituir el contenido de la retribución vacacional.

Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo (STS 20.12.1991, 31.3.1992 y 21.10.1994) que establece que la retribución de las vacaciones debe comprender todos los conceptos salariales en su promedio, sin más excepción que la de los de carácter extraordinario establecidos para remunerar también actividades extraordinarias. Esta misma doctrina, (STS 2/02/2007, 9.11.1996, 8.6.1994 y STS 20.12.1991) establece que el art. 7 del Convenio 132 de la OIT es de aplicación en defecto de Convenio Colectivo.

75. Artículo 8.2 Convenio 132 OIT.

76. De la remuneración media se excluyen los conceptos salariales que responden a actividades de carácter extraordinario y que, por lo tanto, son ajenas a las que se desarrollen en la jornada normal de trabajo, o a aquellos conceptos de percepción mensual constante pero cuantía variable como la nocturnidad, conducción y toxicidad, haciéndose un promedio de las cantidades percibidas en meses anteriores.

- Los mayores conflictos se plantean en relación con los complementos salariales relacionados con la prestación efectiva de trabajo. La jurisprudencia tiende a remitir al convenio colectivo la exclusión de las partidas salariales que están más relacionadas con la prestación efectiva de servicios, inclinándose por el cómputo total de todos los conceptos que viene percibiendo el trabajador/a, en el caso de que convencionalmente no se hubiere regulado nada<sup>77</sup>.
- Durante las vacaciones el trabajador/a tendrá derecho:
  - Al complemento de turnicidad<sup>78</sup>.
  - Al complemento de nocturnidad y festivos<sup>79</sup>.
  - Al complemento de toxicidad, penosidad y peligrosidad<sup>80</sup>
  - Al complemento de asistencia<sup>81</sup>.
  - Al complemento de dispersión geográfica<sup>82</sup>.
  - A las pagas extraordinarias, cuando las mismas se prorratean mensualmente<sup>83</sup>.
  - A las comisiones de acuerdo con la media obtenida<sup>84</sup> de los conceptos no incluidos en el convenio, pero percibidos regularmente por los trabajadores/as<sup>85</sup>.
  - Al complemento de productividad<sup>86</sup> y complemento de jornada interrumpida.
- Por el contrario, el trabajador/a no tendrá derecho, no incluyéndose en la remuneración de las vacaciones las cantidades siguientes:
  - Las que compensen actividades extraordinarias<sup>87</sup>.
  - Las que compensen excesos de jornada<sup>88</sup>.
  - Las dietas por su naturaleza extrasalarial<sup>89</sup>.
  - El plus de desplazamiento<sup>90</sup> y el plus de retén<sup>91</sup>.

#### 4.1.3 Reclamación Jurisdiccional:

Como hemos apuntado anteriormente, en caso de controversia o desacuerdo respecto a las fechas vacaciones, se puede acudir a los tribunales. Es la jurisdicción social la encargada de

77. Respecto a la inclusión del complemento salarial por trabajo en festivos y domingos en la paga de vacaciones a efectos de la retribución de vacaciones anuales en el ámbito de la mercantil Atento, el TS en sentencia de 2 de febrero de 2.007, entiende que deben ser computadas, las cantidades que se perciben en concepto de complemento de festivos y domingos en la retribución de vacaciones dado que el Convenio Colectivo aplicable nada regula sobre la retribución de las vacaciones, por lo que es aplicable el Convenio 132 de la OIT que considera que deben incluirse todas aquellas retribuciones regulares y ordinariamente percibidas por el trabajador, ya que de acuerdo con reiterada doctrina « *ante el silencio del convenio, no cabe sino acudir a la regla general de retribuirlos de acuerdo con la remuneración normal o media obtenida por el trabajador en la época de actividad, lo cual es acorde con su finalidad: garantizar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta del trabajo habitual*»

78. STSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de 9-1-2001.

79. STSJ de Cataluña de 11-12-2001.

80. STS de 19-04-2.007 y 30-04-2.007.

81. STSJ de Cataluña de 13-4-2000.

82. STSJ del País Vasco de 20-1-1998.

83. STSJ de Cataluña de 27-4-1998.

84. STSJ de Madrid de 14-1-1998

85. STSJ de Cataluña de 13-4-2000

86. STSJ de Canarias, sede de Las Palmas, de 5-5-2000

87. STSJ de Galicia de 15-6-2000.

88. STSJ de Galicia de 13-2-1999.

89. STSJ de Cataluña de 13-7-1999.

90. STSJ de Baleares de 3-2-2000.

91. STSJ de Galicia de 15-6-2000.

solucionar los conflictos que se planteen en cuanto a la determinación de la fecha de disfrute de las vacaciones, mediante un procedimiento especial y sumario<sup>92</sup>.

La reclamación puede plantearse de manera individual o colectiva, siendo los plazos de dos tipos:

- Si la fecha de vacaciones viene precisada (por Convenio<sup>93</sup>, acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores/as o fijada unilateralmente por el propio empresario), el trabajador/a debe presentar la demanda en el plazo de veinte días hábiles, contados a partir del día en que tuvo conocimiento de la citada fecha.
- Si la fecha de vacaciones no viene precisada, la demanda deberá presentarse con dos meses<sup>94</sup> de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador/a.

La demanda se interpone sin necesidad de conciliación ni reclamación previa, limitándose la petición a la fecha de disfrute de vacaciones, siendo la resolución judicial irrecurrible.

Para el empresario, la transgresión de las normas y los límites legales o los pactados sobre vacaciones se considera infracción grave (Artículo 7 de la LISOS).

#### 4.1.4. Relaciones Laborales de Carácter Especial

Existen peculiaridades respecto de las relaciones laborales de carácter especial, contenidas en diversas normas de aplicación. Así:

- El Personal de Alta Dirección disfrutará de las vacaciones fijadas en el propio contrato de trabajo, en cuanto no configuren prestaciones a cargo del empleado que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente.
- Los trabajadores/as de Servicio del Hogar Familiar, tendrán un período de vacaciones anuales de treinta días naturales, de los que al menos quince se disfrutarán de forma continuada, pudiéndose fraccionar el resto en la forma que acuerden las partes. Respecto al RD 1424/1985 que regula las relaciones especiales del servicio de hogar familiar, se lleva planteando la necesidad de su reforma y equiparación al régimen general, existiendo negociaciones entre gobierno y sindicatos mayoritarios sin materializarse reforma alguna hasta la fecha de cierre de la presente guía.
- Los Deportistas Profesionales, tendrán derecho a unas vacaciones anuales retribuidas de treinta días naturales, estableciéndose por convenio la época de disfrute y su posible fraccionamiento.
- Los Artistas en Espectáculos Públicos, tendrán derecho a unas vacaciones anuales retribuidas mínimas de treinta días naturales.
- Las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas, tienen derecho al disfrute de vacaciones anuales retribuidas cuya duración, criterios económicos y fechas de disfrute,

92. Este procedimiento es el adecuado aún cuando los motivos que se aleguen sean discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales.

93. Puede entenderse como momento inicial de cómputo, el de la fecha de publicación del convenio en el Boletín Oficial correspondiente, teniendo en cuenta que si el convenio no fija fecha de disfrute sino criterios para su determinación, el momento inicial del cómputo del plazo será aquel en que se apliquen y determinen fechas ciertas.

94. Plazo relacionado con el derecho del trabajador a conocer con dos meses de antelación la fecha de disfrute de las vacaciones.

serán las establecidas en los pactos colectivos o en el propio contrato, cuando éste sea más beneficioso. A falta de pacto colectivo o individual regirán las normas laborales de carácter general.

- A los trabajadores/as Minusválidos/as que trabajen en los centros especiales de empleo se les aplica el régimen general del ET.
- Al servicio público de estiba y desestiba de buques, se le aplica el régimen general del ET.

#### 4.2. PERMISOS Y LICENCIAS

Previo aviso y posterior justificación, el trabajador/a podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por distintos motivos, regulación establecida en el artículo 37 del ET, sin perjuicio de las disposiciones establecidas en los distintos Convenios Colectivos.

Nos encontramos ante un derecho del trabajador/a que podrá verse mejorado pero no reducido. Si la mejora fuera consecuencia de la voluntad del empresario, posteriormente no podrá éste de manera unilateral eliminarla<sup>95</sup>.

Los motivos que facultan para ausentarse del trabajo son:

- Quince días naturales por matrimonio. Se pueden acumular con el período de vacaciones, aunque el empresario, podrá oponerse motivadamente a su acumulación con las vacaciones.
- Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador/a necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días<sup>96</sup>.

*Cuadro nº22*

CONSANGUINIDAD	Grado	AFINIDAD	Grado
PADRE/MADRE	1º	SUEGROS/AS	1º
HIJOS	1º	YERNO/NUERA	1º
HERMANOS/AS	2º	CUÑADOS/AS	2º
ABUELOS/AS	2º	ABUELOS/AS CONYUGE	2º
NIETOS/AS	2º	PAREJA NIETO/A	

Según su literal se ha de entender que la enfermedad grave y hospitalización son dos supuestos diferentes que generan derecho a un permiso retribuido de forma independiente<sup>97</sup>. En éste sentido y a través de STS de fecha de 23 de abril de 2.009, se reconoce el permiso de dos días por hospitalización en supuestos de parto.

95. El TSJ de Asturias en sentencia de 20-2-1998 entendió que el empresario no podía retirar unilateralmente el número de horas que concedió a los trabajadores/as para acudir al médico.

96. Respecto a la redacción anterior del Estatuto de los Trabajadores, la Ley Orgánica de Igualdad añade a éstos supuestos el de intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario

97. Juzgado de lo Social Madrid núm.3, 3-06-2005.

- Un día por traslado del domicilio habitual.
- Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable<sup>98</sup> de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Si el cumplimiento citado, supone la imposibilidad de prestación del trabajo en más del 20% de las horas laborales en un período de tres meses, la empresa podrá pasar al trabajador/a a la situación de excedencia forzosa.
- Si el trabajador/a recibe una indemnización por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa.

La asistencia del trabajador/a a la conciliación administrativa y al acto del juicio tienen la naturaleza de permiso retribuido, obligado, que en su caso, será en los casos en que el trabajador/a es demandante.

El desempeño de funciones de jurado (actuar como miembro en un tribunal penal con jurado popular) tiene la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal.

- Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente. Se trata del uso del crédito horario para el ejercicio de funciones representativas, bien de los miembros del comité de empresa y delegados/as de personal, bien de los delegados/as sindicales que no formen parte del comité de empresa y tengan derecho a crédito horario. La justificación a posteriori del empleo de esa «horas sindicales» se ve muy atenuada, ya que su exigencia por parte de la empresa puede vulnerar la libertad sindical.
- Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.
- Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes, cuando se cursen con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional. Se precisa acreditar la presencia del trabajador/a en el examen.
- Por lactancia de un hijo menor de nueve meses tendrán derecho los/as trabajadores/as a una hora de ausencia del trabajo, que se podrá dividir en dos fracciones<sup>99</sup>. Este derecho podrá sustituirse a voluntad de la trabajadora por:
  - Reducción de su jornada en media hora<sup>100</sup>
  - o bien acumularlo en jornadas completas, según negociación colectiva o acuerdo.
 Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o la madre siempre y cuando los dos trabajen, pero sólo podrá disfrutarlo uno de los dos. Se deberá preavisar al empresario con quince días de antelación, la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria. Para estos derechos como para el acceso a la formación profesional se estará a lo pactado en Convenio Colectivo, que ha de expresar el carácter retributivo.
- Por nacimiento de hijo prematuro, o que por cualquier causa deban estar hospitalizados a continuación del parto, tendrán derecho el padre o la madre a:
  - Ausentarse del trabajo durante una hora con derecho a remuneración, previo aviso y así mismo
  - reducir la jornada hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de salario.

98. Si el deber puede realizarse fuera del horario laboral, no se concede el permiso.

99. Pueden ser de distinta duración.

100. Independientemente de la duración de la jornada.



- Los trabajadores/as que tengan por guarda legal a su cuidado directo algún menor de ocho<sup>101</sup> años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe actividad retribuida, tendrán derecho, a una disminución de jornada de entre al menos un octavo y un máximo de la mitad de ésta. La reducción de la jornada conlleva la disminución del salario de manera proporcional<sup>102</sup>. Este mismo derecho lo tiene quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, que no desempeñe actividad retribuida, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no pueda valerse por sí mismo como consecuencia de la edad, accidente o enfermedad.
- La concreción horaria y determinación del período de disfrute de la reducción de jornada corresponde al trabajador/a, dentro de la jornada ordinaria<sup>103</sup>. El trabajador/a debe preavisar al empresario con 15 días de antelación la fecha en que se incorporará a la jornada ordinaria. Las discrepancias<sup>104</sup> sobre ésta materia entre el empresario y el trabajador/a se resuelven de acuerdo al procedimiento especial recogido en el artículo 138 bis de la LPL, sin ser susceptible de interposición de recurso.

Hay que hacer valer que esta discusión no tiene fundamento, pues la lactancia origina un permiso retribuido y la reducción de jornada es a costa del trabajador/a, por lo que son reducciones de jornada de distinta naturaleza. Quien pide permiso de reducción por guarda legal no puede verse privado del permiso retribuido por lactancia, pues se le ocasiona un perjuicio injustificado, y se genera un lucro indebido al empresario.

- En el caso de que dos o más trabajadores/as de la misma empresa generasen este derecho por la misma persona, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones de funcionamiento de la empresa que tendrá que probar.

101. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, modifica el derecho a la reducción de jornada, aumentando a ocho años (antes 6 años) la guarda legal así como ampliando el límite mínimo de reducción de jornada a un octavo (antes un tercio).

102. Se han dado respuestas distintas respecto a la compatibilidad o incompatibilidad del permiso por guarda legal y el de lactancia. Así mientras que el TSJ de Cataluña en sentencia de 8 de marzo de 1999 manifiesta que «(...)la lactancia del recién nacido es un hecho natural distinto, independiente y diferenciado del cuidado directo o guarda del mismo que si bien normalmente acostumbra a coincidir y llevarse a cabo por la madre de hecha y en la práctica coexisten separados y pueden llevarse a cabo por personas o instituciones diferenciadas sin que el uno implique ni lleve aparejado necesariamente el otro (...); el TSJ de Madrid en su sentencia 20-07-1998, los considera incompatibles argumentando que «(...)la norma no previene es que ambos sean compatibles entre sí, porque el uno y el otro tienen la misma causa o razón de ser -el cuidado del menor (...).» Ésta última sentencia del TSJ Madrid tiene formulado un voto particular que contempla la posibilidad de ejercitar de forma simultánea ambos derechos.

103. La expresión de jornada ordinaria no se entiende como la de horario ordinario de cada trabajador/a tal y como ha reiterado numerosa jurisprudencia, sino la jornada ordinaria que se establezca en cada uno de los centros de trabajo a través del Convenio Colectivo de aplicación. Así mismo, a través de SAN de fecha 28-02-2005 en el ámbito de la mercantil Leroy Merlin, se establece que en aquellos centros de trabajo con turnos rotatorios, «declarando el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a determinar y concretar el horario en que prestarán sus servicios a lo largo de la jornada laboral, en cualquiera de los turnos rotatorios que vienen desempeñando, a fin de poder llevar a cabo el cuidado inherente a la protección de la familia y en aras de una atención adecuada de los sujetos objeto de tal cuidado -menores, minusválidos, familiares que no puedan valerse por sí mismos».

104. El Tribunal Constitucional a través de su sentencia 3/2007 ha concedido el amparo a una trabajadora al no haber reconocido el juzgado de instancia la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional tales como la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras (artículo 14 CE) así como la protección a la familia y a la infancia ( artículo 39 de la Constitución Española) ni cuáles fueron las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa.

Los trabajadores/as que disfruten de estos derechos, no podrán verse excluidos o discriminados en ningún aspecto de su relación laboral, ya que sería considerado una acto discriminatorio frente al resto de trabajadores/as.

**Cuadro n°23**
**Cuadro resumen de permisos y licencias**

Matrimonio	15 días naturales.
Nacimiento de un hijo	2 días naturales, 4 si necesita desplazamiento.
Fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario	2 días naturales, 4 si necesita desplazamiento.
Traslado de domicilio	1 día.
Cumplimiento de un deber inexcusable,(de carácter público y personal)	El tiempo indispensable
Ejercicio del derecho de sufragio activo	El tiempo indispensable
Deber inexcusable que conste en una norma legal.	Se estará a lo dispuesto para su duración y compensación.*
Representantes sindicales en período de negociación	El tiempo necesario para el adecuado ejercicio de su labor.
Exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.	El tiempo indispensable para su realización.
La trabajadora, por lactancia de un hijo menor de 9 meses,	1 hora de ausencia del trabajo, o reducción de ½ hora de jornada.
Guarda legal de un menor de 8 años Guarda legal de un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida.	Puede optar por reducción de jornada de trabajo, con reducción proporcional de sueldo. La reducción será entre un octavo y la mitad de la jornada normal.
Desempeño de la función de jurado	Se asimila a deber inexcusable
Miembros y delegados/as de Comité y Delegados/as de Empresa	Según regulación de representación sindical
* Si supusiese la imposibilidad de prestación de trabajo en más del 20% en un período de tres meses, la empresa podrá pasarlo a la situación de excedente forzoso.	

**5. FALTAS Y SANCIONES**
**Legislación aplicable:**

*Constitución Española, artículo 25.*

*Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículos 54, 58, 60, 64, 68.*

*Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en especial los artículos 114 y 115.*

*Resolución 13 de Mayo de 1997, Acuerdo de Cobertura de Vacíos.*

## 5.1. PODER DISCIPLINARIO DEL EMPRESARIO

### 5.1.1. Cuestiones Generales

Bajo este epígrafe venimos a realizar unas breves notas explicativas sobre el poder disciplinario o derecho sancionador del empresario, materia sobre la que se expondrán ciertas normas básicas y las cuestiones más generales. Pero sobre las cuestiones a explicar, se debe estar al supuesto concreto, dado lo casuístico de las faltas y sus correspondientes sanciones, acudiendo a los gabinetes jurídicos de la CGT.

El poder disciplinario y sancionador del empresario abarca a todos los trabajadores/as en virtud del contrato de trabajo que les une. Tiene, evidentemente, un límite personal, pues sólo se puede sancionar a las personas ligadas por contrato de trabajo. También tiene el límite material, pues sólo son sancionables las cometidas en la ejecución del contrato o en conexión con este.

El empresario tiene atribuido en nuestro sistema legal un poder disciplinario que le permite adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad. La contrapartida es que debido a esta facultad concedida al empresario es el derecho del trabajador/a a instar la vía judicial laboral para revisar la conformidad a derecho de la decisión empresarial (STC 206/1987).

El trabajador/a por cuenta ajena se encuentra bajo el poder disciplinario del empresario, dentro de su ámbito de organización y dirección.

La empresa puede sancionar las faltas de los trabajadores/as, si bien hay que decir que dicha facultad sancionadora puede ser delegada en otros sujetos así como que tanto faltas como sanciones deben estar fijadas con carácter previo bien en disposiciones legales, reglamentarias o convencionales de aplicación.

### 5.1.2. Principios del derecho sancionador del empresario

Hay que destacar determinados aspectos o principios que rigen el derecho disciplinario del empresario.

El poder sancionador se encuentra limitado por el principio de «tipicidad», respecto de la falta, es decir, que para que un comportamiento pueda ser sancionado, éste debe estar previamente regulado como tal comportamiento sancionable.

También limita este poder sancionador el principio de «legalidad» respecto de la sanción que consiste en la necesidad de que para imponer una sanción, ésta se encuentre previamente prevista bien sea en disposición legal o convencional.

Este principio, la necesidad de la previsión en texto legal o convencional, será aplicable tanto a la conducta sancionable como al tipo de sanción.

Afecta como límite al procedimiento sancionador el principio de «non bis in idem», es decir, un mismo comportamiento no puede dar lugar a más de una sanción laboral. Este principio, según la jurisprudencia, no está vulnerado porque la reincidencia se considere como agravante a la hora de imponer la segunda sanción o si la primera se toma como una medida cautelar, imponiéndose la segunda definitivamente con posterioridad.

También es aplicable el principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción, debe existir una correspondencia entre la gravedad del comportamiento realizado por el trabajador/a y la sanción que se imponga por el mismo, de esta manera se establece una gradación de las conductas

sancionables estableciéndoles como leves, graves y muy graves, que veremos con posterioridad, correspondiendo unas sanciones u otras en función de la gravedad de la infracción.

Como en todo el derecho laboral es aplicable el principio de derecho a la igualdad y a la no discriminación, siendo nulas las sanciones impuestas por tales motivos. No se puede dar un trato diferenciado a los trabajadores/as autores de idénticos hechos. No obstante, si se puede dar un trato diferenciado si existen razones objetivas que justifiquen la desigualdad de trato.

Limitando este principio, pero con la advertencia de estar al caso concreto, si debemos explicar que se ha admitido la existencia de sanciones distintas para hechos similares si bien éstas deben ser argumentadas, razonadas y justificarse en base a determinadas circunstancias (entre estas circunstancias se ha considerado razonable valorar la antigüedad o la categoría profesional para graduar la sanción a imponer).

No es aplicable en cambio el principio de presunción de inocencia, que ha sido limitado por el Tribunal Constitucional al derecho penal y al derecho administrativo sancionador. No obstante, pese a la exclusión de este principio del ámbito laboral esto no excluye al empresario de la necesidad de probar (y asumir el principio de la carga de la prueba) de la falta que atribuya al trabajador/a; pese a ello, una posterior absolución en el orden penal por los mismos hechos en aplicación del principio de presunción de inocencia, no implica necesariamente la revisión de la sanción laboral impuesta.

Por otra parte rige, en materia de sanciones laborales, el principio de sometimiento de las mismas a control judicial, pudiendo revisar la jurisdicción social las sanciones por dos tipos de procedimiento: el de impugnación de sanciones y el de despido, cuando la sanción sea de este tipo.

## 5.2. FALTAS LABORALES

El Estatuto de los Trabajadores sólo regula una serie de actos y conductas sancionables muy graves y que son causas de despido, que aparecen reguladas en el artículo 54.2 ET. Respecto de las demás faltas, el art. 58.1 ET remite a las disposiciones legales, que comprenden las normas convencionales (convenio o Acuerdo de Cobertura de Vacíos para los que tenían su regulación en las ordenanzas de trabajo y no lo han regulado convencionalmente).

Hay una serie de circunstancias ponderadoras de la gravedad de la falta y, en consecuencia de la gravedad de la sanción, entre estas y citadas a modo orientador podemos destacar (se encuentran puestas en clave atenuadora de la falta y la sanción, en sentido contrario darían mayor entidad al comportamiento objeto de sanción):

- ausencia de reiteración en la falta.
- ausencia de sanciones anteriores.
- publicidad de los hechos
- transgresión de la buena fe contractual y de la confianza propia de la relación laboral.
- generación de situaciones de riesgo.

### 5.2.1. Graduación de las faltas

Las faltas se califican de modo graduado, existiendo faltas leves, graves y muy graves.

### 5.3. SANCIONES LABORALES

#### 5.3.1. Cuestiones Generales

Se requiere la voluntad de conocer que no se puede realizar tal comportamiento, que a pesar de esto exista voluntad de hacerlo y, finalmente se realice. En este sentido fijando estos requisitos podemos citar la STS 27.IX.1988.

Hay que tener en cuenta que para aquellos colectivos que no se encuentran regulados por convenio colectivo tienen reguladas las faltas y sanciones por el Acuerdo de Cobertura de Vacios<sup>105</sup>, que establece en su Capítulo IV el régimen disciplinario.

El artículo 17 establece los principios ordenadores del régimen disciplinario, el artículo 18 tipifica los comportamientos sancionables como faltas laborales, mientras que el artículo 19 establece las sanciones para los diferentes comportamientos regulados como faltas.

Así, establece «Art. 19. Sanciones.—1. Las sanciones máximas que podrán imponerse por la comisión de las faltas enumeradas en el artículo anterior, son las siguientes:

a) *Por falta leve. Amonestación verbal o escrita y suspensión de empleo y sueldo de hasta dos días.*

b) *Por falta grave. Suspensión de empleo y sueldo de tres a catorce días.*

c) *Por falta muy grave. Suspensión de empleo y sueldo de catorce días a un mes, traslado a centro de trabajo de localidad distinta durante un período de hasta un año y despido disciplinario».*

En el apartado segundo del mismo artículo se establece el régimen de cancelación de las sanciones ya impuestas.

Así, regula «2. *Las anotaciones desfavorables que como consecuencia de las sanciones impuestas pudieran hacerse constar en los expedientes personales quedarán canceladas al cumplirse los plazos de dos, cuatro u ocho meses, según se trate de falta leve, grave o muy grave».*

#### 5.3.2. Prohibición de ciertas sanciones

Están prohibidas por el Estatuto de los Trabajadores las sanciones consistentes en la reducción de la duración de vacaciones u otra minoración o disminución de los derechos a descanso del trabajador/a y la multa de haber, es decir, un descuento en la retribución.

No cabe sancionar con la pérdida de la categoría profesional que ostente el trabajador/a, así STSJ Cantabria 12.02.93.

Es una prescripción de derecho necesario y por tanto irrenunciable tanto en la negociación colectiva como en los contratos de los trabajadores/as individuales.

#### 5.3.3. Prescripción de sanciones

Las faltas de los trabajadores/as prescriben tal y como establece el art. 60 ET según los siguientes plazos:

105. Este texto es de obligada aplicación si no existe texto legal o convencional que contemple el tratamiento de las materias desarrolladas en el mismo tras el plazo otorgado en dicho acuerdo, que fijaba la fecha 1 de enero de 1998.

- las faltas leves a los diez días.
- las faltas graves a los veinte días.
- las faltas muy graves a los sesenta días desde que se tiene conocimiento o a los seis meses desde el momento de la comisión de la falta.

El cómputo de la prescripción incluye los días inhábiles (STS 18.11.1989).

El cómputo del plazo se inicia desde el momento en que los hechos son conocidos por la empresa.

Se presume dicho conocimiento desde el momento en que normalmente debió tenerse conocimiento, salvo prueba en contrario de la clandestinidad del comportamiento o la necesidad de investigación y comprobación de los hechos.

De hecho, los tribunales han ido estableciendo la posibilidad, si los hechos lo requieren, de que no se inicie el cómputo si la empresa tiene un conocimiento superficial, indiciario o parcial de los hechos, debiendo fijarse el momento del cómputo cuando la empresa tenga conocimiento pleno, cabal y exacto de los hechos.

El plazo se interrumpe si se incoa un procedimiento penal, iniciándose de nuevo el cómputo cuando ha concluido dicho procedimiento penal.

También interrumpe el plazo prescriptivo por el expediente disciplinario cuando venga exigido por la legislación o por la normativa convencional.

Hay que citar como supuesto particular que cuando se trate de una **falta laboral continuada** ésta no empieza a prescribir mientras persista el comportamiento infractor, momento en el cual comenzarán dichos actos.

Para que opere la prescripción es necesario alegarla, puesto que no es apreciable de oficio.

#### 5.4. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El empresario puede adoptar decisiones de eficacia inmediata, si bien debe seguir un determinado procedimiento en función de la gravedad de los hechos presuntamente cometidos y a sancionar.

El ejercicio del poder disciplinario se realiza para las faltas leves sin necesidad de procedimiento alguno, salvo que se haya establecido su necesidad mediante la negociación colectiva. Se recomienda reforzar los derechos y garantías de los trabajadores/as estableciendo la obligatoriedad de un procedimiento sancionador con trámites que permitan la defensa mediante la negociación colectiva.

Las faltas graves o muy graves exigen la comunicación escrita por parte de la empresa, comenzando los efectos jurídicos a partir de su recepción por parte del trabajador/a. En las muy graves habrá, además, que informar a los/as representantes unitarios de los trabajadores/as (o a los sindicales si el sancionado es afiliado/a a un sindicato) de la sanción impuestas.

#### 5.5. GARANTÍAS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES/AS

Para los representantes legales de los trabajadores/as, bien sean unitarios o sindicales, se exige la apertura de expediente contradictorio cuando se trate de faltas graves o muy graves, siendo

preceptiva la audiencia del interesado, así como del resto de integrantes de la representación a la que perteneciera el trabajador/a. Este requisito afecta a los representantes hasta un año después del cese en sus funciones e incluso a los candidatos durante el proceso electoral, no así a los suplentes de los mismos.

El incumplimiento de estos requisitos debe conllevar la nulidad de la sanción.

Como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia, entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18.02.1997 «(...)las garantías de los representantes de los trabajadores frente al poder disciplinario empresarial revisten una especial trascendencia ya que tienen por finalidad la tutela de un interés colectivo, que, en principio, resulta siempre afectado por los actos de sanción a estos representantes, en cuanto que a través de tales actos puede atentarse, de forma directa o indirecta, contra su independencia y, por tanto contra su propia autonomía de la acción representativa en la empresa».

En un mismo sentido de defensa de las garantías de los representantes de los trabajadores/as se encuentran el Convenio 135 de la OIT, así como la Recomendación número 143 de la OIT.

No cabe convertir o reducir a un mero formalismo el referido expediente contradictorio, de tal modo que pierda toda trascendencia o significado.

Tal y como ha establecido el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre otras las de fechas 19.05.1986, 26.12.1989 y 23.05.1990, el expediente contradictorio conlleva la posibilidad de proponer pruebas para que sean practicadas, así como la posibilidad de que por los intervinientes puedan realizar alegaciones que eviten, que tal procedimiento, devenga en instrumento ilusorio del derecho de información y defensa.

## 5.6. PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE SANCIONES

Las sanciones, como se indicaba al iniciar este Capítulo, pueden ser impugnadas por los trabajadores/as para que sea analizada su conformidad y adecuación a derecho, así como la realidad de los hechos que se discutan.

El plazo para impugnar es de 20 días hábiles, a computar desde la fecha de la notificación.

La tramitación se realiza mediante el procedimiento de impugnación de sanciones regulado en los artículos 114 y 115 LPL del cual indicaremos sus peculiaridades.

En su tramitación hay que señalar que por parte de la empresa se debe aportar al procedimiento el expediente contradictorio en los procesos por faltas graves o muy graves a los trabajadores/as que ostenten la condición de representante legal o sindical.

También hay que señalar que en la celebración del acto del juicio se altera el orden de alegaciones, pruebas y conclusiones debiendo intervenir en primer lugar el demandado (la empresa sancionadora).

La carga de la prueba de los hechos por los que se sanciona y que se han imputado al trabajador/a corresponden al empleador, no pudiendo aplicarse el *juego* normal de reglas del proceso ordinario en torno a la valoración de ciertas pruebas o a la falta de cooperación de la parte en la actividad probatoria.

La sentencia es irrecurrible salvo para los supuestos de sanciones por faltas muy graves, apreciadas judicialmente (art. 115.4 LPL y art 189.1 LPL).

De la propia sentencia y de su contenido, en este procedimiento, hemos de señalar que la misma, en su fallo, puede:



- confirmar la sanción, por entender acreditado el cumplimiento de exigencias de forma, y la realidad del comportamiento imputado al trabajador/a, la entidad de la misma, la graduación de la sanción, y la correspondencia entre falta y sanción..
- revocar la sanción totalmente.
- revocar la sanción en parte, por considerar que el comportamiento no reviste la gravedad que el empresario le ha atribuido.
- declarar nula la sanción, por no estar la sanción prevista o prohibida, o por haberse impuesto vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas, supuesto que se da sino se ha abierto expediente contradictorio en el caso de los representantes de los trabajadores/as, o si no se ha informado a los mismos en el caso de las faltas muy graves.

### 5.7. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En relación con el régimen disciplinario la CGT plantea como opciones para la Negociación colectiva los siguientes puntos:

- Incremento de garantías y requisitos que amparen a los trabajadores/as frente al despido.
- Limitación de la capacidad del empresario para tipificar faltas y sancionar.
- Establecimiento de comisiones de control sobre régimen disciplinario.
- Establecer mecanismos de revisión internos en la empresa y con control sindical de revisión del régimen disciplinario.
- Mejorar el régimen de faltas y sanciones, haciéndolo más garantista para el trabajador/a que se ve en un procedimiento sancionador.

## 6. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

### **Legislación aplicable:**

*Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículos 40, 41, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56 y 60.*

*Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.*

### 6.1. INTRODUCCIÓN

Las sucesivas reformas laborales del ordenamiento laboral español (desde el Real Decreto de Relaciones Laborales de 1977 hasta la reforma laboral de 2010) han tenido un denominador común a lo largo de los años, independientemente de las distintas coyunturas económicas y sociales en las que han nacido: el objetivo de facilitar y abaratar el despido.

La convalidación de ilegalidades (el que sea el propio empresario, con carácter general, el que decida si un trabajador/a despedido sin causa retorna o no a su puesto de trabajo), la ampliación de los supuestos de despido justificado (la posibilidad legal de que una empresa que jamás haya tenido pérdidas despidiera por causas económicas) o el abono, desde la reforma del 2010, de parte de las indemnizaciones de despido por parte del FOGASA, no hacen sino profundizar en una realidad incuestionable: el poder de uno de los extremos de la relación laboral es infinitamente superior al otro.

Los sucesivos gobiernos con distintas etiquetas no han hecho otra cosa que asumir sin cortapisas el dogma neoliberal que afirma que, cuanto más barato y fácil sea despedir más empleo y de más calidad se creará. Esta tesis, que las cifras se han empeñado en desmentir (cuarenta años de abaratamiento del despido no han permitido bajar casi nunca de un paro de dos dígitos y una temporalidad in crescendo), enmascara una realidad más profunda: la enorme capacidad de la patronal para influir, en su propio beneficio, en las reformas laborales.

En un contexto como el presente donde se realizan 10 veces más contratos temporales que indefinidos (en el segundo trimestre de 2010, 1.268000, frente a 122000, en cifras del Ministerio de Trabajo), donde la presunta excepción (el contrato temporal) tiene muchos más supuestos de aplicación que la regla y donde, poco a poco, se avanza hacia el contrato único (después del 2015 al empresario le costará lo mismo despedir objetivamente a un trabajador/a que finalizar un contrato temporal) no queda más que, además de tener claros los conceptos que vamos a exponer en el siguiente apartado para conocer las formalidades de la extinción, confiar en nuestra acción sindical y capacidad de organización para contrarrestar, en la calle, las reformas legislativas de los parlamentos y la patronal.

## 6.2. CAUSAS DE EXTINCIÓN

La extinción del contrato de trabajo supone la finalización de la relación laboral entre trabajador/a y empresario, y por lo tanto el fin de las obligaciones mutuas que entre ambos surgían del contrato de trabajo.

### *Cuadro n°24*

Las causas de extinción del contrato de trabajo se recogen en el artículo 49.1 del ET y son:

- Por mutuo acuerdo de las partes (artículo 49.1.a ET).
- Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario (artículos 49.1.b ET).
- Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato (artículo 49.1.c ET).
- Por dimisión del trabajador/a (artículo 49.1.d ET)

- Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador/a, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 del ET.<sup>106</sup> (artículo 49.1.e ET)
- Por jubilación del trabajador/a (artículo 49.1.f ET).
- Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, además de por extinción de la personalidad jurídica de la empresa (artículo 49.1.g ET).
- Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo (artículo 49.1.h ET).
- Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 49.1.i ET).
- Por voluntad del trabajador/a, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario (artículo 49.1.j ET).
- Por despido del trabajador/a (artículo 49.1.k ET).
- Por causas objetivas legalmente procedentes (artículo 49.1.l ET).
- Por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género (artículo 49.1.m ET)

Sea cual sea la causa de extinción, siempre y en todo supuesto el empresario tiene que abonar al trabajador/a la correspondiente Liquidación de las cantidades adeudadas y no cobradas, en todo caso incluyendo el equivalente monetario de las vacaciones devengadas y no disfrutadas y la parte correspondiente de las pagas extraordinarias en caso de que no se prorrateen por mensualidades y ello sin perjuicio de la correspondiente indemnización que en cada caso correspondiera. El trabajador/a tiene derecho a que un representante de los trabajadores/as esté presente en el momento de la firma del finiquito y, caso de no estar de acuerdo con las cantidades adeudadas, debe no firmarlo o firmarlo como «recibido y no conforme».

Es este punto, nos remitimos al punto 2 del presente Capítulo (Salario) donde se estudia la «Liquidación, Saldo y Finiquito».

Pasamos a analizar a continuación las distintas causas de extinción, por el orden en el que se recogen en el artículo 49 del ET.

### 6.2.1. Por mutuo acuerdo entre trabajador/a y empresario

En este supuesto son las partes las que, voluntariamente, resuelven el contrato, y por tanto desaparece la relación laboral entre trabajador/a y empresario. Se recoge esta causa en el artículo 49.1.a del ET, y queda en manos de trabajador/a y empresario la concreción de las condiciones de la resolución del contrato.

Por supuesto, la decisión adoptada por empresario y trabajador/a debe haber sido adoptada plenamente en libertad, sin mediar amenazas, coacciones, intimidación o engaño que supongan un «vicio del consentimiento», y por consiguiente sea nula la decisión del trabajador/a.

Además, debemos tener en cuenta que la fijación de las condiciones de esta extinción del contrato por mutuo acuerdo entre las partes no es ilimitada, ya que no es posible que el trabajador/a

106. Artículo 48 del ET. Suspensión con reserva de puesto de trabajo. «(...) 2. En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador/a vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente».

renuncie a los derechos que tenga reconocidos en la Ley o Convenios Colectivos, tal y como establece el artículo 3.5 del ET<sup>107</sup>, ni tampoco es posible que el acuerdo sea contrario «interés u orden público» o perjudique a terceros. Por lo tanto, la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes, no conlleva la renuncia del trabajador/a a ninguno de sus derechos, como por ejemplo su liquidación correspondiente, salarios pendiente de cobro o vacaciones por disfrutar.

La extinción por mutuo acuerdo de un contrato de trabajo no requiere formalidades especiales. Si se pacta alguna compensación económica para el trabajador/a, éste se podrá aplicar la reducción del 40 % de la misma en su declaración de IRPF como rendimiento obtenido de forma irregular en el tiempo, siempre que haya trabajado al menos dos años en la empresa.

Es muy importante resaltar que, cuando la extinción del contrato de trabajo se realiza por mutuo acuerdo entre las partes, el trabajador/a no tiene derecho a la prestación por desempleo. Tampoco existe derecho a indemnización, salvo que en el acuerdo entre empresario y trabajador/a se fije.

### 6.2.2. Por las causas consignadas válidamente en el contrato

Tal y como establece el artículo 49.1.b del ET. Su límite está en que estas causas no supongan «abuso de derecho manifiesto» por parte del empresario.

Han sido catalogadas de abusivas por los tribunales, como causa de extinción del contrato de trabajo, por ejemplo, la pérdida o no renovación del permiso de conducir vehículos de viajeros (STSJ de Asturias, de 26 de mayo de 2000). En definitiva, es legal fijar una condición resolutoria como causa de extinción del contrato de trabajo:

- Si la condición supone un suceso pasado que los interesados ignoren, o un hecho futuro e incierto.
- Si existe denuncia del contrato por parte del empleador.

Esta causa de extinción es similar a la analizada anteriormente, y de ella tampoco se deriva derecho a indemnización a favor del trabajador/a, salvo pacto en contrario, que puede incluirse en el Convenio Colectivo.

Pero sí se genera derecho a prestación por desempleo (si se cumplen el resto de requisitos para cobrar la prestación), pues el cumplimiento de las condiciones o causas fijadas en el contrato de trabajo, y por lo tanto la extinción del contrato, son ajenas a la voluntad del trabajador/a.

Causas de esta naturaleza que son usuales en los contratos de trabajo, son, por ejemplo, las consignadas en los contratos de interinidad, contrato que finaliza cuando se incorpora el trabajador/a sustituido, finalización de la contrata que une a la que está vinculado el contrato (supuesto típico de los contratos por obra o servicio determinado) o no haber alcanzado el rendimiento o las ventas estipuladas en contrato (aunque los tribunales han estimado que esta causa no opera, aunque figure en el contrato, si se pide un nivel abusivo o extraordinario, según la STSJ Asturias de 28-3-2003).

El empresario debe, en el momento de cumplirse la causa de resolución señalada en el contrato de trabajo (por ejemplo, la reincorporación del trabajador/a sustituido), «denunciar» el contrato, esto es, comunicar al trabajador/a el fin de la relación laboral por haberse consumado la causa. De lo contrario, y si el trabajador/a sigue prestando sus servicios, pueden darse dos supuestos:

107. Artículo 3.5 del ET. «Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por Convenio Colectivo».

- Si el contrato no estaba concertado por el tiempo máximo legalmente permitido, se entiende prorrogado hasta la duración legal máxima.
- Si el contrato estaba concertado por el tiempo máximo legalmente permitido, se entiende prorrogado indefinidamente, (en este sentido, la STSJ Cataluña, de 14 de febrero de 1992).

Si el contrato finaliza por esta causa, el trabajador/a sí tiene derecho a la prestación por desempleo, siempre y cuando cumpla el resto de exigencias para cobrar la prestación.

### **6.2.3. Expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato**

Esta causa se recoge en el artículo 49.1.c del ET, y es propia de los contratos de duración determinada.

Esta causa de extinción comprende la realización de la obra o servicio determinado, la expiración del tiempo de los contratos eventuales por circunstancias de la producción, o la finalización del tiempo pactado para los contratos formativos.

Además de en el ET, este tipo de contratos tiene gran parte de su regulación en los distintos Convenios Colectivos, a los que nos remitimos en esta Guía.

Terminado el tiempo del contrato, o realizada la obra o servicio objeto del mismo, debe existir denuncia previa por parte del empresario, que deberá ser realizada con quince días de antelación si el contrato ha durado más de un año. No obstante, de nuevo debemos remitirnos a la regulación que, en los respectivos Convenios Colectivos, se hace respecto de la denuncia de los contratos de duración determinada. En el caso de los contratos de obra o servicio determinado, la duración máxima que pueden tener es de tres años, ampliables a un cuarto por negociación colectiva, tiempo tras el cual los trabajadores/as adquieren la condición de fijos en la empresa.

Si realizada la obra o prestado el servicio, o llegado el final del tiempo del contrato, y no existe denuncia previa por parte del empresario, entran en juego los dos supuestos antes vistos:

- Si el contrato no estaba concertado por el tiempo máximo legalmente permitido, se entiende prorrogado hasta la duración legal máxima.
- Si el contrato estaba concertado por el tiempo máximo legalmente permitido, se entiende indefinidamente.

Salvo que se haya pactado otra cosa, o exista regulación distinta en el correspondiente Convenio Colectivo que mejore lo establecido en la normativa general, a la finalización del contrato, excepto en los de interinidad, inserción y contratos formativos, el trabajador/a tiene derecho a una indemnización de 8 días por año trabajado, que de acuerdo a la ley 35/2010, se irá incrementando progresivamente a:

- Contratos celebrados desde el 1 de enero de 2012: 9 días.
- Contratos cocelebrados desde el 1 de enero de 2013: 10 días.
- Contratos Celebrados desde el 1 de enero de 2014: 11 días
- Contratos celebrados desde el 1 de enero de 2015: 12 días.

La extinción del contrato de trabajo por esta causa, da derecho al trabajador/a a la prestación por desempleo, siempre y cuando se cumplan el resto de requisitos exigidos en la LGSS.

### 6.2.4. Por dimisión del trabajador/a

Esta causa se encuentra recogida en el artículo 49.1.d del ET, y permite al trabajador/a rescindir unilateralmente su contrato de trabajo, con el único requisito de preavisar con la antelación señalada en el correspondiente Convenio Colectivo, o según la «*costumbre del lugar*».

Es importante señalar que en caso de que el trabajador/a no realice este preaviso, y esté obligado/a a ello, deberá indemnizar al empresario, en la cuantía que usualmente suele corresponder a una cantidad igual al salario de los días no preavisados. Esto es, si por el Convenio Colectivo el trabajador/a estaba obligado en caso de dimisión a preavisar con quince días de antelación, y sólo preavisó con diez días, el empresario podrá descontar del finiquito una cantidad igual al salario de cinco días.

No obstante, existe una línea jurisprudencial que, en base a la prohibición de «multa de haberes», esto es, la prohibición de sancionar con descuentos de devengos generados por el trabajo, la empresa debería, por tanto, acreditar la producción de un daño o perjuicio para poder reclamar ser indemnizada por el incumplimiento de la obligación de preavisar por parte del trabajador/a. Sólo una vez acreditado el daño o perjuicio por el empresario, se podrá exigir dicha indemnización al trabajador/a que no preavisó, con el límite máximo tasado regulado en el convenio correspondiente (SAN de 24 de abril de 2003, referente a la impugnación por parte de CGT del II Convenio Estatal del Sector del Telemarketing, SAN de 5 de marzo de 2002, SSTSJ País Vasco de 7 de octubre de 1997, 9 de julio de 1998, STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 1995).

No obstante, se recomienda preavisar, pues si la empresa, pese a lo aquí expuesto, decide descontar los días no preavisados del finiquito, nos obligará a acudir a un procedimiento judicial de reclamación de cantidad.

La extinción del contrato por dimisión del trabajador/a no permite a éste acceder a la prestación por desempleo, ni genera indemnización a su favor, pero tampoco supone la renuncia de los derechos que, convencional o legalmente, le correspondan (salarios pendientes de cobro, partes proporcionales de pagas extras, vacaciones, etc). Sí podrán acceder a la prestación las trabajadoras que, siendo víctimas de la violencia de género, tengan que dejar su trabajo por esta causa, si cumplen los demás requisitos legales.

Por otra parte, se considera dimisión voluntaria o renuncia del trabajador/a, el no reincorporarse a la empresa, por ejemplo, en supuestos de despidos nulos, o cuando la empresa opta por la readmisión en caso de despido improcedente; el no reincorporarse a la llamada del empresario en el caso de los trabajadores/as fijos discontinuos; o no reincorporarse tras finalizar el cumplimiento de una sanción de suspensión de empleo y sueldo, o al finalizar alguna situación de suspensión del contrato de trabajo, por ejemplo tras una huelga.

No obstante, en estos supuestos hay que valorar los «actos posteriores y coetáneos del trabajador/a», como por ejemplo, si se incorporó a otra empresa al tiempo de renunciar, con el fin de deducir si su intención era dimitir o renunciar al puesto de trabajo, extremo éste que en todo caso debe acreditar la empresa en caso de litigio (entre otras, doctrina mantenida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en STSJ de 22 de abril de 1994 o por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en STSJ de 23 de enero de 2002).

La dimisión del trabajador/a tiene carácter de irrevocable. Ello significa que el trabajador/a una vez manifestada su voluntad, no puede volverse atrás, salvo que el empresario acepte su vuelta.

## **6.2.5. Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador/a**

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 del ET con respecto al derecho a de reserva del puesto de trabajo, que más adelante explicamos. Nos encontramos ante supuestos recogidos en el artículo 49.1.e del ET, en los que se dan una serie de circunstancias no provocadas por el trabajador/a, pero que le afectan e impiden el mantenimiento de la relación laboral.

### **6.2.5.1. Por muerte del trabajador/a, como causa de extinción de la relación laboral**

Por muerte del trabajador/a, como causa de extinción de la relación laboral, pues el trabajo asalariado es una prestación que el trabajador/a contratado debe realizar personalmente. Por otra parte, los salarios y cantidades debidos al trabajador/a al tiempo de su fallecimiento, deben ser pagados a sus herederos. Así mismo, debemos tener en cuenta las distintas prestaciones (pensión de viudedad y orfandad) que en su caso provoca la muerte del trabajador/a, así como el llamado subsidio de defunción (prestación de la seguridad social que perciben los familiares de una persona fallecida de cuantía irrisoria, fijada para 2009 en un pago único de 30,05 €).

Algunos Convenios Colectivos establecen indemnizaciones en caso de fallecimiento del trabajador/a.

Si la muerte del trabajador/a ha sido consecuencia de una enfermedad profesional o accidente laboral, los familiares del fallecido tienen derecho a una indemnización a tanto alzado que debe pagar la Seguridad Social, sin perjuicio de las posibles responsabilidades e indemnizaciones que se le pudieran reclamar al empresario, si la enfermedad o accidente profesionales han sido consecuencia de la inobservancia de sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo.

En caso de muerte natural, el empresario debe abonar a los herederos del trabajador/a una indemnización correspondiente a quince días de salario. El orden de preferencia de esa indemnización es el siguiente:

- Cónyuge,
- Descendientes menores de dieciocho años o incapacitados,
- Hermanos huérfanos y a su cargo menores de dieciocho años,
- Ascendientes mayores de sesenta años o incapacitados.

Esta obligación del empresario, fue establecida por Decreto de 2 de marzo de 1944, sin que haya sido derogado a día de hoy. En caso de pluriempleo, la indemnización debe ser abonada por cada uno de los empresarios, según estableció la Resolución de 13 de enero de 1947.

### **6.2.5.2. La declaración de una incapacidad permanente**

La declaración de una incapacidad permanente del trabajador/a en los grados de gran invalidez, absoluta y total para la profesión habitual, también supone la extinción del contrato de trabajo, tal y como explicamos en este apartado.



Debemos aclarar que existe un supuesto particular, recogido en el artículo 48.2 del ET<sup>108</sup>, en el caso de declararse la incapacidad permanente en estos grados, pero cuando a juicio del órgano evaluador que declara la incapacidad permanente del trabajador/a, es previsible la mejoría de éste/a. En este caso, no hay extinción sino suspensión del contrato de trabajo, con reserva del puesto de trabajo durante dos años.

En el caso de que la incapacidad permanente sea calificada de total para la profesión habitual, el empresario puede optar por rescindir la relación laboral, o por dar otro puesto de trabajo al trabajador/a, adecuado a su incapacidad total. Si optara por recolocar al trabajador/a en otro puesto para el que no estuviera incapacitado, posteriormente no podrá aducir esta causa para extinguir el contrato (según la STS de 30-9-88)

#### Cuadro nº25

Las incapacidades permanentes del trabajador/a se definen y clasifican en la LGSS, en concreto en su artículo 137, que establece:

«Grados de invalidez.

1. *La invalidez permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:*
  - a) *Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.*
  - b) *Incapacidad permanente total para la profesión habitual.*
  - c) *Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.*
  - d) *Gran invalidez.*
2. *Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.*
3. *Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.*
4. *Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.*
5. *Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.*
6. *Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.»*

108. Artículo 48 del ET. Suspensión con reserva de puesto de trabajo. «(...). 2. *En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador/a vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente».*

La incapacidad permanente total puede acarrear la extinción de la relación laboral, y ello porque cabe la posibilidad de que el empresario recolocque al trabajador/a en otras labores adecuadas a su situación. Sin embargo, la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez provocan la extinción de la relación laboral automáticamente tras su declaración.

Cada una de las situaciones de incapacidad permanente, deriva en la correspondiente prestación o indemnización a cuenta de la Seguridad Social, sin perjuicio de que algunos Convenios Colectivos recojan indemnizaciones a favor del trabajador/a (ver Capítulo XI de Prestaciones de la Seguridad Social en la presente Guía).

En cuanto al derecho a la prestación por desempleo, en la declaración de la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, pueden existir diversos supuestos:

- Si el trabajador/a estaba percibiendo la prestación o subsidio por desempleo cuando se le declaró la incapacidad permanente, puede elegir entre seguir recibiendo la prestación o subsidio de desempleo hasta agotarlo, o cobrar la prestación derivada de la incapacidad permanente total.
- Si se extingue la relación laboral, el trabajador/a puede optar por iniciar el cobro de la prestación o subsidio por desempleo, o por comenzar a recibir la prestación por incapacidad permanente.

#### **6.2.6. Por Jubilación del trabajador/a**

Esta causa de extinción de la relación laboral se encuentra regulada en el artículo 49.1.f del ET. El trabajador/a accede a la situación de jubilación, momento en el que, de forma automática, se produce la extinción de la relación laboral.

Las situaciones de prejubilación también producen la extinción de la relación laboral (en este sentido, STS de 28 de febrero de 2000).

Para llegar a esta situación con carácter previo el trabajador/a habrá de comunicar a la empresa su intención de jubilarse y solicitar la correspondiente pensión de jubilación ante la entidad gestora.

La extinción de la relación laboral por esta causa no da derecho a indemnización, salvo que se así se recoja en pacto individual o colectivo.

Los requisitos para acceder a la jubilación, así como las prestaciones correspondientes, se estudian en esta Guía en su Capítulo X.

La Ley 14/2005 estableció una habilitación legal general para incluir en los Convenios Colectivos cláusulas de jubilación forzosa, siempre y cuando los afectados por la misma hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación (65 años) y cumplan los requisitos generales para acceder a una pensión de jubilación contributiva, además de los que se expliciten en el Convenio.

#### **6.2.7. Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, y extinción de la personalidad jurídica de la empresa**

Al igual que hemos dicho con anterioridad, dado el carácter personal de la relación laboral, cualquiera de estas causas, muerte, incapacidad y jubilación del empresario producen la extinción de la relación laboral. Están recogidas en el artículo 49.1.g del ET.

El trabajador/a, al extinguirse su relación laboral por una de estas causas, tiene derecho a una indemnización correspondiente a un mes de salario, además de poder acceder, si cumple el resto de requisitos, a la prestación por desempleo.

En caso de subrogación de otro empresario en la actividad empresarial, no se produce la extinción de la relación laboral.

El supuesto de incapacidad del empresario se produce cuando exista una «*inhabilitación manifiesta de hecho*», que impida al empresario, persona física, desarrollar sus funciones directivas. Por tanto, en este supuesto no se requiere una causa de incapacidad civil o una declaración de incapacidad permanente por parte de la entidad gestora; tan sólo basta con la referida «*inhabilitación manifiesta de hecho*» (en este sentido, la STS de 20 de junio de 2000).

Se produce también la extinción de la relación laboral cuando se ha producido a su vez la extinción de la personalidad jurídica. Esto quiere decir que, si el empleador es una persona jurídica de la forma que fuere, y la persona jurídica se disuelve y extingue, se produce con ella también la extinción de la relación laboral.

Para que la extinción de la personalidad jurídica del empresario, produzca a su vez la extinción de los contratos, es necesaria la autorización de la Autoridad Laboral, si el número de trabajadores/as es superior a cinco.

La extinción del contrato de trabajo por esta causa da derecho al trabajador/a, si cumple el resto de requisitos exigidos, a la prestación por desempleo, así como a una indemnización de veinte días por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades.

### 6.2.8. Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo

Causa regulada en el artículo 49.1.h, y que necesita debe precisarse, pues han de tratarse de hechos que sean extraordinarios, imprevisibles o inevitables, que imposibiliten definitivamente la prestación de la relación laboral, como por ejemplo un incendio, inundación o circunstancias similares.

La autoridad laboral debe comprobar la existencia de esas circunstancias que provocan la imposibilidad de la prestación de trabajo, y debe a su vez autorizar las extinciones de los contratos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51.12 del ET, pudiendo a su vez establecer que todo o parte de la indemnización que correspondiera a los trabajadores/as, sea satisfecha por el FOGASA<sup>109</sup>.

La indemnización que legalmente corresponde a los trabajadores/as en caso de que su relación laboral se extinga por fuerza mayor, es de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, con un tope de doce mensualidades (artículo 51.8 del ET), indemnización que deberá recibir el trabajador/a con su liquidación. Y de igual forma, tienen derecho los trabajadores/as afectados a la prestación o subsidio por desempleo, si cumplen el resto de los requisitos.

### 6.2.9. Los Expedientes de Regulación de Empleo

El Despido Colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Esta causa de extinción de la relación laboral, se encuentra recogida como tal en el artículo 49.1.i

109. Nos remitimos en este punto en cuanto al FOGASA al capítulo correspondiente en esta Guía.

del ET, y desarrollada en el artículo 51 del mismo texto. Además del fundamento numérico de despidos que veremos, el despido colectivo se ha de producir por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a cuya definición realizada en el punto 6.2.12.c de este Capítulo, al que nos remitimos.

En cuanto al número de trabajadores/as afectados, estaremos ante un despido colectivo, cuando la extinción afecte, en un periodo de noventa días, a:

- Diez trabajadores/as en las empresas de menos de cien trabajadores/as.
- El 10 % de trabajadores/as en empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores/as.
- Treinta trabajadores/as en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores/as.

Para el cómputo del número de extinciones se ha de tener en cuenta cualquier extinción que se haya producido, en el periodo de referencia de noventa días, siempre que estas sean por voluntad del empresario, excluyéndose, por tanto, las bajas voluntarias o los despidos disciplinarios procedentes.

Para que este despido colectivo se pueda llevar a efecto con la correspondiente autorización laboral, habrá de seguirse un procedimiento legalmente establecido en el artículo 51 del ET.

En cuanto a la autoridad laboral competente, son los distintos órganos de las Comunidades Autónomas, ya que casi todas la han asumido competencias al respecto. Si el expediente de regulación afecta a una empresa con centros de trabajo en varias comunidades autónomas, será competente la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

El inicio del expediente de regulación se realizará bien a solicitud del empresario, bien de los trabajadores/as, aunque lo más común es que sea el empresario el que lo inste.

La solicitud ante la autoridad laboral competente, debe reunir una serie de requisitos:

- Nombre y apellidos del interesado/a, o de la persona que lo represente, así como lugar o medio para realizar las notificaciones.
- Hechos, razones y petición en que se concrete la solicitud.
- Lugar y fecha.
- Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- Órgano al que va dirigido.
- Además, se requiere la siguiente documentación:
- Memoria explicativa de las causas que motivan el expediente.
- El número y categorías de los trabajadores/as afectados.
- Solicitud de informe a los representantes de los trabajadores/as.
- Comunicación de la iniciación del periodo de consultas realizado a los representantes legales de los trabajadores/as.
- Si el expediente de regulación afecta a más del 50% de los trabajadores/as, debe dar cuenta el solicitante, si es el empresario, de la venta de los bienes de la empresa, excepto los que constituyan tráfico normal de la misma.
- Paralelamente a la solicitud a la autoridad laboral, debe abrirse un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores/as, que se inicia mediante escrito del empresario solicitándolo a los representantes de los trabajadores/as. A este escrito que se envía a los representantes de los trabajadores/as, debe acompañarse la documentación necesaria para acreditarla causa motivadora del expediente, así como la justificación de las medidas a adoptar. El periodo de consultas puede sustituirse por un sometimiento, de mutuo acuerdo a arbitraje,

de acuerdo a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación, en cualquier momento del mismo, debiendo llevarse a cabo el arbitraje en el mismo plazo señalado para las consultas.

Si no existe representación legal de los trabajadores/as, el periodo de consultas debe realizarse con los trabajadores/as directamente o bien delegar la representación en una comisión formada por los sindicatos con el carácter de representativos en el sector de referencia. Los trabajadores/as por sí mismos, están legitimados para intervenir en todo el procedimiento, y ello porque son «*interesados*». Si el periodo de consultas lo realizan directamente los trabajadores/as, y son o superan los diez, deben designar un máximo de cinco representantes ante la autoridad laboral competente.

La duración del periodo de consultas tendrá una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores/as, y deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores/as afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

Durante este periodo de consultas la negociación ha de desarrollarse bajo el principio de «*buena fe*», con el fin de intentar llegar a un acuerdo.

El empresario debe reflejar en actas los debates del periodo de consultas, y en su caso los acuerdos en su caso adoptados.

Paralelamente, tanto la Inspección de Trabajo como el Servicio Público de Empleo Estatal (antiguo INEM) deberán hacer un informe sobre la concurrencia o no de las causas legales pertinentes para una extinción colectiva de los puestos de trabajo y la posible existencia de fraude a la seguridad social en esta materia.

Es interesante que se presente, ante la Inspección de Trabajo, un preinforme de oposición a la solicitud del ERE, preferiblemente en los primeros 10 días del periodo de consultas, con el fin de que la Inspección en su propio informe incluya algunos de los argumentos, lo que puede facilitar una posterior denegación del ERE.

El periodo de consultas puede finalizar con acuerdo o desacuerdo entre las partes, que en cualquier caso deberá notificarse a la autoridad laboral competente.

Si no hay acuerdo, la autoridad laboral en el plazo de quince días a contar desde la comunicación del desacuerdo, quien decida de forma motivada y congruentemente si la solicitud es aceptada o no.

En caso de acuerdo, éste será vinculante para ambas partes, salvo que la autoridad laboral lo considere abusivo o fraudulento, dando traslado a la instancia judicial. El acuerdo pueden adoptarlo los Delegados/as de Personal, el Comité o Comités de Empresa, o las representaciones sindicales, siempre que éstas en su conjunto representen a la mayoría de los Delegados/as o el Comité.

La resolución administrativa es ejecutable desde su emisión, por lo que produce efectos inmediatos.

Admitido el expediente de regulación, y declarada la medida por la autoridad laboral conforme a Derecho, una vez la empresa aplique la medida, los trabajadores/as verán extinguida su relación laboral, y serán indemnizados con la cantidad que se acuerde, que no podrá ser inferior a veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades.

La indemnización debe ser pagada por el empresario, de forma simultánea a la extinción de la relación laboral. En el caso de los contratos de carácter indefinido firmados con posterioridad al 18 de junio de 2010 el Fondo de Garantía Salarial se hará cargo de una indemnización de 8 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades, que serán reintegrados a la empresa una vez esta los abonen al trabajador/a.

El impago de la indemnización por parte empresario puede impugnarse ante la jurisdicción social, mediante la correspondiente reclamación de cantidad; mientras que si lo que se quiere impugnar es la resolución administrativa aceptando la medida de despido colectivo, habrá que acudir a la vía administrativa en el plazo de un mes, interponiendo el correspondiente Recurso de Alzada. Posteriormente, si la resolución que resuelve el recurso de alzada es confirmatoria de la autorización del despido, habrá que impugnarla ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

A su vez, los trabajadores/as tienen derecho a la prestación por desempleo, si cumplen los restantes requisitos de acceso.

En cuanto a los representantes de los trabajadores/as, si el expediente de regulación de empleo no afecta a la totalidad de los trabajadores/as, los representantes unitarios y los sindicales tienen prioridad de permanencia en la empresa, según establece el artículo 51.7 del ET y el 10 de la LOLS. La condición de representante de los trabajadores/as, deben ostentarla en el momento de la solicitud del empresario, y se amplía también a los candidatos mientras dura el proceso electoral, y a los representantes electos aunque aun no hayan tomado posesión del cargo (STS de 5 de noviembre de 1990).

Las indemnizaciones percibidas en el marco de un ERE estarán exentas de tributación por IRPF hasta el límite máximo de 45 días por año trabajado. El resto de la indemnización se podrá reducir hasta en un 40 % de su importe en el caso de que el trabajador/a haya estado al menos dos años en la empresa.

Cuando en el marco del Expediente de Regulación de Empleo haya afectados trabajadores/as de más de 55 años que no tuvieran la condición de mutualistas a fecha 1 de enero de 1967 será preceptivo que la empresa lleve a cabo un convenio especial con la seguridad social de cara a garantizar la cuantía de las pensiones de estos trabajadores/as.

La Reforma Laboral de 2010 ha especificado las causas del artículo 51 para proceder al despido colectivo, incorporando reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de esta manera tendremos:

- Causas económicas: una situación económica negativa de la empresa, que se manifieste en pérdidas actuales o previstas o una disminución de los ingresos de la misma.
- Causas técnicas: cambios en los medios o instrumentos de trabajo para prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar su posición en el mercado.
- Causas organizativas: cambios en los sistemas o métodos de trabajo del personal para prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar su posición en el mercado.
- Causas productivas: cambios en los productos o la demanda de la empresa que haga necesaria una amortización de puestos de trabajo para mejorar la posición en el mercado o prevenir una evolución negativa de la misma.

En el caso de los grupos de empresas, es preceptivo que conste en el expediente la información del grupo y no sólo de la empresa afectada, de la misma manera la crisis debe afectar al conjunto de la empresa y no al concreto centro de trabajo afectado.

La reiterada jurisprudencia que habían elaborado los tribunales españoles ha sido siempre referida al texto del Estatuto de los Trabajadores sobre despidos colectivos previo a la reforma laboral, con lo cual es necesario esperar a la concreta aplicación del contenido de la reforma, que, a priori, facilita y amplía los supuestos de despido colectivo, para perfilar cuál será el escenario de al que nos enfrentemos en nuestra acción sindical.

De todas formas es esencial en el marco de un expediente de regulación de empleo, como complemento de la acción sindical que es base, es recabar todos los datos económicos de la

empresa, para poder armar un informe de oposición a la solicitud fundamentado en situaciones objetivas, ejercitando los derechos derivados del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores.

Son relevantes tanto el estado de cuentas y balances, las contrataciones realizadas o el número de horas extras. Sin embargo reiteramos que la clave para enfrentarse a los despidos colectivos está en la acción sindical, puesto que, en caso de que la mayoría del comité llegue a un acuerdo con la empresa las posibilidades de revocar los despidos son menores.

Nuestro informe de oposición deberá dirigirse tanto a la Autoridad Laboral competente, como a la Inspección de Trabajo, que tiene que realizar un informe preceptivo sobre la existencia de causas habilitantes para los despidos. Con posterioridad, en caso de que la Autoridad Laboral autorice los despidos, habrá que hacer un recurso de alzada y, posteriormente, dirigirse a la jurisdicción Contencioso-Administrativa para impugnar la resolución administrativa habilitante.

En el caso de que la solicitud de despido colectivo se realice en el marco de un concurso de acreedores se regirá por sus propias reglas y particularidades previstas en la Ley Concursal (negociación con la administración concursal y no por el empresario, autorización del juez de lo mercantil, recurso a la jurisdicción social, etc.) que trataremos con detalle en el capítulo XIV de la guía.

Número de Expedientes de Regulación de Empleo por año y modalidad.

	2004	2005	2006	2007	2008	2009
TOTAL						
Expedientes	4.801	4.354	3.755	4.020	6.823	20.757
AUTORIZADOS						
Expedientes	4.405	3.977	3.481	3.794	6.249	19.434
Pactados						
Expedientes	3.742	3.088	3.065	3.163	5.583	17.532
No pactados						
Expedientes	663	889	416	631	666	1.902
NO AUTORIZADOS						
Expedientes	195	194	133	96	276	523
DESISTIDOS						
Expedientes	201	183	141	130	298	800

Fuente: Boletín de estadísticas laborales del Ministerio de Trabajo e Inmigración

### 6.2.10. Resolución del contrato por voluntad del trabajador/a, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario

Esta causa de rescisión del contrato de trabajo, está recogida en el artículo 49.1.j del ET, así como en los artículos 40, 41 y 50 también del ET.

No hay que confundir esta causa con la analizada anteriormente, pues esta rescisión contractual por parte del trabajador/a tiene un motivo, que es el incumplimiento del empresario de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Esto es, está fundamentada en una actuación previa del empresario, que motiva la posibilidad del trabajador/a de rescindir el contrato de trabajo unilateralmente.



Existen distintos supuestos, que a su vez originan indemnizaciones distintas que el trabajador/a puede solicitar junto con la rescisión del contrato de trabajo:

- En primer lugar, el artículo 41 del ET, que regula las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo sin perjuicio de la formación profesional ni menoscabo de la dignidad del trabajador/a, que establece en su apartado tercero, segundo párrafo, que en los supuestos de modificación por parte del empresario de la jornada de trabajo, el horario y el régimen de trabajo a turnos, si el trabajador/a se considerara perjudicado, tiene derecho a rescindir el contrato de trabajo y a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y con un máximo de nueve meses.
- A su vez, según establece el artículo 40 del ET, en el supuesto de traslado de trabajadores/as que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles, y que implique el cambio de residencia, el trabajador/a podrá optar por la extinción de su contrato de trabajo, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y con un máximo de doce mensualidades.
- En el supuesto de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional o dignidad del trabajador/a, así como en el supuesto de falta de pago o retrasos continuados en el pago del salario, o en el caso de cualquier otro incumplimiento grave por parte del empresario, el trabajador/a tendrá derecho a solicitar de los Juzgados de lo Social la extinción de su contrato de trabajo, correspondiéndole una indemnización igual a la del despido improcedente, esto es, según determina el artículo 56 del ET, que regula el despido improcedente, una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, con un tope de cuarenta y dos mensualidades.

Debemos hacer diversas matizaciones:

- Los incumplimientos graves por parte del empresario son causa de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador/a, salvo que se hayan producido por «fuerza mayor»<sup>110</sup>.
  - Es un incumplimiento grave, según recoge el artículo 50.1.c del ET, la negativa del empresario a reintegrar al trabajador/a en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales, que hayan sido declaradas injustificadas por sentencia.
- Respecto a los plazos para interponer las correspondientes acciones judiciales ante la jurisdicción social, existen dos supuestos:
    - Para solicitar la indemnización derivada de la resolución del contrato ante la jurisdicción social, el plazo es de un año.
    - Pero para optar por la resolución del contrato, o impugnar la decisión empresarial ante la jurisdicción social, el plazo es de 20 días hábiles desde que se le notifica al trabajador/a la decisión del empresario.

El trabajador/a no puede abandonar su puesto de trabajo hasta que no haya sentencia pues se consideraría dimisión del trabajador/a.

110. En cuanto a qué es «fuerza mayor», ver punto 5.1.9 del presente Capítulo.

En todos estos supuestos, el trabajador/a que rescinde o solicita la rescisión de su contrato de trabajo por las causas vistas, tiene derecho a la prestación por desempleo, si cumple con el resto de exigencias contenidas en la LGSS.

El hecho de que la empresa se encuentre en una situación de concurso de acreedores (como tratamos en el capítulo correspondiente de la guía) no impide que los trabajadores/as, caso de que no les sean abonados sus salarios de manera continuada, interpongan acciones de extinción del contrato de trabajo por esta razón. Como trataremos en el capítulo XIV, sobre la Ley Concursal, si un número determinado de trabajadores/as solicita esta extinción en un concurso se deberá tramitar por la vía del Expediente de Regulación de Empleo concursal, conservando el derecho a la indemnización de 45 días por año trabajado.

### 6.2.11. Despido individual

Como causa de extinción de la relación laboral, se encuentra regulado en el artículo 49.1.k del ET.

El ET no define la figura del despido, pero podemos establecer que es la decisión unilateral del empresario que extingue la relación laboral, viva y vigente hasta ese momento, que le unía al trabajador/a despedido.

No cabe despido parcial, y así lo han manifestado los tribunales, entre otras, en Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000; es decir, si se extingue la relación laboral, ésta se extingue en su totalidad.

#### 6.2.11.1. Despido Disciplinario

Más concretamente, el ET desarrolla, en sus artículos 54, 55 y 56, el despido disciplinario, sus formas y efectos, así como las consecuencias del despido calificado de improcedente.

El despido disciplinario está configurado legalmente una sanción del empresario al trabajador/a, sanción que de prosperar conlleva la extinción de la relación laboral. La sanción se fundamenta en determinados incumplimientos graves y culpables del trabajador/a, que se recogen en el apartado segundo del artículo 54 del ET, sin perjuicio de los que establezcan los distintos Convenios Colectivos.

- Así, son incumplimientos contractuales:
  - Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
  - La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
  - Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.
  - La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.
  - La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.
  - La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.

- El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a otros trabajadores/as.

Vamos a entrar a analizar brevemente cada uno de los supuestos recogidos en el artículo 54.2 de ET como incumplimientos contractuales.

- Así, respecto de las faltas de asistencia o puntualidad en el trabajo, para que puedan constituirse como causas de despido disciplinario, han de ser repetidas e injustificadas, y respecto de cada caso concreto y con los efectos que causan en el devenir de la empresa (en este sentido, entre otras, la SSTS de 25 de noviembre de 1985, 2 de julio de 1987, o 18 de octubre de 1983).

No se establece en el ET (aunque sí en algunos Convenios Colectivos) un número de faltas de asistencia o puntualidad desde el que partir, debiendo observarse si tienen la gravedad requerida para ser causa de despido disciplinario. Por otra parte, debe el empresario acreditar las faltas de asistencia y puntualidad del trabajador/a.

Como hemos visto, debemos estar al caso concreto, habiéndose declarado por distintos tribunales como faltas justificadas la ocurrida por la avería del vehículo (STSJ de Madrid, de 2 del 11 de 1989), la impuntualidad de menos de media hora durante varios días (STS de 16 de enero de 1990), la impuntualidad compensada con la salida del trabajo después de la hora, actuación que consentía la empresa (STS de 24 de septiembre de 1990).

Por otra parte, algunas resoluciones judiciales, como la STSJ de Canarias, de 19 de julio de 1995, establece que la empresa, en el caso de faltas de puntualidad, antes de proceder al despido disciplinario, debe proceder previamente a hacer alguna advertencia al trabajador/a.

Se han considerado faltas injustificadas por los tribunales, a modo de ejemplo, la ausencia del empleado por no tener puesto de trabajo asignado (STS de 8 de febrero de 1990), acudir a un curso sin autorización de la empresa (STSJ de Madrid de 25 de octubre de 1989), no acudir al trabajo durante cuatro días (STSJ de Castilla y León, de 8 de julio de 1993), el uso abusivo por un representante de los trabajadores/as del crédito horario, excediéndose del mismo de una manera significativa (STS de 14 de mayo de 1990, donde un trabajador/a se ausentó durante 40 días de su puesto de trabajo teniendo un crédito horario de 75 horas mensuales).

Las ausencias y retrasos de las trabajadoras víctimas de violencia de género derivadas de su situación física o psicológica serán siempre justificadas, no pudiendo dar causa a un despido disciplinario, siempre que haya una acreditación de su condición por los servicios sociales o de salud y lo comuniquen a la empresa con la mayor brevedad.

Del mismo modo no serán ausencias injustificadas las de los trabajadores/as en IT conocida por el empresario, aunque no se hayan entregado los partes de baja (TSJ Catalunya 23-6-1995)

- Al respecto de la indisciplina o desobediencia en el trabajo, causa recogida en el artículo 54.2.b del ET, debemos puntualizar que es indisciplina a los efectos que aquí interesan, la actitud de desobediencia injustificada y enfrentada contra las órdenes del empresario en el ejercicio de sus funciones como tal. Y también es indisciplina y causa de despido disciplinario, el incumplimiento, consciente y querido, de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

En consecuencia, la desobediencia o indisciplina debe darse respecto de un superior. El trabajador/a debe cumplir la orden, sin perjuicio de que se oponga a la decisión del empresario en vía judicial. No obstante, el trabajador/a puede negarse a obedecer, si el empresario incurre en manifiesta arbitrariedad o abuso de derecho, o la orden atenta contra la dignidad del trabajador/a (STS de 28 de diciembre de 1989), o si la orden atenta contra el ordenamiento jurídico (STS de 15 de marzo de 1991) debiendo ser prudentes en dicha valoración sobre arbitrariedad.

- En cuanto a las ofensas verbales o físicas a los trabajadores/as, empresario o los familiares que convivan con ellos, para ser justificadoras de despido disciplinario, deben valorarse en el contexto en el que se producen. Pero las agresiones físicas son siempre graves y justificadoras de despido disciplinario (STSJ de Andalucía de 13 de diciembre de 1996). No hay que confundir las ofensas verbales con la libertad de expresión, pues ésta se encuentra limitada por el derecho al honor y la dignidad de las personas.
- La trasgresión de la buena fe contractual, supone, junto con el abuso de confianza, causa de despido disciplinario. En líneas generales, se considera jurídicamente trasgresión de la buena fe contractual cuando se viola el deber de fidelidad y el trabajador/a actúa con conocimiento de su conducta ilícita. No obstante, se debe poner en relación esta valoración, con las circunstancias personales y profesionales del trabajador/a (STS de 24 de octubre de 1989).

Entre los supuestos de vulneración de la buena fe contractual más usuales, está la competencia desleal, el uso abusivo de poderes, la búsqueda de beneficios particulares a costa de los medios del empresario, la actuación negligente, trabajar durante la incapacidad temporal o el acceso privado a Internet durante el tiempo de trabajo.

- Respecto de la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, deben concurrir precisamente éstas circunstancias, además de respetar cierta proporcionalidad entre la infracción y la sanción, debiendo estar al caso concreto, y tomando como referencia como elemento de comparación ante posibles arbitrariedades, que puede ser el rendimiento anterior a la conducta que se pretende sancionar, el rendimiento de un trabajador/a medio, o el de los otros compañeros/as.

En cuanto al tiempo de disminución del rendimiento, no existe un criterio unitario, habiendo bastado tan sólo semanas para incurrir en esta causa de despido disciplinario (STSJ de Extremadura, de 30 de julio de 1991).

- Y el artículo 54.2.f señala como causa de despido disciplinario, la embriaguez habitual o toxicomanía, que ha de repercutir negativamente en el desarrollo de la actividad laboral, lo que ocurre cuando, por ejemplo, se crean problemas en el centro de trabajo, se pone en peligro la vida o integridad de los trabajadores/as o los medios de la empresa. La embriaguez, si no es reiterada, no es causa de despido, siempre y cuando no afecte al rendimiento ni a la paz del centro de trabajo (STS de 1 de julio de 1988). De igual forma, la posesión de drogas para consumo propio, no es causa de despido disciplinario, cuando no afecta de forma trascendente al orden laboral (STSJ de Madrid, de 13 de febrero de 1991), aunque depende del tipo de droga de que se trate.
- Con respecto al artículo 54.2.g, modificado por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, se refiere al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad,

edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, el Tribunal Constitucional ha reseñado que para que exista acoso sexual susceptible de provocar un despido disciplinario *«ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto»*.

### 6.2.11.2. Prescripción de las infracciones de los trabajadores/as

Salvo que el Convenio Colectivo establezca otra regulación, el artículo 60.2 de ET establece el siguiente plazo de prescripción, según la gravedad de la infracción. Así:

*Cuadro nº26*

Graduación de la Falta:	Plazo de prescripción:
Faltas leves	10 días.
Faltas graves	20 días
Faltas muy graves	60 días

Estos días se contabilizan a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión, y cualquier caso a los seis meses de haberse cometido.

La prescripción de las faltas nunca será apreciable de oficio por el juez, habrá que alegarla, y será causa de imposibilidad de aplicación de la sanción o de toma en consideración de la misma a efectos de reincidencia.

### 6.2.11.3. Forma y efectos del despido disciplinario

Se regula en el artículo 55 del ET, si perjuicio de la regulación en los distintos Convenios Colectivos. Así, según establece el ET, el despido debe ser notificado por escrito al trabajador/a, haciendo figurar los hechos que lo motivan, y la fecha en que surtirá efecto.

- Si el trabajador/a sancionado es representante de los trabajadores/as o delegado/a sindical, es obligatorio la apertura del correspondiente expediente contradictorio, en el que deberán ser oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación sindical a la que perteneciese.
- Si el sancionado/a es afiliado/a a un sindicato, el empresario debe dar audiencia a sus Delegados/as sindicales (si dicho dato es conocido por la empresa).
- Notificado el despido disciplinario, el trabajador/a puede impugnarlo dentro de los veinte días hábiles, siguientes al de su notificación, presentado la correspondiente papeleta de conciliación ante el servicio de conciliación correspondiente, y posteriormente, si no se llegara a un acuerdo en conciliación, ante el Juzgado de lo Social correspondiente (en el caso de que el empresario sea una Administración Pública, se debe presentar ante ésta en el mismo plazo de veinte días, la correspondiente reclamación previa, en vez de papeleta de conciliación).

En el caso de que se nos notifique verbalmente el despido, debemos tener en cuenta el problema de acreditar posteriormente ante el Juzgado de lo Social, el despido y el día en que se produjo. Por este motivo, conviene acreditar estos extremos, ya sea mediante testigos, o documentalmente, enviando un requerimiento al empresario por burofax con acuse de recibo y certificación de texto, en el que conste que se nos ha despedido en la fecha que fuere verbalmente y que solicitamos nuestra reincorporación o la carta de despido; en caso de silencio del empresario, ya podríamos acreditar el despido, así como su fecha.

- Impugnado el despido, la Sentencia que decide la legalidad o ilegalidad del mismo, puede catalogar el despido disciplinario procedente, improcedente o nulo.

Según el artículo 55.4 del ET, es procedente el despido cuando quede acreditado el incumplimiento del trabajador/a alegado por el empresario.

Será improcedente en caso contrario, o cuando su forma no se ajuste a lo establecido en el artículo 55.1 del ET, es decir, no se haya notificado por escrito al trabajador/a.

Será nulo el despido que haya sido motivado por alguna de las causas de discriminación recogidas en la CE<sup>111</sup> o en la Ley.

También es nulo el despido:

- De los trabajadores/as durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.
- El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere el apartado anterior, y la de los trabajadores/as que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 del ET<sup>112</sup>, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el artículo 46.3 del ET, esto es, la solicitada para el cuidado de hijos.
- El que tenga causa en el ejercicio, por parte de la trabajadora víctima de la violencia de género, de sus derechos de reducción de jornada, reordenación de su tiempo de trabajo o movilidad geográfica.

111. Artículo 14 de la CE. «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

112. Artículo 37 del ET, apartados 4, 4 bis y 5. «4. Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen. 4.bis .En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de 2 horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 6 de este artículo. 5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa».

Esta protección se aplica, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o el ejercicio de los derechos citados.

El despido procedente convalida la extinción del contrato de trabajo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

El despido nulo provoca la readmisión inmediata del trabajador/a, con abono de los salarios de tramitación.

Y si el despido es calificado de improcedente, según establece el artículo 56 de ET, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre:

- la readmisión del trabajador/a, con abono de los salarios de tramitación, es decir, los dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y probase el empresario lo percibido por el trabajador/a, para así descontarlo de los salarios de tramitación;
- u optar por el pago de una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, así como al pago de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia.

No obstante este régimen tiene limitaciones, y es en el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, supuesto en el que el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconozca la improcedencia del despido en la comunicación del mismo, y ofreciese la indemnización de cuarenta y cinco días por año de servicio, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador/a y poniéndolo en conocimiento de éste/a.

Pero además, cuando el trabajador/a acepte la indemnización, o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, los salarios de tramitación quedarán limitados a los devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, excepto cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna por salarios de tramitación.

El reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

- En cuanto a la opción entre readmisión o indemnización, si el despedido es representante legal o sindical de los trabajadores/as, la opción corresponderá siempre a éstos. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada.

Para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, el salario que se ha de tener en cuenta es el de la fecha del despido, y el periodo de tiempo para su cómputo es el que abarca desde su ingreso al despido. Además, se calcula sobre el salario efectivamente percibido en la fecha del despido, más salarios en especie, la parte proporcional de las pagas



extraordinarias, el complemento por productividad, e incluso el plus de transporte (STSJ de Andalucía, de 5 de noviembre de 1991).

El despido disciplinario, ya sea declarado procedente como improcedente, es causa de acceso a la prestación por desempleo.

### **6.2.12. Por causas objetivas que legalmente puedan suponer la extinción de la relación laboral**

Este supuesto, se encuentra establecido como causa de extinción de la relación laboral en el artículo 49.1.L del ET, y desarrollado en los artículos 52 y 53 del mismo texto legal.

Las causas objetivas que motivan la extinción de la relación laboral, establecidas en el artículo 52 del ET, son:

- Ineptitud del trabajador/a.
- Falta de adaptación del trabajador/a a las innovaciones técnicas.
- Absentismo laboral.
- Necesidad de amortizar puestos de trabajo.
- Insuficiencia de consignación presupuestaria para la ejecución de planes y programas públicos.

#### **6.2.12.1. Ineptitud del trabajador/a**

Se encuentra regulada en el artículo 52.a del ET, y para poder ser causa de extinción de la relación laboral, debe ser conocida, o en su caso sobrevenir, una vez iniciada la relación laboral; es decir, no puede ser alegada como causa de extinción cuando ya era conocida antes del inicio de la relación laboral, o incluso durante el periodo de prueba (en este sentido, STS, de 21 de diciembre de 1987).

La ineptitud puede ser física o psíquica (TSJ Madrid 17-7-07), no incluyendo en ningún caso la pérdida de confianza empresarial en este supuesto (TSJ Baleares 14-11-94), pero sí la no tenencia o pérdida de la titulación requerida legalmente (o de forma análoga el carnet de conducir) para el desempeño del puesto.

Y a los efectos que aquí interesan, por ineptitud se ha de entender, la inhabilidad o carencia de facultades profesionales, que sufre el trabajador/a como consecuencia de su falta de preparación o actualización de sus conocimientos, ya sea por pérdida o por deterioro de sus habilidades para el trabajo.

El empresario no puede alegar como motivo de ineptitud, la incapacidad permanente parcial del trabajador/a, acaecida con posterioridad a ser contratado (STSJ Navarra, de 31 de julio de 1997).

Por otra parte, es el empresario es el que debe acreditar en el procedimiento, la existencia de esta causa, tal y como establece, entre otras, la STSJ Castilla y León, de 14 de noviembre de 1995.

#### **6.2.12.2. Falta de adaptación del trabajador/a a las modificaciones técnicas**

Causa de extinción de la relación laboral, que se encuentra regulada en el artículo 52.b del ET, y que requiere que el trabajador/a no se adapte a los nuevos medios técnicos

incorporados en la empresa en el plazo de dos meses, siempre que los cambios técnicos sean razonables.

Cabe la posibilidad de aplicar una primera medida de suspensión del contrato de trabajo, durante el tiempo necesario, y de hasta tres meses, para realizar cursos de readaptación del trabajador/a a las novedades técnicas a su puesto de trabajo. Durante este periodo de formación la empresa debe abonar al trabajador/a el salario medio que viniera percibiendo.

Los requisitos legales que pueden permitir al empresario llevar a cabo este despido deben ser:

- Existencia de la modificación técnica en un puesto de carácter razonable.
- Que éste sea el puesto de desempeño habitual del trabajador/a (no uno que ocupe coyunturalmente).
- Que haya pasado un plazo de 2 meses desde la modificación sin que el trabajador/a se haya adaptado a la misma, acreditando este extremo el empresario.

### **6.2.12.3. Amortización de puestos de trabajo**

En este supuesto, regulado en la letra c del artículo 52 del ET, la empresa que alegue estar en una situación objetiva de necesidad acreditada, puede pretender extinguir la relación laboral de uno o varios trabajadores/as, siempre por debajo de los números que catalogarían el despido de colectivo, si concurren las causas establecidas en el artículo 51.1 del ET, esto es, si concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Ha sido la jurisprudencia la que ha definido estas causas; siendo recogidas por la reforma laboral de 2010, así:

- Causas económicas son aquellas que actúan sobre los resultados de la empresa tales como la existencia de pérdidas o la disminución de ingresos equilibrio de ingresos y gastos y se identifican con una situación negativa de la empresa.
- Causas técnicas, son las que producen alteración o modificación del proceso de producción introduciendo nuevos métodos que conlleven reestructuración de los servicios o especialidades.
- Causas organizativas, suponen decisiones empresariales de reajuste de la organización productiva, aun cuando ésta no se fundamente en la previa inversión empresarial para la renovación de los bienes de equipo.
- Y causas de producción, son dificultades que el entorno ocasiona a la capacidad productiva de la organización empresarial, y que imponen la transformación o reducción de la producción.

- Cuando se alegan causas técnicas, organizativas o de producción, desde el punto de vista legal no es necesario acreditar que exista una situación económica negativa, tal y como establece entre otras, las STSJ de Murcia, de 17 de julio de 1995, pero debe acreditarse que la viabilidad futura de la empresa y el empleo están en peligro (STSJ Cataluña, de 7 de abril de 1997).
- Por el contrario, si se alegan causas económicas, se exigen dos requisitos:
  - La existencia de una situación económica negativa, que el empresario debe acreditar, además de ser una «crisis actual», «real» y de «entidad suficiente» para justificar la

medida (SSTSJ Andalucía, de 18 de noviembre de 1995; Cataluña, de 6 de octubre de 1995), aunque toda esta jurisprudencia es referida a la redacción del Estatuto de los Trabajadores anterior a la reforma laboral de 2010.

- Y la que la medida adoptada contribuya a mejorarla.

Distintas Sentencias han fijado cierta casuística al respecto de qué causas objetivas son suficientemente importantes para justificar esta medida. Así, por ejemplo:

- Las pérdidas continuas (STSJ Andalucía de 18 de noviembre de 1995).
- Retirada o disminución de subvenciones públicas (STSJ Galicia de 20 de marzo de 2003 y STS de 28 de enero de 1998).
- Pérdida de clientela en determinadas circunstancias (STSJ Baleares de 27 de diciembre de 1995).

#### **6.2.12.4. *Absentismo laboral***

La regulación del absentismo laboral a los efectos de la extinción del contrato de trabajo, se encuentra recogida en el artículo 52.d del ET, y comprende la situación en la que el trabajador/a tiene faltas de asistencia intermitentes, aunque sean justificadas, que supongan el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o bien el 25 % de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, siempre que índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 % en los mismos periodos de tiempo.

No computarán como faltas:

- Las debidas a huelgas.
- El ejercicio de acciones de representación sindical.
- El accidente de trabajo.
- La maternidad.
- El riesgo durante el embarazo.
- Las enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia.
- Las licencias y vacaciones.
- Las bajas por enfermedad común o accidente no laboral cuando dichas bajas sean acordadas por los servicios médicos oficiales, y tengan una duración de más de veinte días consecutivos.
- En las que incurran las trabajadoras víctimas de la violencia de género por esta causa notificada al empresario.

#### **6.2.12.5. *Insuficiencia de consignación presupuestaria para la ejecución de planes y programas públicos***

Esta causa objetiva de extinción de la relación laboral, se encuentra regulada en el artículo 52.1.e del ET, y supone la extinción de los contratos indefinidos celebrados por

las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro, contratos destinados a la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable, y que se financian a través de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales. Se considera que procederá legalmente la extinción de las referidas relaciones laborales indefinidas, cuando no exista dotación presupuestaria para el sostenimiento de los puestos de trabajo en cuestión.

Si las extinciones afectan a un número igual o superior al establecido para los despidos colectivos, deberán seguirse los trámites del referido despido colectivo.

#### **6.2.12.6. Forma y efectos de la extinción del contrato por causas objetivas**

Se regula este aspecto en el artículo 53 del ET, que exige para la legalidad de estas extinciones, los siguientes requisitos:

- Comunicación escrita al trabajador/a.
- Ofrecer al mismo tiempo al trabajador/a afectado, una indemnización igual a veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y con un máximo de doce mensualidades. Desde la reforma de 2010, para contratos concluidos después del 18 de junio de ese año, el FOGASA se hará cargo de 8 días de indemnización, que serán reintegrados a la empresa después de que se los abone al trabajador/a.
- Plazo de preaviso de quince días, computables desde la comunicación personal al trabajador/a hasta la fecha de la extinción. Además, en el supuesto de amortización de puestos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, deberá dar copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores/as.

Durante el periodo de los quince días de preaviso, el trabajador/a tendrá derecho, sin menoscabo de su salario, a una licencia de seis horas semanales para buscar un nuevo trabajo.

De igual forma, el trabajador/a afectado tiene derecho a la prestación o subsidio por desempleo, si tiene el resto de requisitos exigidos por la LGSS.

- La decisión del empresario es impugnabile en veinte días hábiles desde que se notifica al trabajador/a, primero ante el servicio de conciliación correspondiente mediante la preceptiva papeleta de conciliación, y después ante la jurisdicción social.

Al igual que en el caso del despido disciplinario, el despido por causas objetivas puede ser declarado procedente (si se siguieron los requisitos formales para el despido y la causa existe y es de suficiente entidad), improcedente (si no se acredita la existencia de la causa alegada o se han incumplido los requisitos formales) o nulo (por las mismas causas que el despido disciplinario). En caso de declaración de improcedencia en la que no se opte por la readmisión o reconocimiento de la misma por el empresario, la indemnización, para los contratos de Fomento de la Contratación Indefinida será de 33 días por año trabajado hasta un máximo de 24 mensualidades. En el contrato indefinido ordinario, la indemnización será, como en el caso del despido disciplinario, de 45 días, hasta 42 mensualidades.

En todos los casos, siempre que el trabajador/a lleve un año en la empresa y el contrato se haya realizado después del 18 de junio de 2010, el FOGASA se hará cargo de 8 días de indemnización

### 6.2.12.7 *¿Qué hacer en caso de despido?*

Resulta difícil definir una pauta única de actuación, ya que cada caso y cada situación personal van a tener circunstancias y características diferentes. Podemos utilizar algunas medidas de precaución, presencia de representantes, firmar «no conforme». Se puede firmar o no la notificación, sin que ello implique aceptación del despido o renuncia al puesto de trabajo. Se puede firmar o no el finiquito, pero firmarlo supone una aceptación de las cantidades consignadas que difícilmente conseguiremos alterar con posterioridad, y no firmarlo podría implicar un retraso en el cobro de las percepciones debidas.

En todo caso el despido es impugnabile ante la jurisdicción social en un plazo de caducidad de 20 días hábiles desde su efectividad. Para esto habrá que buscar el respaldo jurídico de la CGT, así como el apoyo para la acción sindical y la solidaridad organizada, sin excluir ninguna de las dos vías de respuesta.

## 7. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EXCEDENCIAS

### Legislación aplicable:

*Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículos 39 a 57.*

*Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.*

*Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos*

### 7.1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Es la situación durante la cual se exonera temporalmente a las partes de las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico creado al formalizar el contrato de trabajo. La interrupción afecta, de manera temporal, a la ejecución del contrato pero no extingue el vínculo, diferenciándose de otras interrupciones como las vacaciones o los permisos retribuidos, en las que se mantiene las obligaciones retributivas del empresario<sup>113</sup>.

113. Otras obligaciones asociadas a la relación laboral se mantienen, como el deber genérico de buena fe (STS 11-12-1988).

- Esta situación ha sido definida jurisprudencialmente como la situación anormal de una relación laboral, originada por la voluntad de las partes o por la ley, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico de cuya definición surgen los requisitos esenciales de la suspensión: la temporalidad de la situación, la no prestación de trabajo durante ella y su no remuneración, y la continuidad y pervivencia del contrato que, por la concurrencia de una causa suspensiva, sufre tan sólo una especie de aletargamiento (STS de 18 de noviembre de 1986).

La suspensión del contrato de trabajo genera los siguientes efectos:

- En todas las causas de suspensión, las partes quedan exoneradas de las obligaciones recíprocas de realizar la actividad convenida, y de retribuir el trabajo (art. 45.2 E.T.), que se reactivan automáticamente una vez que desaparecen las situaciones que impiden la ejecución del trabajo. No obstante, el empresario puede estar obligado por Convenio Colectivo o acuerdo individual, a abonar determinadas cantidades al trabajador/a durante el período de suspensión del contrato.

En algún supuesto excepcional de suspensión, como el previsto en el art. 52.b) del E.T. para la realización por el trabajador/a de cursos de reconversión o perfeccionamiento profesional por tiempo máximo de 3 meses, se mantiene el derecho de éste a recibir el salario medio que viniera percibiendo hasta la fecha.

También podrá tener el trabajador/a derecho a percibir prestaciones de la seguridad social en algunas causas de suspensión. En cuanto a las obligaciones de la empresa frente a la Seguridad Social, éstas varían en función de la causa de suspensión de que se trate, manteniéndose en algunas la obligación de cotizar por el trabajador/a y en otras no.

- El efecto principal de la suspensión es el derecho al reintegro<sup>114</sup> y a la reserva del puesto de trabajo (excepto en las suspensiones acordadas, en las que se está a lo pactado). En el momento que desaparecen las causas que motivaron la suspensión, se reactivan las obligaciones principales del contrato.

A lo largo de la situación suspensiva, el empresario puede sustituir al trabajador/a con otro contratado temporalmente mediante contrato de interinidad (art.15.1.c E.T.), en el que se debe especificar el nombre del sustituido y el puesto ocupado.

Terminada la causa que motivó la suspensión, corresponde al trabajador/a solicitar la reincorporación (STS 7-6-1988) a su puesto de trabajo. En caso de que el empresario se niegue a la readmisión, el trabajador/a tiene acción para reclamar por despido contra la empresa comenzando el cómputo del plazo para la misma en la fecha de la negativa.

Si la readmisión no se produce en el puesto de trabajo reservado o incumpliendo lo acordado, el trabajador/a tendría derecho a rescindir voluntariamente la relación laboral por incumplimiento contractual grave, con el consiguiente derecho a indemnización, por la vía del art. 50 del E.T. ( STS 8-11-1993). En ambos casos el salario a considerar para la indemnización será el que hubiera de corresponder al trabajador/a en el momento de la extinción, no el de la fecha de inicio de la suspensión.

114. Salvo en que por mutuo acuerdo entre las partes (artículo 45.1.a ), o por haberse consignado en el contrato (artículo 45.1.b), se hubiera establecido lo contrario (artículo 48.1).

La no incorporación del trabajador/a al finalizar la causa de suspensión puede determinar la extinción del contrato por dimisión. En los supuestos de suspensión por el ejercicio de cargo público representativo o funciones sindicales de ámbito provincial o superior, el trabajador/a deberá reincorporarse en el plazo máximo de treinta días naturales a partir de la cesación en el servicio, cargo o función (artículo 48.3 del ET)<sup>115</sup>.

- Durante la suspensión el trabajador/a puede prestar servicios en otra empresa, sin que se pueda considerar como dimisión, ni otra causa de despido, excepto que se entienda que el trabajador/a incurre en competencia desleal.

Durante la suspensión se mantiene en vigor el restante contenido obligacional del contrato, debiendo las partes continuar actuando conforme a la buena fe. Así, se mantienen:

- La antigüedad, salvo que el motivo de la suspensión sea disciplinario.
- El derecho del trabajador/a a participar en concursos de traslado y pruebas de ascenso.
- El derecho de libre sindicación, y demás derechos inherentes a la libertad sindical.
- La no realización de concurrencia desleal.
- El poder disciplinario del empresario<sup>116</sup>.
- El poder de ejercitar acciones derivadas del contrato de trabajo, incluida la de extinción contractual.

- Durante la suspensión se puede extinguir el contrato de trabajo por cualquier causa legítima, conservando por tanto el trabajador/a y el empresario la facultad de extinción, siempre y cuando haya causa legal para ello<sup>117 118</sup>.
- Si la causa de la suspensión es la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la adopción, el acogimiento o la excedencia para cuidados de hijos y familiares, y la empresa procediera a despedir al trabajador/a, el despido es nulo, salvo que se entienda que las razones que lo motivaron no estaban relacionadas con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia relacionados con dichas situaciones, en cuyo caso será declarado improcedente.
- Como regla general la suspensión del contrato interrumpe el cómputo del período de prueba, salvo en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, adopción, acogimiento, en las que se precisa de acuerdo entre las partes para que se produzca la interrupción.

115. La STS de 30 de junio de 1990, en referencia a la incorporación al puesto de trabajo estableció que al cesar la causa de suspensión el trabajador/a debe reincorporarse de forma inmediata, salvo si la causa es la prestación del servicio militar o prestación social sustitutoria, el ejercicio de cargo público representativo o funciones sindicales, en los que se dispone de un plazo máximo de treinta días naturales, justificándose la diferente regulación por el hecho de que los servicios se prestan fuera del ámbito de la empresa, lo que hace necesario conceder un plazo para que la incorporación se lleve a efecto.

116. Durante el período de suspensión no se interrumpe el plazo de prescripción de faltas, por lo que sigue corriendo el tiempo a efectos de su cómputo.

117. Lo que rechaza la jurisprudencia es declarar una extinción por voluntad del trabajador/a vía artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores/as cuando se ha extinguido previamente la relación laboral, pero no cuando está suspendida, ya que dicha suspensión, únicamente conlleva ex. artículo 45.2 del mismo texto legal, la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, estando vigente el contrato de trabajo en todo lo demás y, en particular, en las obligaciones recíprocas que asumen las partes, entre ellas la de actuar conforme al principio de la buena fe contractual, actuación que ha incumplido la empresa al no abonar a la recurrente la prestación económica de IT en pago delegado con los perjuicios económicos que tal actuación le causa (STSJ Cataluña 30-1-02).

118. El empresario puede incluir a un trabajador/a con el contrato suspendido en un expediente de regulación de empleo (STSJ Cantabria 10-02-1998).



En el supuesto de que se hubiere pactado la suspensión del período de prueba, en el caso de que el trabajador/a incurriera en situación de IT, no impedirá que durante la citada suspensión se pueda rescindir la relación laboral<sup>119</sup>.

- La suspensión no supone la interrupción de la vigencia pactada de los contratos temporales, ni la ampliación de la duración del contrato, salvo que la norma que regule la contratación así lo establezca.
- La suspensión de los contratos de duración determinada y la de los contratos en prácticas y para la formación no comporta la ampliación de su duración, salvo pacto en contrario.

### 7.1.1. Causas de Suspensión

El Tribunal Supremo estableció como causas de suspensión las siguientes<sup>120</sup>:

#### 7.1.1.1. *Mutuo acuerdo de las partes (artículo 45.1.a del ET)*

La voluntad conjunta de las partes se manifiesta al tiempo de celebrar el contrato de trabajo, de manera expresa, documentada o no<sup>121</sup>. Se ha de estar a lo pactado, entendiéndose que en defecto de pacto se presume la reserva en aplicación del régimen común.

Las circunstancias que pueden determinar la suspensión por mutuo acuerdo son muy variadas. Así:

- Pasar a prestar servicios a otra empresa del grupo.
- Incorporarse a otra empresa que mantiene relación contractual con la empleadora.
- Recolocación de trabajadores/as en otra empresa después de un expediente de regulación de empleo con garantía de readmisión en supuesto de extinción de contrato.
- Realización de prácticas exigidas para obtener un título profesional .
- Acuerdo alcanzado en despido conciliado con readmisión o como alternativa al despido disciplinario.
- La continuidad de la suspensión desde que el trabajador/a obtiene la libertad provisional hasta que se dicte sentencia absolutoria.

119. Aun cuando se pacte que el período de prueba queda en suspenso desde que el trabajador/a se halle en dicha situación de invalidez ello no quiere decir que no pueda producirse la extinción de tal contrato sin esperar, que el trabajador/a sea dado de alta. Una cosa es que el plazo del período de prueba vuelva a correr desde que el trabajador/a puede reiniciar su actividad, lo que significa una mayor duración práctica de aquel período de prueba y otra distinta es que no se pueda resolver unilateralmente dicho contrato por cualquiera de las partes. Y es que la situación de invalidez provisional, determinante de la suspensión del contrato, no impide que éste pueda extinguirse en virtud de cualquier causa legítima (STSJ Andalucía 1/7/1998).

120. Además de las causas del listado se pueden señalar:

- Declaración de Incapacidad Permanente con probable revisión por mejoría (artículo 48.2 ET).
- La promoción de un trabajador/a con relación laboral común a alto cargo dentro de la misma empresa o grupo (R.D. 1382/1985).
- La declaración de Incapacidad Permanente, en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez hasta que la resolución administrativa o la sentencia que la reconoce adquiera firmeza.
- Las licencias o permisos no retribuidos. Salvo disposición en contrario la empresa no está obligada a mantener al trabajador/a en alta y cotizar a la seguridad social.
- La suspensión total o parcial de la actividad de la empresa usuaria que impida la prestación de los trabajadores/as puestos a disposición.

Las causas que pueden establecerse en los Convenios Colectivos con el alcance que se pacte.

121. La existencia del acuerdo puede deducirse de actos de las partes que evidencien la existencia de una voluntad conjunta de suspender el contrato (STSJ Canarias 11-06-1996).

### 7.1.1.2. Causas consignadas en el contrato (artículo 45.1.b del ET)

Las partes pueden establecer inicialmente en el mismo contrato de trabajo ciertas causas de suspensión del mismo, previendo que el contrato permanezca suspendido a partir de una determinada fecha o cuando se produzca un evento futuro. Se ha de estar a lo pactado, entendiéndose que en defecto de pacto se presume la reserva en aplicación del régimen común.

Las causas deben ser válidas, no pudiendo implicar una renuncia de derechos por parte del trabajador/a, ni suponer un abuso de derecho manifiesto por parte del empresario<sup>122</sup>.

Mediante los convenios colectivos se puede también mejorar la regulación de las causas de suspensión, bien ampliando su duración, bien estableciendo el derecho del trabajador/a a ciertos beneficios económicos o nuevas causas de suspensión, por ejemplo las relacionadas con la formación del trabajador/a, como son las excedencias especiales para el disfrute de becas, participación en cursos de formación, etc.

### 7.1.1.3. Incapacidad Temporal (artículo 45.1.c ET y art. 128 LGSS)

Las causas de suspensión del contrato por incapacidad temporal del trabajador/a para la prestación de servicios se recogen el art. 128 de la LGSS:

- Enfermedad o accidente común o profesional del trabajador/a, cuando el trabajador/a reciba asistencia sanitaria y esté impedido para el trabajo.
- Periodos de observación de enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, por un periodo máximo de seis meses, prorrogable por otros seis meses más cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

Mientras dura la situación incapacitante para el trabajo, el contrato de trabajo se mantiene en suspensión manteniendo el trabajador/a un derecho de reserva de su puesto de trabajo.

- La suspensión puede mantenerse por la duración máxima establecida en los arts. 128 y 131. bis.2 de la LGSS para la Incapacidad Temporal, esto es por el plazo máximo de 18 meses, que se puede ampliar como máximo hasta 24 meses cuando el trabajador/a esté recibiendo tratamiento médico y sea aconsejable demorar la calificación de su situación definitiva.
- Si la situación de IT surge durante el periodo de prueba, se interrumpe el cómputo del mismo si hay acuerdo entre ambas partes (art. 14.3 ET).
- Durante la suspensión por IT, la empresa tiene la obligación de mantener de alta y cotizar por el trabajador/a a la Seguridad Social (art. 106.4 LGSS).
- Durante la situación de IT el trabajador/a recibirá una prestación económica. En el caso de accidente o de enfermedad profesional, la prestación se abona desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, siendo a cargo de la empresa el salario íntegro correspondiente al

122. Así, por ejemplo, se consideró válida la cláusula de estabilidad en los contratos de trabajo celebrados por un casino de juego con sus *croupiers*, en los que se contempló como causa de suspensión la condena del trabajador/a mientras no existiese sentencia firme, (STS 15-07-1986).

día de la baja en el trabajo. El pago de la prestación lo realiza la empresa mediante pago delegado. (para más detalle sobre prestaciones ver Capítulo 11).

- En el caso de baja común su cuantía es del 60% de la base reguladora, desde el cuarto al vigésimo día. A partir del vigésimo primer día se eleva al 75%. En el caso de baja profesional el importe es del 75% desde el primer día.
- Para los casos de enfermedad común o accidente no laboral, el empresario abonará al trabajador/a desde el cuarto al décimo quinto día de baja ambos inclusive. A pesar de que el abono lo realiza la empresa, jurídicamente es una prestación legal de la seguridad social, por lo que no tiene carácter salarial. Es habitual que en los convenios colectivos se establezcan complementos de la prestación por IT a cargo de la empresa. Con el fin de verificar el estado de salud del trabajador/a, la empresa le puede requerir para que se someta a controles médicos. La negativa infundada a someterse a este control faculta al empresario para suspender el pago de las mejoras de la prestación por IT a cargo de la empresa (art. 20.4. ET)
- Excepto que se establezca otra cosa por convenio, los tres primeros días de baja no se tiene derecho a prestación por IT. A partir del decimosexto día es la entidad gestora de la Seguridad Social o la mutua, en su caso, la que asume el pago.

Desde el punto de vista de la negociación colectiva es conveniente plantear que durante los tres primeros días de IT, el trabajador/a mantenga sus percepciones económicas, aunque hay que tener claro que se consideran percepciones extrasalariales, al ser mejoras de Seguridad Social.

#### ***7.1.1.4. Maternidad, Paternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora, riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, y adopción o acogimiento***

Maternidad, Paternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora, riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menor de seis años (artículo 45.1.d del ET y R.D. 295/2009, de 6 de marzo por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural).

- Riesgo durante el embarazo: derecho de la mujer trabajadora a la suspensión del contrato de trabajo como medida preventiva a los riesgos para la gestación que puedan derivar de la prestación laboral. Como tal medida preventiva, su regulación se contempla en el art. 26 de la LPRL, y los efectos económicos y duración en los arts. 134 y 135 de la LGSS, que tienen la misma regulación que la IT derivada de contingencias profesionales, con la mejora de que el subsidio en este caso asciende al 100% de la base reguladora. Su duración va desde que el riesgo para el embarazo se certifica por un médico, hasta que éste desaparece, o se recoloca a la trabajadora en funciones que no impliquen riesgo, o bien hasta el parto.
- Maternidad (art. 48.4 E.T., 133 LGSS y R.D. 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural): derecho de la mujer trabajadora a suspender la relación laboral por dieciséis semanas con motivo del parto, ampliables en dos semanas más por cada hijo adicional en caso de parto múltiple. También cabe la ampliación de la suspensión por dos semanas en caso de discapacidad del hijo. En el caso en que el nacido precise hospitalización después del parto por tiempo

superior a siete días, el periodo de suspensión se amplía por los días en que dure dicha hospitalización con un máximo de trece semanas adicionales sobre la suspensión ordinaria. Se establece la obligatoriedad de que la madre disfrute de seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto. El resto del periodo de suspensión se distribuye libremente por la madre, de modo ininterrumpido.

- La madre tiene la opción de ceder al otro progenitor parte o la totalidad del periodo de suspensión, excepto las seis semanas posteriores al parto, que aquél podrá disfrutar de forma sucesiva o simultánea con la madre. Esta opción debe ejercitarse por la madre al inicio del descanso por maternidad. Asimismo, se establece la posibilidad de que por convenio colectivo o acuerdo individual entre la trabajadora y el empresario se disfrute del periodo de suspensión a tiempo parcial, prorrogando su duración en proporción al tiempo de reducción de la jornada, y dejando a salvo las 6 semanas posteriores al parto que la madre debe disfrutar de modo ininterrumpido (ver disp. Adicional 1ª del R.D. 295/2009).
- En caso de que la madre no tenga derecho a la suspensión de la relación laboral con derecho a prestaciones con arreglo a la normativa de Seguridad Social, cabe que el otro progenitor disfrute de la totalidad del periodo de 16 semanas de suspensión de su contrato de trabajo. El descanso por maternidad no debe influir sobre el derecho a vacaciones anuales. En caso de que coincida el periodo de suspensión con las vacaciones fijadas en el calendario laboral, se tendrá derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta, incluso en el siguiente año natural. En caso de fallecimiento de la madre durante el parto o durante la suspensión del contrato de trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a disfrutar de la totalidad, o bien de lo que reste del mismo. La prestación económica por maternidad asciende por regla general al 100% de la base reguladora, si bien los efectos económicos varían según la situación previa de la madre (ver Capítulo 11 sobre prestaciones de la Seguridad Social).
- Adopción o Acogimiento (art. 48.4 ET y 133bis LGSS): Se tiene derecho al mismo periodo de suspensión y con los mismos efectos económicos que en el caso de maternidad, tanto en la adopción, como en los siguientes supuestos de acogimiento familiar, el acogimiento preadoptivo (art. 173 bis.2 Código Civil) y el permanente (art. 173. bis.3 CC) y el acogimiento familiar simple de duración no inferior a un año. Se establece el límite de que el adoptado debe ser menor de seis años de edad, o menor de edad mayor de seis años que padezca una minusvalía igual o mayor del 33% o que por circunstancias personales o procedencia extranjera tengan especiales dificultades de inserción social acreditadas por los servicios sociales competentes.
- La duración de la suspensión por estos motivos y el resto de derechos son idénticos a los de la madre en la prestación por maternidad cuando el adoptado es menor de seis años; si es mayor de esa edad, se establece el tiempo de suspensión igualmente en 16 semanas, pero sin el aumento de semanas adicionales por adopción múltiple (excepto en caso de incapaces, en que esto se mantiene). Si los «adoptandos» son los dos miembros de una pareja, pueden distribuirse el periodo de suspensión de modo sucesivo o simultáneo, y la fecha de inicio ha de ser siempre la de la decisión judicial o administrativa por la que se declaren la adopción o el acogimiento.
- En los supuestos de adopción internacional, cuando es necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión, puede iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción.
- Riesgo durante la lactancia (art. 48.5 ET y 26 de la LPRL): Situación relacionada con la prevención de riesgos laborales, y por ello su regulación tiene su base en la LPRL. La

titular de este derecho de suspensión es la madre trabajadora en aquellos casos en que se certifique por un médico de la S.S., o de la Mutua en su caso, que la realización de las funciones propias de su puesto laboral constituyen un riesgo para el recién nacido durante la lactancia natural. Antes de suspender la relación laboral, cabe que la empresa coloque a la trabajadora en un puesto que no conlleve riesgos para la salud del bebé. El derecho de suspensión termina cuando desaparezca el riesgo para el lactante o la trabajadora pueda reincorporarse a otro puesto compatible con su situación, y en todo caso cuando el lactante cumpla nueve meses. Al igual que durante la suspensión por riesgo durante el embarazo, se tiene derecho a prestación que asciende al 100% de la base reguladora (art. 135 ter LGSS).

- **Paternidad (art. 48 bis ET):** derecho de suspensión de la relación laboral introducido por la Ley de Igualdad, cuyo disfrute es independiente y complementario al disfrute compartido de la suspensión por maternidad. En el supuesto de parto, el derecho le corresponde al padre, y en caso de adopción o acogimiento le corresponde a uno solo de los progenitores sin que en ningún caso pueda compartirse. La duración de la suspensión es de trece días ininterrumpidos, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por hijo, cuyo cómputo comenzará tras los dos días de permiso por nacimiento de hijo. El inicio de esta suspensión de pospone hasta la finalización del disfrute del periodo de suspensión por maternidad en los casos de disfrute compartido de la misma. Con arreglo a la disposición transitoria 9ª de la Ley de Igualdad, el Gobierno debiera de haber ido ampliando el permiso por paternidad hasta alcanzar la duración de cuatro semanas en 2013. Sin embargo, este mandato legislativo no se ha cumplido. Al igual que en la suspensión por maternidad, cabe pactar con la empresa el disfrute a tiempo parcial de la suspensión. La prestación durante esta situación asciende, al igual que durante la suspensión por maternidad, a un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora (133 decies LGSS).

#### ***7.1.1.5. Privación de libertad del trabajador/a, mientras no exista sentencia condenatoria (artículo 45.1.g del ET)***

Situación en la que sin haber sentencia firme, el trabajador/a se encuentra privado de libertad<sup>123</sup> como consecuencia de la adopción de alguna medida judicial o gubernativa. Se trata de una proyección en el ámbito laboral del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), con el fin de evitar que por el mero inicio de un procedimiento penal se pierda todo derecho en la relación laboral.

- La suspensión tiene que ser solicitada por el interesado/a, poniendo en conocimiento de la empresa su situación de privación de libertad, salvo imposibilidad manifiesta<sup>124</sup>. La comunicación al empresario debe producirse en el plazo más breve posible, lo que permitirá adoptar las medidas más convenientes para la marcha de la empresa<sup>125</sup>. No se exige un medio específico para realizar la comunicación, bastando la realidad de la puesta

123. La causa de la que se derive la privación de libertad puede ser la detención, prisión, o internamiento en centro psiquiátrico por resolución de la jurisdicción penal (STSJ Castilla y León 25-01-1991).

124. La incomparecencia del trabajador/a sin comunicar su situación puede justificar la baja por abandono del puesto de trabajo o el despido disciplinario (STSJ Sevilla 21-02-1994).

125. El TSJ Madrid en sentencia de 28-04-1994, consideró extemporánea la comunicación realizada 53 días después del ingreso en prisión preventiva.

en conocimiento fehaciente por cualquier medio razonable que se encuentre al alcance del trabajador/a<sup>126</sup>.

- La suspensión se mantiene hasta que exista sentencia condenatoria en firme, la situación se mantiene por tanto si la sentencia está pendiente de recurso (STS de 13-12-1983). La sentencia absolutoria pone fin al periodo de suspensión, produciéndose en ese momento el derecho del trabajador/a al reingreso en su puesto de trabajo. La puesta en libertad del trabajador/a antes de que recaiga sentencia definitiva pone fin a la suspensión, y genera el derecho del trabajador/a al reingreso en su puesto de trabajo. La condena en firme al trabajador/a no es causa por si misma de despido, sino que éste habrá de fundarse en ausencia injustificada al trabajo.
- El período de suspensión no se computa a efectos de antigüedad, ni para el cálculo de la indemnización por despido. Si los hechos que determinaron el ingreso en prisión guardan relación con la actividad laboral, y constituyen un incumplimiento grave y culpable, como la apropiación de dinero perteneciente a la empresa, el empresario puede despedir al trabajador/a sin necesidad de esperar a la conclusión de la causa penal.
- Tratándose de hechos cuya autoría no esté clara, el ejercicio de la acción penal por parte del empresario interrumpe el plazo de prescripción de las faltas, hasta que concluya el proceso penal.
- La prisión del trabajador/a no es causa suficiente para suspender el cómputo del plazo de caducidad para accionar contra el despido, ya que la pérdida de libertad física no le impide ejercitar sus derechos por los medios de representación legales correspondientes.
- En casos de contratación temporal, el tiempo durante el que se encuentra privado de libertad no suspende el transcurso del plazo de duración pactado.

#### **7.1.1.6. Causas Económicas, Técnicas, Organizativas o de Producción**

Causas Económicas, Técnicas, Organizativas o de Producción (Expediente de Regulación de Empleo Temporal) (artículo 47 del ET, en la redacción dada por la Ley 35/2010 y artículo 20 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos).

El empresario puede suspender, previa autorización de la autoridad laboral, el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siguiendo el procedimiento del artículo 51 del ET<sup>127</sup>, salvo en lo que se refiere a las indemnizaciones.

- Para que tal medida se lleve a cabo, del correspondiente expediente se ha de desprender de manera razonable, que dicha medida es necesaria para la superación de una situación que de manera coyuntural afecta a la actividad de la empresa. Por tanto, si las circunstancias que atraviesa la empresa se prevén como permanentes no procederá la suspensión.
- El artículo 47 del ET se remite al procedimiento del artículo 51 también de ET, en cuanto al procedimiento a seguir (estudio realizado en esta Guía en el presente Capítulo). Existen especialidades, por ejemplo en cuanto a las indemnizaciones, que en el caso de la suspensión del contrato de trabajo no procede, así como el periodo de consultas, que

126. Por ejemplo la comunicación telefónica realizada por abogado de oficio (STSJ Madrid 5-05-1998).

127. Referido al despido colectivo.

se reduce a quince días, y a ocho en empresas de menos de cincuenta trabajadores/as. De la misma manera, para proceder a la suspensión por este procedimiento no existen límites mínimos en cuanto al número de trabajadores/as afectados, pudiendo suspenderse el contrato de hasta un solo trabajador/a.

- Junto con la comunicación a los representantes de los trabajadores/as del inicio del período de consultas, la dirección de la empresa deberá aportar, tanto a la autoridad laboral como a los representantes legales de los trabajadores/as, la documentación justificativa de la situación de la empresa así como las circunstancias que exigen la adopción de tales medidas.
- Los representantes de los trabajadores/as podrán solicitar la apertura de un expediente de suspensión, si presumieran que de no hacerlo el empresario, se les ocasionarían perjuicios de imposible o difícil reparación.
- Los representantes de los trabajadores/as afectados por la suspensión pueden continuar ejerciendo las funciones propias de su cargo, y permanecer en el lugar de trabajo para realizar las actividades derivadas de su representación.
- En lo que al período de consultas respecta señalar que:
  - Si el período de consultas termina con acuerdo entre las partes: La autoridad laboral dictará resolución en quince días autorizando la suspensión, salvo que apreciase la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (art. 51.5 E.T). De no haberse dictado resolución en dicho plazo se entenderá autorizada la medida suspensiva. El pacto puede alcanzarse bien con el Comité o Comités de Empresa, bien con los Delegados/as de Personal, o finalmente con las representaciones sindicales<sup>128</sup>, si las hubiere, que en su conjunto representen a la mayoría de aquellos.
  - Si el período de consultas termina sin acuerdo: La autoridad laboral dictará en quince días naturales a partir de la comunicación de la conclusión del período de consultas, resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. De no haberse dictado resolución en dicho plazo se entenderá autorizada la medida suspensiva.
- La resolución administrativa no inicia el período de suspensión, se limita a autorizar al empresario a que adopte la decisión. Por ello, el cómputo de los efectos de la suspensión no se inicia a partir de ella, sino de la decisión empresarial. Una vez obtenida la autorización administrativa, el periodo suspensivo no se iniciará hasta que la empresa comunique a los trabajadores/as afectados la suspensión de su contrato de trabajo<sup>129</sup>
- Si se presenta solicitud de declaración de concurso de acreedores, el procedimiento de suspensión habrá de realizarse ante el Juez de lo Mercantil, conforme a las reglas especiales establecidas en el art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y 86 bis y 86 ter de la LOPJ.
- De manera paralela al desarrollo del período de consultas, la autoridad laboral comunicará al INEM la iniciación del expediente de suspensión, así como requerirá informe<sup>130</sup> a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre las causas que motivan la adopción de tal medida.
- En el caso de que no se alcance ningún acuerdo con los representantes de los trabajadores/as, la autoridad administrativa dictará la correspondiente autorización o denegación de la suspensión de las relaciones laborales.

La tramitación administrativa se desarrolla de manera paralela al período de consultas. Contra las resoluciones que pongan fin al procedimiento se puede interponer Recurso de

128. Las representaciones sindicales en ningún caso pueden suplir la inexistencia de órganos de representación unitaria de los trabajadores/as en el seno de la empresa.

129. STSJ Castilla la Mancha de 18/03/1997.

130. La no emisión de informe no implica la paralización del procedimiento.



Alzada, en el plazo de un mes ante el superior jerárquico del órgano del que las dictó<sup>131</sup>. La interposición del recurso no paraliza, ni suspende la ejecución de la medida, salvo que el órgano que tiene que resolver el recurso valorando el perjuicio que se pudiera causar al recurrente y a terceros o al interés público, decidiera suspender el acto de oficio o a petición del recurrente.

- La suspensión por estas causas es compatible con el trabajo para otras empresas en el transcurso de la misma<sup>132</sup>.
- El trabajador/a tiene derecho a reserva de su puesto de trabajo y a que se le reintegre en sus funciones, en las condiciones pactadas. En el caso de que la empresa le niegue este acceso, cualquiera que sea la causa esgrimida, será considerada causa de despido que, de acuerdo con lo establecido en el art. 56 del E.T., será declarado improcedente.

La empresa no puede obligar de manera unilateral al trabajador/a a reincorporarse al trabajo antes de que finalice la suspensión, sin que la negativa del trabajador/a a reincorporarse anticipadamente constituya abandono del puesto de trabajo, ni sea causa de despido.

El artículo 47.2 del Estatuto prevé que, por el mismo procedimiento de suspensión, puedan llevarse a cabo reducciones de jornada de entre un 10 y un 70% del tiempo de trabajo, fundamentadas en las mismas causas y en las cuales el trabajador/a percibirá, durante este periodo, la parte proporcional de sus prestaciones por desempleo a las que tenga derecho (es decir, entre un 10 y un 70% de la prestación a la que tengan derecho).

#### **7.1.1.7. Fuerza Mayor (art.47.3 y 51.12 del E.T.)**

Es otra causa de suspensión del contrato de trabajo recogida en el artículo 47 del ET. La fuerza mayor se caracteriza porque viene dada por un acontecimiento externo al círculo de la empresa, existiendo una desconexión entre la circunstancia y el ámbito de actuación de la empresa<sup>133</sup>. Ha de tratarse asimismo de una causa que imposibilite la prestación laboral de modo temporal, pues en caso contrario no procedería la suspensión sino la extinción del contrato de trabajo.

- La existencia de fuerza mayor, como causa de suspensión de los contratos de trabajo, ha de ser constatada por la autoridad laboral, previa tramitación del correspondiente expediente en los términos expresados anteriormente. La resolución del expediente tiene carácter de urgencia en este caso pues la autoridad laboral debe resolver en el plazo de cinco días desde la solicitud, y si la estima, los efectos de la suspensión de computan desde la fecha de la solicitud. La representación de los trabajadores/as tiene condición de parte interesada en la tramitación del expediente.

#### **Otras causas legales de suspensión del contrato de trabajo.**

- Suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias (art. 47.1.h E.T.)
- El ejercicio del derecho de huelga (art. 45.1.1 del E.T.)

131. Dependiendo del ámbito geográfico en el que nos encontremos, será la Consejero de Trabajo correspondiente- u órgano equivalente-, o el Ministro de Trabajo.

132. STS de 7 de mayo de 1990.

133. Circunstancias independientes de la voluntad del empresario, que a la vez sea imprevisible y resulte inevitable para el empresario en cuanto causa determinante del incumplimiento de la obligación. (STS 29-11-99).

- Por «cierre legal de la empresa» (art. 45.1.m del E.T.)
- Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género por parte de un hombre con quien haya mantenida una relación sentimental (no se exige convivencia), en los términos previstos en los artículos 45.1.n y 48.6 del E.T. Es necesario que la trabajadora haya obtenido del juez una «orden de protección», aunque se admite un informe del Ministerio Fiscal que constate la existencia de indicios de violencia de género. En este caso, la suspensión se establece para un máximo de seis meses, que el juez puede prorrogar por periodos de tres meses hasta un máximo de dieciocho. El periodo de suspensión por este motivo se computa como de cotización efectiva a la Seguridad Social.

## 7.2. EXCEDENCIAS

Las excedencias pueden ser voluntarias o forzosas.

### 7.2.1. Excedencia Forzosa

Da derecho a la conservación del puesto de trabajo, y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, refiriéndose el ET a este supuesto en los siguientes preceptos: artículo 46.1, artículo 37.3 d, último párrafo<sup>134</sup>, artículo 46.3 y artículo 46.4. Además el apartado 6º del artículo 46 permite extender a otros supuestos, acordados de forma colectiva, el régimen y los efectos de la excedencia, lo que supone poder crear nuevas y diferentes causas, o extender los efectos de la forzosa a la voluntaria.

#### 7.2.1.1. Excedencia por desempeño de cargo público

Tanto el artículo 45.1 f como el artículo 46.1 de ET se refieren a lo mismo; esto es, al ejercicio de un cargo público representativo, de carácter electivo o por designación, que imposibilite el desarrollo de la actividad laboral. Son requisitos:

- Cargo público que participa de la actividad política<sup>135</sup>, en el seno de una administración, ya sea de ámbito local, autonómico, estatal o internacional.
- Representativo. El motivo de la excedencia ha de ser para desempeñar una actividad política. Puede tratarse de puestos a los que se accede mediante elecciones (diputados, concejales) o puestos a los que se acceda mediante designación política (Ministros, Delegados de gobierno). Cabe también para quienes son designados para desempeñar tareas de asesoramiento en puestos de confianza, siempre que en dicha actividad se participe en la toma de decisiones políticas, y no sea meramente técnica o de gestión<sup>136</sup>.

134. Artículo 37. d) último párrafo: «(...) Cuando el cumplimiento del deber suponga imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del 20% de las horas laborales en un periodo de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador/a afectado a la situación de excedencia forzosa».

135. No cabe disfrutar de la excedencia como consecuencia del acceso a un puesto de trabajo ordinario en la función pública, salvo que por Convenio se establezca lo contrario.

136. STSJ Baleares de 17-11-1993; STSJ Cataluña de 23-3-1993; STSJ Madrid de 19-02-1993. Lo que mantiene las mencionadas sentencias es que los asesores desarrollan tareas que no son burocráticas sino políticas y que pueden ser cesados por quien les nombra..

- Imposibilidad para desarrollar la prestación de trabajo. Bien por incompatibilidad para el desempeño de una actividad profesional paralela con el ejercicio de una actividad pública, bien por imposibilidad de combinar ambas actividades por motivos de horarios.

### **7.2.1.2. Excedencia por el ejercicio de funciones sindicales**

Se regula este tipo de excedencia en los artículos 46.4 y el 48.3 del ET. En ninguno de ellos se explicita si la excedencia es forzosa o voluntaria. Es la LOLS, en su artículo 9.1., la que establece que nos encontramos ante una excedencia forzosa, aunque el citado precepto circunscribe dicho derecho a «(...) quienes ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal<sup>137</sup> en las organizaciones sindicales más representativas (...)».

La Sentencia del Tribunal Constitucional 263/1994, de 3 de octubre, en relación con la no aplicación a los sindicatos minoritarios de la excedencia forzosa, estableció que «... no se vulnera la libertad sindical, porque es claro que los sindicatos que no ostentan la condición de más representativos no quedan privados de la posibilidad real de desarrollar una acción sindical eficaz, que depende de medios de acción propios que no se ven mermados por la denegación de un privilegio que no incumbe a los medios de acción sindical...»

Existe por lo tanto un régimen diferenciado según que el trabajador/a pertenezca a un sindicato más representativo, o no. Así tendremos:

- El trabajador/a pertenece a organización sindical más representativa: Tiene derecho a excedencia con derecho a reserva de puesto de trabajo.
- El trabajador/a pertenece a sindicato minoritario: Aunque se reconoce el derecho a la excedencia, a diferencia del supuesto anterior, no existe una reserva del puesto de trabajo, sino un derecho preferente a la reincorporación en las vacantes de igual o similar categoría a la que ostente. Tampoco se reconoce la antigüedad durante el tiempo de la excedencia.

En ambos casos la duración de la excedencia será la misma que de la ocupación del cargo, y la solicitud de reincorporación debe formularse dentro de los 30 días siguientes a partir del cese en el mismo.

Si bien el E.T. nada dice respecto de las condiciones del ejercicio del derecho a la excedencia forzosa, es conveniente que el trabajador/a comunique a la empresa su intención de disfrutarla adjuntando alguna documentación justificativa del motivo de la misma.

### **7.2.1.3. Excedencia por cuidado de hijos**

Se regula en el art. 46.3 del E.T. Los trabajadores/as tienen el derecho a una excedencia no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, bien sea natural, bien adoptivo. Igualmente en los supuestos de adopción, o de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo.

137. No se incluyen quienes tengan cargos sindicales de carácter comarcal, local o de empresa o centro. No obstante en la Negociación Colectiva se puede pactar el acceso a la excedencia forzosa.

- Los sucesivos hijos dan derecho a un nuevo período de excedencia. No hay límite cuantitativo máximo de disfrute, ni necesidad de cumplir períodos de espera para acceder de nuevo a esta excedencia. Es posible que se unan los períodos de disfrute al nacer un nuevo hijo, dentro del período de disfrute por un hijo anterior.
- El E.T. concede el derecho a los trabajadores/as en general, sin mención alguna al tipo de contrato laboral que tengan, por lo que no cabe excluir del derecho a los trabajadores/as con contrato temporal. La norma tampoco establece un plazo mínimo de disfrute, por lo que no cabe que éste se imponga<sup>138</sup>.
- Este derecho es individual de los trabajadores/as, hombres o mujeres, pudiendo limitar el empresario el ejercicio simultáneo por necesidades justificadas de la empresa, cuando dos o más trabajadores/as de la misma empresa generasen el derecho por la misma persona.
- La excedencia sólo entra en vigor una vez que se ha agotado la suspensión por maternidad, para evitar así la coincidencia entre ambas figuras. Por lo tanto, su cómputo se inicia transcurrida la baja maternal y finaliza al cumplirse el tiempo de excedencia solicitado, a lo máximo a los tres años del nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa para los casos de adopción o acogimiento. No obstante, no es necesario que la excedencia se inicie inmediatamente después de la baja maternal, existiendo la posibilidad de comenzar el disfrute más tarde o de fraccionarlo, según reconoce expresamente el párr. 3º del art. 46.3
- Los convenios colectivos no puedan extender a esta modalidad de excedencia los requisitos exigidos para el reingreso en otros supuestos de excedencias, como es el fijar un período de preaviso obligatorio en el que formular la solicitud<sup>139</sup>.
- Condiciones del reingreso. El trabajador/a tiene derecho de reingreso a su mismo puesto de trabajo durante el primer año de duración de esta excedencia (hasta 15 o 18 meses en caso de familia numerosa); tras este primer año, la reserva queda referida a un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

#### **7.2.1.4. Excedencia para el cuidado de un familiar**

Se trata de cuidados a familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (ver cuadro en apartado 4.2 del capítulo cuarto), que, según prevé el art. 46.3.2º párrafo del E.T., por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida. El período de excedencia en este supuesto es por un máximo de dos años, con derecho al cómputo de la antigüedad por el tiempo de excedencia, y mantenimiento del puesto de trabajo durante el primer año.

#### **7.2.1.5. Reingreso del trabajador/a excedente forzoso**

Ya se ha comentado que el trabajador/a en excedencia forzosa tiene derecho a que se le conserve el puesto de trabajo, retornando a su puesto de trabajo una vez finalizada. Los límites vienen fijados por la categoría profesional, por lo que hay que ligar el puesto de trabajo a la categoría profesional.

No hay que esperar a que haya vacante en el puesto de trabajo, produciéndose el reingreso de manera automática. La negativa empresarial al reingreso debe considerarse como un despido.

138. Sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de 31-3-1997.

139. STSJ de Castilla la Mancha de 11-10-2005.

### 7.2.2. Excedencia Voluntaria (artículos 46.2 y 46.5 del ET)

El trabajador/a con una antigüedad<sup>140</sup> en la empresa de al menos un año<sup>141</sup>, tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a dos años y no mayor a cinco. Para que el trabajador/a la pueda ejercitar una segunda vez, han de transcurrir cuatro años desde el final de la anterior excedencia<sup>142</sup>, periodo que podrá reducirse por Convenio Colectivo o por acuerdo individual con la empresa. De esta misma manera, cabe regular por convenio otras modalidades de derecho a la excedencia voluntaria en las condiciones que allí se pacten.

- El ET no establece las causas que pueden originar el derecho del trabajador/a a la excedencia voluntaria, por lo que hemos de entender que es una excedencia por interés particular del trabajador/a. Precisamente por ello, el trabajador/a no tiene que justificar los motivos por los que solicita la excedencia, ni el empresario puede limitar la concesión a determinados motivos.
- Aunque infrecuente en la práctica, es posible solicitar la excedencia voluntaria por parte de trabajadores/as con contratos temporales, dentro de los límites del propio contrato.
- No obstante, el trabajador/a sí debe comunicar al empresario la voluntad de disfrutar de una excedencia, ya que en caso contrario se podría entender que hay una violación de la buena fe. Lo que no hay obligación es de explicitar la causa de la excedencia, por ser característica de la excedencia voluntaria su generalidad.
- Conviene que en la comunicación se haga constar el período de duración de la excedencia, ya que si no, el empresario puede determinar dicha duración discrecionalmente<sup>143</sup>. Si el trabajador/a no hace referencia alguna a dicho período, el empresario podrá exigirle que lo concrete, estando obligado el trabajador/a, en base a la buena fe, a hacerlo<sup>144</sup>.
- Si el empresario se negara a reconocer el derecho a disfrutar de la excedencia, o a contestar a la comunicación, lo procedente es reclamar judicialmente el derecho a disfrutar de la excedencia, no pudiendo por tanto el trabajador/a tomar la excedencia hasta recibir la contestación de la empresa o la decisión judicial, pues en tal caso la jurisprudencia viene considerando que se produce un abandono voluntario del puesto de trabajo<sup>145</sup>.
- El trabajador/a carece del derecho a la reserva del puesto de trabajo, teniendo exclusivamente, un derecho preferente al reingreso, en el caso de existir vacantes de igual o similar categoría a la que ostentaba. Sólo tiene derecho a ocupar la primera vacante que se produzca en la empresa siempre que sea de igual o similar categoría a la suya, sin que tenga, por lo tanto, un derecho a la reincorporación automática a la empresa.
- El trabajador/a no tiene derecho a solicitar el reingreso en cualquier momento, aunque exista una vacante de su categoría o similar, por lo que puede negársele el reingreso anticipado en la empresa, sin que se pueda considerar despido, ni exista derecho a indemnización por el retraso.

140. Se computa tanto los períodos de trabajo efectivo, como aquellos en los que no se realiza prestación efectiva, pero que por ley, convenio o pacto individual, generan antigüedad.

141. Hay que entender que este límite actúa como tope máximo, sin que pueda ser superado por la Negociación Colectiva o acuerdo individual, aunque si es posible su reducción por convenio.

142. Este período habría que empezar a computarlo desde que se produce la reincorporación y no desde que finalice el plazo por el que el empresario concedió la excedencia.

143. El periodo que se fije vinculará a la empresa y al trabajador/a.

144. Si el empresario no solicita la concreción el trabajador/a podrá solicitar el reingreso en cualquier momento dentro del período legal.

145. STS de 5-7-1990

- Se produce la prórroga de la excedencia cuando, una vez agotada la duración de la misma, el trabajador/a solicita su ingreso y se le deniega por no existir vacante. En tal caso se prolonga la situación de excedencia, que puede prolongarse por tiempo indeterminado, al no estar prevista la finalización de la misma.<sup>146</sup>
- En cambio, salvo acuerdo con el empresario, el trabajador/a no puede prorrogar la excedencia voluntaria cuando la solicitó para un tiempo inferior al máximo legal<sup>147</sup>, y una vez iniciado su disfrute pretenda extenderla hasta dicho máximo.

## 8. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO (ARTÍCULO 41 DEL ET)

### 8.1. CONCEPTO

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo es una crisis de la relación laboral, que se justifica por el poder que la Ley (en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores) confiere al empresario de cambiar, en perjuicio de los trabajadores/as, algunos de los aspectos más importantes de la relación laboral si concurren determinadas causas justificativas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En tales casos, el art. 41 del E.T. reglamenta el procedimiento que debe seguir la empresa para proceder a la modificación sustancial, así como el derecho del trabajador/a a la rescisión indemnizada de su contrato de trabajo si el cambio de condiciones le supone un perjuicio.

La reciente reforma laboral del Gobierno, operada tras la entrada en vigor de la *Ley 35/2010, de 17 de diciembre para la reforma del mercado de trabajo*, ha introducido una serie de modificaciones trascendentales en el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones colectivas de trabajo, que facultan a la empresa incluso para la modificación de condiciones de trabajo adoptadas mediante negociación colectiva estatutaria. El art. 41 del E.T. define como modificaciones sustanciales las que afecten, entre otras (no es una lista cerrada), a las siguientes materias:

- Jornada de trabajo.
- Horario.
- Régimen de trabajo a turnos.
- Sistema de remuneración.
- Sistema de trabajo y rendimiento.
- Funciones, cuando excedan de los límites de la movilidad funcional que prevé el art. 39 del Estatuto de los Trabajadores.

Se trata, como hemos avanzado, de una lista abierta. La jurisprudencia ha considerado que otras condiciones no estrictamente contenidas en la lista tienen también entidad sustancial, y por tanto su modificación unilateral por el empresario debe atenerse a lo establecido en el art. 41 del E.T. Así, se ha considerado que el establecimiento de un sistema de transportes a cargo de la empresa para los trabajadores/as es condición sustancial de trabajo, y por tanto su retirada ha de regirse por lo dispuesto en el art. 41 (STS de 16-4-1999). También se consideran condiciones sustanciales los

146. STSJ de Catalunya de 29/01/1993.

147. STS de 11/12/2003, por la que el TS unificó el criterio interpretativo sobre esta cuestión.

beneficios sociales o mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social a cargo de la empresa.

Definición Doctrinal: La jurisprudencia entiende por modificación sustancial «*la conducta del empresario que altere sustancialmente las condiciones en que se desarrollaba la relación de trabajo en términos tales que el trabajador no se encuentre jurídicamente obligado a soportarlos, porque alteran en su perjuicio condiciones contractuales que resultan trascendentes para la permanencia del vínculo y que suponen una grave frustración del programa de prestaciones, de tal índole que puede justificar la ruptura de una relación que en principio está llamada a mantenerse*» (STS de 10-10-2005).

## 8.2. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 41. DEL ESTATUTO

### Modificaciones que exceden de lo permitido por el art. 41 E.T.

Mediante el procedimiento regulado en el art. 41 del E.T. no cabe que la empresa modifique cualquier condición de trabajo, ya que la regla del art. 41 del E.T. no es tan absoluta como para eliminar la regla general del Derecho común recogida en el art. 1.256 del Código Civil, consistente en que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Determinados aspectos que conforman las condiciones básicas de la relación laboral no pueden ser modificados unilateralmente por el empresario, ni siquiera mediante el procedimiento del art. 41. Se trata de las condiciones que constituyen el objeto mismo del contrato, en general la duración global de la jornada (no su distribución), y la clase de trabajo (no el modo de realizarlo), que determinan los elementos básicos de la prestación laboral, y rebasan el ámbito de aplicación del art. 41 del E.T.

Por ejemplo, no cabría acudir al art. 41 para modificar la jornada a tiempo completo a jornada a tiempo parcial (el art. 12.4.e) E.T. exige la voluntariedad para el trabajador/a).

Sin embargo, la reforma laboral de 2010 introduce la posibilidad de utilizar el art. 41 del Estatuto para que la empresa modifique unilateralmente condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario que hasta ahora habían estado excluidas del ámbito de aplicación de este procedimiento, e incluso de reducir la cuantía del salario convenio, mediante la nueva regulación del descuelgue salarial (art.82.3.E.T.), que remite al actual sistema de modificación sustancial de las condiciones colectivas de trabajo.

### Variaciones que integran el poder directivo del empresario («*ius variandi*»)

Contrariamente a lo expuesto en el apartado anterior, hay modificaciones de las condiciones laborales que no se consideran de suficiente entidad como para regirse por lo dispuesto en el art. 41 del E.T.

Así, la jurisprudencia entiende que determinados cambios no tienen trascendencia suficiente, y se encuentran dentro de las facultades regulares de dirección del empresario («*ius variandi*»), reconocidas en el art. 20.2 del E.T. Sin duda, determinar en caso de conflicto si el cambio es de suficiente entidad como para considerarse una mera variación integrada entre las facultades directivas del empresario o una modificación sustancial de las condiciones de trabajo exige una valoración subjetiva en función de las circunstancias de cada caso.



Por ejemplo, en Sentencia de la Audiencia Nacional de 7-11-1997, se consideró que un recargo de la jornada de 25 horas anuales (que resultaba media hora semanal más) no suponía una alteración sustancial de las condiciones de trabajo al variar proporcionalmente la retribución y no sufrir perjuicio el trabajador/a. Tampoco se ha considerado modificación de condiciones sustanciales un cambio de escasa entidad en el régimen de permisos de trabajo establecido en reglamento de régimen interior (STS de 3-4-1995).

En cambio sí se ha considerado modificación sustancial la supresión de un régimen flexible de horario de entrada, por entender que producía una *«innegable repercusión en la organización y distribución del tiempo de trabajo de los trabajadores afectados»* (STSJ de Madrid de 22-5-1998), o la supresión de un derecho a descuento sobre compras que la empresa había mantenido durante años (STS de 9-4-2001).

### **Situaciones distintas.**

No se consideran bajo el ámbito de aplicación del art. 41 del E.T. las modificaciones que no causen perjuicio al trabajador/a, por ser cambios intrascendentes que no afecten al modo de realización de la prestación laboral. Así por ejemplo, se ha considerado que no hay modificación sustancial cuando la empresa varía entre 5 y 10 minutos el horario de entrada/salida a la prestación de servicios, respetándose la duración de la jornada pactada.

Tampoco se consideran cambios sustanciales (sino manifestación del «ius variandi» del empresario), las modificaciones que afectan a las funciones que tiene que realizar el trabajador/a en el día a día. El cambio de tareas a realizar, mientras las nuevas pertenezcan al mismo grupo/categoría profesional del trabajador/a (art. 39.1 E.T.) y no supongan un perjuicio para su promoción o formación profesional (39.3.ET), no constituye modificación sustancial. Cabe también la orden de realización de tareas de inferior categoría si es para atender necesidades perentorias y por el tiempo mínimo imprescindible (art. 39.2).

En todos estos casos, si bien el trabajador/a no tendría derecho a la rescisión indemnizada de su contrato, siempre puede impugnar la decisión empresarial si considera que la orden de variación de funciones dada por el empresario no son ajustadas a derecho.

### **8.3. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL**

Según dispone el art. 41.1 del E.T., para que el empresario pueda proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo según el procedimiento establecido, es necesario que concorra una doble circunstancia:

- La empresa debe acreditar la existencia de causas de justificación de índole económica (que afecten al resultado de explotación), técnica (relacionadas con los medios o instrumentos de producción), organizativas (relacionadas con el sistema y método de trabajo del personal) o de producción (referente al objeto de producción que la empresa pretenda colocar en el mercado).
- A partir de la reforma laboral de 2010, se extiende el concepto que da el E.T. sobre cuando se entiende la concurrencia de estas causas. Al concepto de que «se entenderá que concurren las causas cuando la adopción de las medidas propuestas mejoren la situación y perspectivas de la empresa a través de una mejor organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias

de la demanda, se añade el que la medida propuesta contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa.

La jurisprudencia ha interpretado este requisito de modo que no exige que la empresa acredite una situación de crisis para proceder a la modificación sustancial (a diferencia del requisito causal en los despidos objetivos), sino tan solo que la misma contribuya a mejorar la situación de la empresa (STSJ Cataluña de 23-01-1998, STS unif.doctrina de 17-5-2005). Por el contrario, se ha considerado injustificada la modificación sustancial consistente en cambiar los turnos de trabajo por razones presupuestarias, al considerar que dicho cambio no estaba vinculado a ninguna de las causas recogidas en el art. 41.1 del E.T. (STS de 8-1-2000). En todo caso, habrá que estar a lo que determine la jurisprudencia a partir de la reforma laboral de 2010.

#### 8.4. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE MODIFICACIÓN

Como ya se ha dicho, el art. 41 del E.T. al recoger la expresión «entre otras» antes de enumerar las materias a las que puede afectar la modificación sustancial de condiciones que regula, indica que no se trata de una lista cerrada. Sin embargo, por regla general la modificación sustancial vendrá referida a alguna de los aspectos enumerados en el precepto.

##### 8.4.1. Jornada de Trabajo

La modificación de jornada a que se refiere el apartado a) del art.41 del E.T. es utilizada generalmente por la empresa para modificar la distribución regular de las horas de trabajo a lo largo del año. Por tanto, lo normal es que la modificación de jornada conlleve también la alteración del horario de trabajo (41.1.b).<sup>148</sup>

Por el contrario, los cambios que supongan reducción de jornada con proporcional reducción del salario, no pueden ser impuestos por la empresa por medio del art. 41 del E.T (por prohibición del art. 12.4 del E.T.).

La empresa que alegue tener causas justificativas, económicas, técnicas, organizativas, o de producción para reducir la jornada de sus trabajadores/as con la reducción proporcional del salario debe solicitar a la autoridad laboral autorización administrativa para proceder a ello mediante un «expediente de regulación de jornada» (según lo previsto en el art. 47 del E.T. para la suspensión temporal de los contratos de trabajo).

A tenor de la redacción dada al último párrafo del art. 41.6 del E.T. tras la reforma laboral de 2010, la jornada es la única de las materias señaladas en el art. 41 que de estar pactada en convenio colectivo estatutario no puede ser unilateralmente modificada por la empresa con arreglo al nuevo procedimiento regulado en el art. 41.6.E.T.

Problemática de los contratados a tiempo parcial: El art. 12.5.d) del E.T. al regular la distribución de las horas complementarias permite que por convenio colectivo se reduzca la anticipación

148. El Tribunal Supremo mantiene que el horario de trabajo es una consecuencia o derivación de la jornada, ya que en él se precisa el tiempo exacto en que cada día se ha de prestar el servicio, teniendo siempre como referencia la jornada pactada. (STS 26-6-1998).

para que la empresa comunique al trabajador incluso por debajo de siete días. Esto somete en ocasiones al trabajador con contrato a tiempo parcial a un régimen de permanente modificación de su jornada y horario laboral.

#### 8.4.2. Horario de Trabajo

La modificación del horario de trabajo fijado por la empresa al inicio de la relación laboral, solo la puede realizar la empresa por la vía del art. 41, en caso de que el trabajador/a no acceda voluntariamente al cambio.

Sin embargo, la jurisprudencia ha venido requiriendo que el cambio de horario tenga cierta entidad o sea importante, habiendo declarado en ocasiones que modificaciones leves no constituyen una alteración esencial de las condiciones de trabajo y forman parte de «ius variandi» del empresario (art. 20 del E.T.).

El Tribunal Supremo ha establecido recientemente, que si el horario de trabajo se regula en el convenio colectivo, ello impide a la empresa hacer la más mínima modificación unilateral sobre el mismo, ni directamente ni acudiendo a la vía del art. 41 del E.T., teniendo que acudir a la negociación colectiva o al pacto individual con cada trabajador/a afectado (STS 28-9-2009), en lógica aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 41.2 del E.T. Si bien entendemos que esta interpretación ha dejado de ser válida con la nueva redacción del art. 41.6 del E.T, que regula el procedimiento para la modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo.

En cada caso, se debe valorar si la modificación que la empresa pretende tiene o no la suficiente entidad para considerarse modificación sustancial.

Así por ejemplo, se ha declarado que la modificación del horario de un trabajador/a con jornada continuada a jornada partida constituye una clara modificación sustancial, que perjudica considerablemente al trabajador/a por aumentar su tiempo de disponibilidad para la empresa aunque no varíe su jornada (STS 28-02-2007).

En distinto sentido y contrariamente a nuestro criterio, el Tribunal Supremo ha declarado que «el cambio de horario consistente en empezar y acabar la jornada durante el verano media hora más tarde, sin afectación de la posibilidad de utilizar los transportes públicos, no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al no ser un cambio de suficiente entidad ni causar perjuicio al trabajador/a (STS 10-10-2005).

Se ha considerado que no tiene el carácter de modificación sustancial:

- La variación del horario, con jornada nocturna, durante escasos días, a unos trabajadores/as que dieron su consentimiento, por las necesidades creadas por campaña de aniversario de centro comercial (STSJ Cantabria de 17-1-1995 y 27 -3-2002).
- Cambiar el horario de toda la plantilla, de 9 a 14, al nuevo de 8.30 a 14.30, teniendo en cuenta que el horario normal establecido en el calendario laboral es de 7.30 a 15.

Por el contrario, se ha considerado que sí tiene el carácter de modificación sustancial justificada:

- La supresión de la jornada intensiva de verano, adoptada por una empresa de servicios que debe dar servicios a clientes cuyos centros de trabajo funcionan mañana y tarde (STSJ Madrid de 16-09-1997).

- La prestación de servicios en sábado en una empresa dedicada a la distribución de productos alimenticios perecederos que realizan la ruta de grandes superficies. (STSJ Cataluña de 13-2-1998 núm. 1192/98).
- La supresión del tiempo dedicado al aseo diario y su compensación económica. (STSJ Cataluña núm. 1336/1996 de 4 de marzo).

Problemática de la fijación anual del Calendario laboral: Con arreglo a lo establecido en el art. 34.6 del E.T. la fijación anual del calendario laboral corresponde a la empresa. Sin embargo, ello no implica que la empresa pueda aprovechar ese momento para cambiar unilateralmente el tiempo y los horarios de trabajo, como sucede con frecuencia. Si la empresa, al elaborar el calendario, altera el tiempo de trabajo que venía realizando con anterioridad, el trabajador/a, debe seguir los trámites del artículo 41; en caso contrario, la fijación del calendario puede ser declarada nula.

#### 8.4.3. Régimen de Trabajo a Turnos

El trabajo a turnos es toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores/as ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador/a la necesidad de prestar servicios en horas diferentes en un periodo determinado de días o semanas.

Jurisprudencialmente se ha considerado justificada la medida en supuestos referidos a: implantación de un nuevo turno de trabajo; modificación del turno a determinados trabajadores/as; y exclusión de la rotación de turnos a determinados trabajadores/as.

El empresario está sujeto a una serie de límites legales a la hora de introducir modificaciones en el régimen de trabajo a turnos (art. 36.3 E.T.), en concreto: la rotación y que ningún trabajador/a esté en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo que voluntariamente se haya adscrito a este turno de forma fija.

#### 8.4.4. Sistema de remuneración

Esto es, el conjunto de cualidades o notas, destinos o variedades que inciden en la determinación del salario. Se suele usar el salario como unidad de tiempo (salario diario, mensual, anual), salario por unidad de obra o en función del rendimiento (salario a destajo), salario fijo, salario fijo acompañado de primas o incentivos, etc.

El art.41.1d se refiere por tanto a la modificación del sistema de remuneración, es decir, a la modificación de la estructura salarial, no a la modificación del monto total del salario devengado por pacto o por condición salarial más beneficiosa concedida por el empresario, sin perjuicio de que éstas sean objeto de absorción y compensación por la vía de las mejoras salariales pactadas en convenio colectivo.

Lo anterior no implica que la modificación de la estructura salarial realizada unilateralmente por el empresario por la vía del art. 41 del E.T. no pueda minorar en ningún caso la cuantía total del salario, significa que el empresario no puede realizar sin más una reducción del salario, sino que de acreditarse las causas justificadas en el precepto, puede modificar los distintos componentes que conforman el sistema retributivo, de modo que si dicha modificación resulta perjudicial para el trabajador/a deba aplicarse lo previsto en el art. 41 del E.T.

En todo caso, con arreglo al artículo 6 Uno, de la Ley 35/2010, que ha aprobado la nueva reforma laboral, la empresa en determinados casos puede utilizar el procedimiento de modificación

sustancial colectiva de las condiciones de trabajo regulado en el artículo 41.4 del E.T. para minorar la cuantía global del salario de sus trabajadores/as, según explicamos más adelante.

Habrà por tanto que examinar en cada caso concreto si la modificación del sistema retributivo que pretenda la empresa puede o no realizarse por la vía del art. 41 del E.T.

Como ejemplos de casos en los que se ha señalado que no cabe la eliminación no justificada de componentes salariales, cabe citar los siguientes:

- Reducción por la empresa de gastos por desplazamiento que venían disfrutando los trabajadores/as (STS 8-7-1996).
- Supresión unilateral por la empresa del abono de cuotas de servicio de asistencia sanitaria a una entidad privada (STS 11-3-1998).

En otros casos, la jurisprudencia ha venido determinando supuestos en los que las modificaciones de la estructura salarial deben realizarse con observancia de lo establecido en el art. 41 del E.T:

- Comisiones sobre ventas por reducción unilateral de la comisión (STSJ de Madrid de 28-05-1998)
- Complemento personal al transformar una cantidad fija en variable, dependiendo del cumplimiento de objetivos (STS 6-5-96).
- Eliminación unilateral por la empresa del plus de función concedido previamente como condición más beneficiosa (STS de 20-01-2009).

#### **8.4.5. Sistema de Trabajo y Rendimiento**

Cuando en una empresa se pretenden implantar o modificar sistemas de organización del trabajo que repercuten directamente sobre el rendimiento y/o la remuneración del trabajador/a, el cambio debe atenerse a lo establecido en el art. 41 del E.T. Nos referimos por ejemplo a las técnicas de medida de los tiempos de trabajo (cronometraje, «just in time», etc.), a los sistemas de valoración de puestos de trabajo (técnicas de puntuación de factores varios) o a la implantación de sistemas de primas al rendimiento, que puedan redundar en perjuicio de los trabajadores/as.

Se ha considerado que hay modificación sustancial por:

- El incremento forzado del rendimiento habitual.
- La alteración del número de trabajadores/as adscritos al sistema de turnos de acuerdo con el comité de empresa (STSJ Andalucía, Granada de 22/07/1998)
- La revisión de tiempos y rendimientos al año de los conductores, hecha unilateralmente por la empresa (STSJ Valencia de 3/12/1996).
- La modificación del sistema de primas (STSJ de Catalunya de 7/7/1999)

#### **8.4.6. Modificación de funciones que exceden de lo permitido por el art. 39 del E.T.**

El precepto está previsto para los supuestos de movilidad funcional que el art. 39 del E.T. no contempla, es decir la modificación de las funciones de un trabajador/a para que realice funciones que no pertenecen ni a su grupo ni a su categoría profesional, y no por el tiempo imprescindible para atender una situación urgente, sino con vocación de permanencia. Para proceder a este tipo

de modificación de las funciones, la empresa tiene que acordarlo con el trabajador/a, y de no haber acuerdo, cabe que utilice la vía del art. 41 para ordenar unilateralmente el cambio de funciones.

En todo caso, la empresa tiene que acreditar la existencia de las causas de justificación para proceder a la modificación unilateral de las funciones. De igual modo, la modificación que vulnere la dignidad del trabajador/a o su formación profesional no la puede realizar la empresa ni siquiera por la vía del art. 41 del E.T.

Se considera que existe modificación sustancial en los siguientes casos:

- Realización de funciones de inferior categoría con carácter indefinido (STSJ País Vasco de 16-02-1999).
- Asignaciones de funciones inferiores a las del grupo profesional por razones técnicas u organizativas debidamente notificadas al comité de empresa, pero sin señalarse el tiempo imprescindible para su atención ni justificarse las razones perentorias o imprevisibles de la actividad productiva que las justificaban (STSJ Galicia de 6-11-1997).

#### **8.4.7. Modificación de condiciones más beneficiosas consistentes en mejoras o beneficios sociales**

Retomando lo dicho anteriormente respecto a que la lista de materias a la que puede afectar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo contenida en el art. 41.1 del E.T. no es cerrada, sino que cabe reconducir a este artículo la modificación o supresión unilateral (no pactada ni en negociación colectiva ni en pacto individual) de condiciones más beneficiosas en general, nos encontramos por ejemplo con el caso de los complementos de las prestaciones de la Seguridad Social, cuando la empresa pretende su reducción o eliminación. Es también el caso de la supresión de los sistemas de transporte a cargo de la empresa.

### **8.5. PROCEDIMIENTO Y EFECTOS**

La redacción de los preceptos 4, 5 y 6 del Art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, operada tras al reforma laboral de 2010, configura distintos procedimientos para proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en función de si ésta tiene carácter individual o colectivo, y dentro de las colectivas, de si se trata de condiciones colectivas de trabajo que se disfruten en virtud de pacto, acuerdo de empresa o disfrutadas en virtud de decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, o si se trata de condiciones colectivas establecidas mediante convenio colectivo estatutario.

Se consideran de carácter individual aquellas condiciones de trabajo que tiene el trabajador/a en virtud de su contrato o pacto individual con la empresa o por condición más beneficiosa individual.

Por el contrario, se considera de naturaleza colectiva aquella modificación sustancial de las condiciones de que disfrutaban los trabajadores/as a título colectivo, en virtud de convenio, pacto con la empresa, o por condición más beneficiosa de dimensión colectiva.

En ambos casos es la dirección de la empresa la que ha de impulsar la iniciativa de la modificación.

Por último, el precepto introduce un criterio numérico, tan solo para la modificación de horario de trabajo y de funciones, al señalar que en ningún caso se considera de naturaleza colectiva la modificación sustancial que en un periodo de noventa días afecte a:

- Diez trabajadores/as, en empresas que ocupen a menos de 100 trabajadores/as.
- El 10 % de los trabajadores/as en aquellas empresas que ocupen a entre 100 y 300 trabajadores/as.
- 30 trabajadores/as en empresas que ocupen a más de 300 trabajadores/as.

Se establece que si la empresa realiza nuevas modificaciones transcurridos los 90 días sin que existan nuevas causas justificativas, se entenderá que las nuevas modificaciones son nulas por realizarse en fraude de Ley.

### **8.5.1. Modificaciones de carácter individual**

Son las que afectan a las condiciones que ostentan los trabajadores/as a título individual, lo que no significa necesariamente que sólo disfruta de tal condición un único trabajador/a, sino que, aunque sean varios, se les ha reconocido tal disfrute en virtud de características particulares y singulares que concurren en ellos.

Que las modificaciones sustanciales del contrato tengan carácter individual o colectivo, depende por tanto de que las condiciones sustanciales que han de alterarse tengan su origen en un derecho de disfrute individual o en un acuerdo o pacto colectivo.

El art. 41. 3 del E.T. establece el procedimiento a seguir por la empresa en la modificación sustancial de carácter individual. Es preceptivo que la empresa preavise con 30 días de antelación tanto al trabajador/a como a sus representantes legales (unitarios y sindicales) la decisión de la modificación, sin que sea posible alegar la reducción del preaviso por causa de urgencia.

Aunque nada se dice en el art. 41, debe entenderse por razones de seguridad jurídica que la decisión modificativa se ha de comunicar por escrito.

La comunicación debe explicar las causas justificativas de la modificación sustancial, así como, en el caso de afectar la misma a la jornada, al horario o al régimen de trabajo a turnos del trabajador/a, debe contener una oferta de baja indemnizada de la relación laboral, con 20 días de salario por cada año trabajado con un máximo de nueve mensualidades de sueldo, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año.

### **8.5.2. Modificaciones de carácter colectivo**

Con arreglo a la nueva redacción de los apartados 2, 4, 5, y 5 del art. 41. del E.T. hay que diferenciar entre las modificaciones de las condiciones colectivas que ostentan los trabajadores/as en virtud de decisión empresarial, convenio o pacto extraestatutario, y aquellas condiciones establecidas en convenio colectivo estatutario.

#### ***8.5.2.1. Condiciones colectivas en virtud de pacto no estatutario o decisión empresarial unilateral de efectos colectivos. Procedimiento***

- Cuando se trate de modificaciones de carácter colectivo, será necesario que el empresario se dirija a los representantes de los trabajadores/as, con el fin de abrir un periodo de consultas, con una duración mínima de 15 días, durante el que las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, cuyo contenido versará sobre las causas que motivan la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus



efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores/as afectados.

Conviene resaltar que están legitimados tanto los representantes legales de los trabajadores/as (delegados/as de personal y comité de empresa) como las representaciones sindicales (delegados/as sindicales).

En empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores/as, éstos podrán elegir a una comisión de tres miembros para que negocie con la empresa sobre la modificación, en los mismos términos que si hubiera representación legal. Los miembros de la comisión podrán salir de entre los propios trabajadores/as de la empresa, o bien éstos podrán elegir a una comisión de tres representantes que nombren los sindicatos más representativos, y representativos del sector al que pertenezca la empresa. Esta elección la pueden hacer los trabajadores/as durante los cinco primeros días del periodo de consultas.

- El acuerdo que en su caso se adopte precisará de la mayoría del Comité o Comités de Empresa, de los Delegados/as de Personal, en su caso, o de representaciones sindicales, que en su conjunto representen la mayoría de aquéllos. La adopción de este acuerdo no impide que los trabajadores/as opten por la rescisión del contrato en los mismos términos comentados para el caso de que la modificación fuera individual.

Finalizado el período de consultas el empresario notificará su decisión de modificación a los trabajadores/as, que surtirá efecto transcurridos como mínimo treinta días, a contar desde la finalización del periodo de consultas.

Contra la orden modificativa cabe interponer demanda de conflicto colectivo.

- El art. 41.4 permite que por medio de la negociación colectiva se regulen otros procedimientos para realizar la modificación colectiva de las condiciones de trabajo. El convenio colectivo puede prever incluso que la modificación de aquellas mismas materias a las que se refiere el citado precepto legal se efectúe por otros procedimientos, aunque nunca podrá impedir el uso de la vía que abre el legislador; podrá flexibilizar o ampliar esa vía, o hacerla más practicable, pero no podrá cerrarla, pues tiene carácter imperativo.

### **8.5.2.2. Condiciones colectivas en virtud de convenio colectivo estatutario**

- La reforma laboral de 2010 instituye un procedimiento en el nuevo artículo 41.6 del E.T. para la modificación colectiva de las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos adoptados conforme al Título III del E.T., esto son los denominados convenios estatutarios.
- Hasta ahora, en estos casos la modificación solo podía hacerse mediante acuerdo de la empresa con los representantes de los trabajadores/as, y se excluían de esta posibilidad las modificaciones concernientes a las materias señaladas en los epígrafes a) y f) del art. 41.1 del E.T. Ahora se exceptúa tan solo del procedimiento la modificación de la jornada en cómputo anual que se establezca en los convenios sectoriales.
- La nueva redacción permite la modificación sustancial de las condiciones de trabajo concernientes a todas las materias señaladas en el art. 41.1, excluida la duración global de la jornada de trabajo, con el mismo procedimiento regulado en el art. 41.4 (antes explicado), esto es, el de las modificaciones de las condiciones pactadas en acuerdo, pacto extra-estatutario, o disfrutadas en virtud de decisión unilateral de la empresa. Se establecen dos cautelas formales: se debe informar a la Comisión Mixta del convenio de sector de aplicación, y el que la modificación de las condiciones tendrá como límite temporal máximo el de la vigencia del convenio de sector aplicación.

- En caso de no alcanzarse acuerdo en el periodo de consultas, la empresa no tiene, de momento, la facultad de imponerlas, como en el proceso de modificación de condiciones establecidas en pacto extra-estatutario. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 41.6 del E.T., contiene un mandato para que mediante Acuerdos Interprofesionales se regulen procedimientos para resolver las diferencias en la negociación de las modificaciones, que incluyan el sometimiento a arbitraje vinculante para la resolución de las mismas. Se precisa que los laudos en esta materia tendrán la misma eficacia que el convenio colectivo estatutario
- Habrá que estar por tanto pendientes del modo en que se regule este procedimiento en los referidos Acuerdos Interprofesionales.

### **8.6. IMPUGNACIÓN DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO**

Contra la decisión de modificación, tanto si se trata de modificaciones individuales como colectivas, el trabajador/a tiene las siguientes opciones:

- Aceptar la decisión modificativa, adaptándose a los cambios que se le impongan.
- Impugnar la decisión empresarial, si se estima que es ilegal, reclamando la declaración de nulidad de la orden empresarial.
- Rescindir el contrato de trabajo si se estima que no le interesan las nuevas condiciones de trabajo impuestas por la empresa, solicitando en caso de corresponderle la indemnización de 20 días (sólo si la modificación afecta al tiempo de trabajo, jornada, horario o régimen de turnos)

De impugnarse modificaciones individuales, será el trabajador/a el que interponga la demanda, mientras que si las modificaciones son colectivas, podrán interponer la demanda, bien el trabajador/a individualmente en lo que a él respecta, bien la representación colectiva en procedimiento de conflicto colectivo.

El plazo de impugnación es de 20 días, iniciándose el cómputo desde la notificación de la decisión, bien al propio trabajador/a, bien a los representantes de éstos en las modificaciones colectivas. La interposición de conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta que se resuelva aquél.

Si se declarara injustificada la medida adoptada por la empresa, el trabajador/a tendrá el derecho a ser reincorporado en sus anteriores condiciones de trabajo. Si el empresario no lo hiciera, o lo hiciera de modo irregular, al trabajador/a podrá solicitar la extinción del contrato con la percepción de una indemnización de 45 días por año de trabajo.

Notas para defenderse de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la movilidad funcional y geográfica, y las reestructuraciones internas en la empresa.

Para prever posibles cambios de puestos de trabajo, modificaciones en materias como jornada, horarios, régimen de trabajo a turnos, sistemas de remuneración y sistemas de trabajo y rendimiento, tanto individuales como colectivas, reestructuraciones internas en diferentes secciones y/o unidades de trabajo, así como cambios funcionales, se establecen las siguientes reglas de obligado cumplimiento por las partes:

- Comunicación previa a los representantes de los trabajadores/as y/o Secciones Sindicales, emitiendo informe motivado, por parte de la empresa, de las causas y condiciones de los cambios, que debe incluir, lógicamente, el plan de formación, capacitación y adaptación necesarias.
- Los representantes de los trabajadores/as y/o Secciones Sindicales nombrarán una Comisión que, junto con la de la Empresa, emitirán informe motivado estructural por los cambios y en él se tendrá en cuenta, aparte de las circunstancias específicas concurrentes, los criterios generales sobre solicitudes voluntarias de los trabajadores/as a cambiar y prioridad de los mismos por antigüedad, categoría/función, capacitación, etc.
- Este paso será obligatorio y previo a cualquier otra actuación, no pudiendo la empresa introducir modificaciones funcionales y/o de condiciones de trabajo individuales y/o colectivas, sin haber agotado el procedimiento reseñado.

La Comisión tendrá por objeto alcanzar un acuerdo entre las partes mediante la negociación de buena fe, que versará sobre las medidas a adoptar al efecto de conseguir la menor alteración posible en las condiciones de trabajo. En el caso de no alcanzarse un acuerdo, la Empresa, notificará a los representantes de los trabajadores/as y/o Secciones Sindicales las medidas a adoptar, quedando dichas medidas en suspenso si por parte de las personas afectadas, en los casos individuales, o bien por parte de los representantes de los trabajadores/as, en los casos colectivos, se presentaran demandas ante la jurisdicción laboral competente y hasta la resolución de las mismas en primera instancia.

### 8.7. MODIFICACIÓN DEL SALARIO

La Ley 35/2010, en su artículo 6. Uno, establece un procedimiento para el descuelgue de las condiciones salariales establecidas en los convenios colectivos, que remite al mismo procedimiento que el regulado en el artículo 41.4 del E.T.

Hasta ahora, la norma venía exigiendo que las condiciones y el procedimiento para que una empresa aplique una reducción del salario de sus trabajadores/as, tenían que estar previstas en la denominada «cláusula de descuelgue salarial», en el propio convenio de sector. Con la nueva redacción del artículo 82.3 del E.T., se permite que en caso de no estar prevista la cláusula de descuelgue salarial en el convenio de sector, la empresa inicie un procedimiento de negociación con la representación de los trabajadores/as, o con una comisión designada al efecto, para proceder a la reducción salarial, en términos similares a la regulación de la modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo, con las siguientes particularidades:

- Causas: Se establece que se podrá iniciar el procedimiento de descuelgue salarial *«cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma»*. Es decir, que el uso del procedimiento es más restrictivo que en la modificación substancial de otras condiciones, es necesario que se de una circunstancia grave que ponga en peligro la continuidad del empleo en la empresa, no bastando por tanto la mera alegación de concurrencia de causas organizativas, técnicas o de producción.
- Requisitos del Acuerdo: El acuerdo de inaplicación de las condiciones salariales que en su caso pueda alcanzar la empresa con la representación de los trabajadores/as en el periodo de consultas debe determinar como mínimo las causas de justificación del

mismo, la retribución a percibir por los trabajadores/as afectados, y un programa para la recuperación progresiva de las condiciones salariales del sector.

- Límite temporal: El acuerdo de descuelgue salarial no puede tener en ningún caso una duración superior a la determinada para el convenio de sector, y en todo caso tendrá una duración máxima de tres años.
- Sometimiento a Arbitraje: La nueva regulación contiene un mandato para que por medio de Acuerdos Interprofesionales de ámbito estatal o autonómico se establezcan procedimientos de arbitraje obligatorios para resolver la falta de acuerdo en este procedimiento.

Además, la Disposición Adicional Vigésimo Primera de la *Ley 35/2010, de 17 de septiembre, para la reforma del mercado de trabajo*, establece un plazo de seis meses desde la aprobación de dicha Ley, para que se articule la reforma de la negociación colectiva por medio de los referidos Acuerdos Interprofesionales, transcurridos los cuales el Gobierno podrá adoptar las iniciativas que considere oportunas para dicha reforma.

Parece previsible por tanto que en caso de falta de Acuerdos Interprofesionales que regulen el sometimiento de la negociación de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial a procedimientos de arbitraje obligatorios, estos se regulen por Ley. Esta medida vulnera el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos, que es parte esencial del derecho de libertad sindical, a tenor del artículo 2.2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, cuya protección constitucional se contempla en los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución.

## 9. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

### **Legislación aplicable:**

*Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 40.*

*Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.*

*Directiva 96/71/CE*

*Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.*

*Resolución 31.I.03, Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva.*

*Resolución 2.II.01, Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos.*

*Real Decreto Legislativo 5/2000, Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.*

Se produce un traslado o desplazamiento cuando un trabajador/a debe acudir a centro de trabajo en distinta localidad que le implique cambio de residencia. En la movilidad geográfica debemos distinguir entre traslados y desplazamientos, así como entre traslados individuales y colectivos.

## 9.1. TRASLADOS

El concepto de traslado se fundamenta en el cambio por parte de un trabajador/a del centro de trabajo, requiriendo cambio de residencia.

Se produce dicho traslado cuando se dan los siguientes elementos:

- Se produce un cambio de centro de trabajo que implica cambio de residencia.
- En definitiva, lo que se pretende proteger por medio del art. 40 del E.T. es el derecho del trabajador/a a la vida privada y familiar, que está íntimamente conectado con el domicilio. Si se produce un traslado de centro de trabajo que no requiera un cambio de residencia para el trabajador/a, no opera el art. 40 del E.T., pues se considera que esa facultad entra dentro del poder de dirección del empresario<sup>149</sup>
- No se determina por ley cuando ha de considerarse que un traslado de centro de trabajo implica la necesidad de un cambio de residencia, y existe al respecto jurisprudencia variada que en definitiva viene a decir que en cada caso habrá que estar a las circunstancias concretas<sup>150</sup> del afectado por el cambio de centro de trabajo, ponderando distintos factores tales como la distancia entre el domicilio del trabajador/a y el nuevo centro de trabajo, las comunicaciones de transporte existentes y la duración de la jornada del trabajo (cabe establecer con base en el artículo 231.3.3º de la LGSS que en todo caso será un traslado si se acredita que desde su domicilio el trabajador/a requiera un tiempo de desplazamiento al nuevo centro de trabajo que supere el 25% de su jornada laboral).
- Se trata de un cambio permanente en el tiempo (indefinido) o un desplazamiento cuya duración es superior a 12 meses en un período de 3 años (de ser inferior se considera desplazamiento temporal y no traslado).
- Cuando el trabajador/a no haya sido contratado específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes. En tal caso, el lugar de trabajo itinerante debe justificarse en las características de la prestación laboral que ejerza el trabajador/a, y quedar reflejada dicha circunstancia por escrito en el contrato de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 2.2.c) del R.D. 659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador/a sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.
- El traslado debe estar motivado, con fundamento en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción o contrataciones referidas a la actividad empresarial.

### 9.1.1. Traslado Colectivo

#### 9.1.1.1 Cuestiones Generales

Se entiende por traslado colectivo aquel que afecta a la totalidad de un centro de trabajo siempre que ocupe a más de 5 trabajadores/as o, sin afectar a todo el centro supere los siguientes umbrales:

149. STS de la Sala Social de 26 de abril de 2006.

150. STS de la Sala Social de 16 de abril de 2003.

- 10 trabajadores/as en empresas de menos de 100 trabajadores/as.
- 10 % en empresas de entre 100 y 300 trabajadores/as<sup>151</sup>.
- 30 trabajadores/as en empresas que ocupen a 300 o más trabajadores/as.

Este número de trabajadores/as afectados por el traslado se computa dentro de un período de 90 días.

Cuando para eludir lo regulado en relación con los traslados colectivos, la empresa realice diferentes traslados, en periodos sucesivos de 90 días y número de trabajadores/as inferiores a las cifras antes expuestas, sin diferentes y nuevas causas en cada actuación, dichos nuevos traslados se considerarán en fraude de ley, y por tanto, serán declarados nulos y sin efecto. A efectos de que el traslado sea considerado como colectivo, algunas resoluciones judiciales han resuelto que deben tomarse en cuenta para el cómputo de los traslados producidos en los 90 días de referencia también aquellos que la empresa haya realizado mediante pacto individual con cada trabajador/a<sup>152</sup>.

### 9.1.1.2. *Período de Consultas*

Debe tener una duración no inferior a 15 días, y en él deben tratarse las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores/as afectados.

La reforma laboral de 2010 prevé la posibilidad de que la representación laboral acuerde con la empresa la sustitución de la negociación a llevar acabo durante el periodo de consultas por un procedimiento de arbitraje (el de aplicación en el sector al que pertenezca la empresa), cuya duración no será superior a los 15 días previstos para el periodo de consultas.

Se debe comunicar a la autoridad laboral la apertura del período de consultas y las posiciones de las partes.

#### Negociación en el período de consultas.

En el período de consultas ambas partes deben negociar de buena fe de cara a conseguir un acuerdo. Aunque esto aparece regulado en el artículo 40 ET, es un principio que debe regular cualquier negociación laboral y que en realidad sólo supone la obligación de negociar pero en modo alguno de llegar a un acuerdo. No obstante, si que podemos decir que cuando la empresa ya tenga la decisión tomada y se pueda acreditar que tan solo ha tratado de cumplir una formalidad se podrá impugnar la decisión considerando que se ha incumplido el período de consultas. El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados/as de personal o de las representaciones sindicales que representen a la mayoría de aquellos.

Termine con o sin acuerdo el periodo de consultas, el empresario debe notificar a continuación la orden de movilidad individualmente a cada trabajador/a afectado. Así también, con independencia del acuerdo que se haya alcanzado, cada trabajador/a mantiene el derecho a extinguir su contrato de trabajo con la indemnización de 20 días de salario por cada año trabajado.

151. El criterio numérico se refiere al total de trabajadores de la empresa y no solo del centro afectado, según STSJ de Castilla la Mancha de 21 de abril de 1999.

152. STSJ Castilla la Mancha de 26-5-1997.

La autoridad laboral teniendo en cuenta las posiciones de las partes y las consecuencias económicas o sociales de la medida que lo justifiquen podrá ordenar la ampliación del plazo de incorporación y la paralización de la efectividad del traslado durante un período de tiempo que no podrá superar los 6 meses.

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, establece como infracción muy grave en su artículo 8.14, «*El incumplimiento por el empresario de la paralización de la efectividad del traslado, en los casos de ampliación del plazo de incorporación ordenada por la autoridad laboral a que se refiere el artículo 40.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*».

La actuación administrativa de la autoridad laboral se rige en estos supuestos por el Real Decreto 43/1996 de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. El objeto de la actuación de la autoridad laboral en materia de traslados se limita a la posibilidad de suspender la efectividad del traslado ordenado por la empresa hasta un máximo de seis meses, no sobre la justificación o no de la medida.

El procedimiento se inicia a solicitud de parte interesada, entendiéndose por tal la empresa y los trabajadores/as a través de sus respectivos representantes legales.

La solicitud deberá ir dirigida a la autoridad laboral competente en el improrrogable plazo de los tres días siguientes a la notificación de la decisión empresarial de traslado, tras la finalización sin acuerdo del período de consultas, y habrá de expresar con claridad y precisión los motivos en que se fundamenta la petición y contendrá, en particular, la exposición de los efectos económicos o sociales negativos que se derivarían de la ejecución de la decisión de traslado en el plazo legalmente establecido (art. 24 RD 43/1996).

Recibidas las alegaciones e informes de las partes, la autoridad laboral debe resolver en el plazo de cinco días si considera que existen consecuencias económicas o sociales que justifiquen la suspensión de la orden de traslado.

En el caso de cónyuges, si a uno se le cambia de residencia, el otro tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si existiera puesto de trabajo.

Entendemos exigible este derecho a las parejas de hecho, así como independientemente de su orientación sexual, por estar previsto con carácter imperativo por el derecho comunitario en su Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, de 27 de Noviembre.

### **9.1.1.3. Impugnación del traslado colectivo**

Se puede realizar mediante la interposición de procedimiento de conflicto colectivo, así como por las concretas oposiciones por parte de los trabajadores/as afectados mediante el procedimiento especial de impugnación de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 138 LPL).

Para impugnar el cambio existe un plazo de caducidad de 20 días a contar tras la notificación de la decisión empresarial (art. 59.4 ET), si bien se ha establecido por la Jurisprudencia que si la empresa no ha cumplido con el procedimiento previsto en el artículo 40 ET no se aplica tal plazo y si en cambio el general de 1 año de prescripción.

No obstante, el traslado es ejecutivo, lo que implica que su impugnación no suspende la orden empresarial de traslado por presentación de la demanda.



También debemos indicar la posibilidad de solicitar la suspensión del acto impugnado (art. 178 LPL) si se ha impugnado mediante la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas por entender que ha sido lesionado alguno de los mismos o a posibilidad de plantearlo como medida cautelar con base en la apariencia de buen derecho, el interés preponderante y fundamental, el peligro de pérdida de virtualidad de la efectividad de la demanda y los intereses afectados.

Los representantes legales, unitarios y sindicales, de los trabajadores/as tienen prioridad de permanencia.

### 9.1.2. Traslado Individual

Se consideran traslados individuales aquellos en los cuales no se superan los umbrales referidos anteriormente para delimitar el traslado colectivo del individual. El traslado de trabajadores/as es una medida causal, recogiendo en el art. 40 las mismas causas objetivas para su procedencia que las de la extinción del contrato por causas objetivas, es decir, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La jurisprudencia ha venido a determinar que concurren las citadas causas *«cuando la adopción de la medida del traslado contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda»*.

El empresario debe notificar el traslado al trabajador/a y a sus representantes legales (tanto unitarios como sindicales), con una antelación de 30 días al momento de hacerse efectiva la decisión adoptada. Numerosos convenios colectivos fijan en beneficio del trabajador/a mayores plazos mínimos para preavisar el traslado.

Si bien la ley no lo establece, la jurisprudencia ha determinado una serie de requisitos mínimos que debe contener la orden empresarial de movilidad, como son la indicación del puesto de trabajo a desempeñar en el lugar de destino, el periodo de permanencia previsible en aquel, a efectos de poder discernir si la medida constituye un desplazamiento o un traslado, las causas que lo motivan, y los gastos y dietas que se van a percibir. La falta de indicación de tales extremos es causa de que se declare el traslado como injustificado en caso de impugnación.

En cuanto a la compensación de los gastos derivados del traslado, el ET establece que habrá de extenderse a los de los familiares del trabajador/a afectado y se remite a lo que determinen los convenios para la fijación de su cuantía.

En el caso de cónyuges, si a uno se le cambia de residencia, el otro tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si existiera puesto de trabajo de igual o incluso de inferior categoría. Si bien el art. 40.3 del E.T. al regular este derecho a la reunificación familiar establece que debe haber un puesto de trabajo en la misma localidad a la que se moviliza al cónyuge, la jurisprudencia ha admitido que el derecho se extienda a ocupar un puesto de trabajo vacante en otras localidades cercanas a aquella en la que trabaje el cónyuge, de manera que sea posible la vida en común.<sup>153</sup>

Entendemos exigible este derecho a las parejas de hecho, así como, independientemente de su orientación sexual, por estar previsto con carácter imperativo por el derecho comunitario en

153. STSJ de la Rioja, de 15-12-1995.

su Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, de 27 de Noviembre.

La Ley de medidas integrales contra la violencia de género (L.O. 1/2004) introdujo en el apartado 3. bis del art. 40 un nuevo supuesto de movilidad geográfica. En este caso es la trabajadora víctima de violencia de género quien puede solicitar a la empresa un traslado a otro centro de trabajo por razones de protección. El derecho es a ocupar un puesto en otro centro de trabajo que sea de su mismo grupo o categoría profesional. A tal efecto, la empresa está obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en ese momento, o las que se puedan prever. La trabajadora tiene además derecho a la reserva de su puesto de trabajo de origen durante seis meses.

Los representantes legales de los trabajadores/as tienen prioridad de permanencia.

### 9.1.2.1. *Impugnación del traslado*

Frente a la decisión de la empresa, caben dos opciones:

- No impugnar la decisión:
  - Percepción de una compensación por gastos. Estos gastos comprenden tanto los propios como los que provoque en relación con familiares, según hayan determinado las partes.
  - Extinción de su contrato con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. Si además el cambio repercute negativamente sobre su formación profesional podrá reclamar la indemnización superior prevista en el art. 50 ET. El trabajador/a, si va a ejercer la opción de la extinción del contrato con la indemnización señalada, debe notificárselo a la empresa dentro del plazo que va entre que se le notifica el traslado y el momento en que éste debe hacerse efectivo. En caso de optar por la indemnización, no se puede impugnar el traslado.
- Impugnar la decisión ante los juzgados sociales, en la cual se analizará si el traslado está o no justificado, y si no estuviera declarará el derecho del trabajador/a a ser reincorporado al centro de trabajo de origen. El traslado debe impugnarse dentro de los 20 días siguientes a que se notifique al trabajador/a, y en todo caso, la orden de movilidad dada por la empresa es ejecutiva hasta que la autoridad judicial no se pronuncie, por tanto el trabajador/a debe cumplir con la orden aunque la haya impugnado. Si posteriormente el traslado es declarado injustificado, el trabajador/a tiene derecho a reclamar contra la empresa por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de haber tenido que cumplir forzosamente con la orden declarada ilegal<sup>154</sup>.

El TS ha resuelto también, que si bien la opción por la indemnización es incompatible con la acción de impugnación del traslado, lo que si es posible es que el trabajador/a opte por la indemnización de 20 días por año trabajado después de haber impugnado sin éxito la orden de traslado<sup>155</sup>.

154. STS de 2 de junio de 2008.

155. STS de 21 de diciembre de 1999.

La impugnación del traslado se puede realizar mediante el procedimiento especial de impugnación de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 138 LPL).

Si bien el plazo para impugnar el traslado es de 20 días, la Jurisprudencia ha establecido que si la empresa no ha cumplido con el procedimiento previsto en el artículo 40 ET no se aplica tal plazo y si en cambio el general de 1 año de prescripción.

La interposición del conflicto colectivo paralizará las acciones individuales (art. 40.2 ET y 138.3 LPL).

## 9.2. DESPLAZAMIENTOS

La empresa podrá realizar desplazamientos temporales de sus trabajadores/as por razones económicas, técnicas, productivas o de organización o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial, y que impliquen la residencia en población distinta de la de su domicilio habitual, pero con carácter eminentemente provisional (diferencia con el traslado), por concurrir circunstancias temporales.

Aunque en el ET no se exige claramente, la orden de desplazamiento que de la empresa al trabajador/a debe tener un contenido mínimo que se deriva de las exigencias de la buena fe, debe precisar el puesto de trabajo y funciones a desempeñar por el trabajador/a en el puesto de destino, las causas que lo motivan, y los gastos y dietas que se van a percibir a consecuencia del mismo.

Se deberán abonar los salarios, gastos de viaje y las dietas. Es habitual que en la negociación colectiva se determinen con más precisión los periodos de tiempo que diferencian al desplazamiento del traslado (demasiado laxo en el ET que lo fija en periodo total de 12 meses en un cómputo de 3 años), así como las condiciones de manutención y residencia del trabajador/a desplazado.

Cuando el traslado tenga una duración superior a tres meses, el trabajador/a deberá ser informado con una antelación mínima de 5 días.

Además, en este caso, el trabajador/a tendrá derecho a un permiso de 4 días laborales en su domicilio de origen por cada 3 meses de desplazamiento, y sin computar como tales los días de viaje.

La orden de desplazamiento podrá impugnarse en los mismos términos que los traslados.

Serán considerados traslados los desplazamientos cuya duración exceda de 12 meses en un período de 3 años.

Los representantes legales de los trabajadores/as tienen prioridad de permanencia.

### 9.3. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La **CGT**, en relación con la Movilidad Geográfica, plantea impulsar en la Negociación Colectiva los siguientes puntos:

- Limitación de la capacidad del empresario de modificar las condiciones de trabajo mediante la movilidad geográfica.
- Exigir mecanismos de control sindical sobre la movilidad geográfica.

### 9.4. MOVILIDAD FUNCIONAL

#### Legislación aplicable:

*Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Estatuto de los Trabajadores, artículo 39.*

*Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley Procedimiento Laboral, artículo 137.*

Es todo cambio sobrevenido durante el cumplimiento del contrato que conlleva que el trabajador/a realice tareas o actividades profesionales distintas a las que venía prestando hasta el momento.

#### 9.4.1. Movilidad Ordinaria

El apartado primero del art. 39 establece que «*la movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional. A falta de definición de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes*».

- Así, resulta que a un trabajador/a no se le podrán encomendar funciones cuyo desempeño precisen de la posesión de una titulación de la que carece. Si es posible, sin embargo, que a un trabajador/a con determinada titulación se le asignen funciones distintas a dicho nivel.
- El sistema de clasificación profesional limita también la movilidad funcional. Dicho sistema vendrá determinado por el grupo profesional, o subsidiariamente por la categoría profesional.
- En el caso de los grupos profesionales, se le podrá encomendar al trabajador/a cualquier tarea que esté dentro de las que forman parte del correspondiente grupo profesional. No obstante, para que esto sea así, es necesario que los cambios que se efectúen dentro de funciones integradas dentro de un mismo grupo, sean profesionalmente equivalentes.
- En teoría, solo se admite la movilidad ordinaria entre categorías equivalentes cuando en el convenio de aplicación no estén configurados los grupos profesionales. En el caso de las categorías profesionales, éstas no constituyen un límite infranqueable, ya que al

trabajador/a se le podrá destinar, no sólo a la ejecución de las actividades propias de su categoría, sino además, a cualquier otra que tenga la consideración de profesionalmente equivalente.

- Se entiende con arreglo al art. 22.3 del ET que una categoría es equivalente a otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si es necesario, de procesos simples de formación o adaptación
- El artículo 39 del E.T. no determina causa en que se tenga que fundamentar la orden de movilidad funcional interna, ni establece forma alguna que se deba seguir, se admite que la orden de cambio de funciones se de por tanto verbalmente y sin determinar la causa concreta, siempre que sea para realizar funciones del mismo grupo o categoría equivalente, y se respeten los derechos fundamentales del trabajador/a.

En la práctica el resultado es el mismo, con independencia de que el sistema empleado sea el de grupos o el de categorías. La única diferencia es que en los grupos profesionales existe la presunción de que los cambios se efectúan dentro del mismo grupo son profesionalmente equivalentes. No obstante, si el sistema de clasificación profesional está basado en grupos y categorías profesionales equivalentes y no equivalentes, conviene que se busque mediante la negociación colectiva, que el grupo pierda su función limitadora, dejando que sea la equivalencia profesional la que marque ese límite.

- En el supuesto de que por contrato se haya establecido, por ejemplo, un pacto de polivalencia, según el cual el trabajador/a se compromete a realizar tareas que superan el grupo profesional o que corresponden a categorías profesionales no equivalentes, habrá de estarse a dicho pacto.
- En este supuesto sólo se establecen como límites, los referidos a la dignidad del trabajador/a y a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral.

#### **9.4.2. Movilidad Funcional por iniciativa del empresario fuera del Grupo Profesional (Ius Variandi<sup>156</sup>)**

El art. 39.2 establece que *«la movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificasen y por el tiempo imprescindible para su atención. En el caso de encomienda de funciones inferiores ésta deberá estar justificada por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva...»*

- A diferencia de la Movilidad Ordinaria, en los supuestos de Ius Variandi, resulta imprescindible la aportación, alegación, y prueba de causas concretas justificativas. Además, la movilidad debe estar limitada temporalmente, o de lo contrario debe considerarse modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
- Cuando los cambios son a categoría profesional superior, o para realizar funciones que no son profesionalmente equivalentes, se precisa que existan razones técnicas u organizativas

156. Por definición, es el poder del empresario de alterar unilateralmente los límites de la prestación laboral. Se trata de una de las manifestaciones del poder de dirección del empresario.

que justifiquen la movilidad, entendiendo por tales y siguiendo la redacción del art. 41 E.T. (Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo), aquellas que contribuyan a mejorar la situación de la empresa, a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

- Si los cambios son para realizar funciones profesionalmente inferiores, deberán estar justificados por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva, no basta una mera razón técnica u organizativa, sino que se exige una causa cualificada como una necesidad productiva urgente e imprevisible, y solo por el tiempo imprescindible.
- Además, la orden para realizar funciones de categoría inferior debe comunicarse a los representantes legales del trabajador/a, siendo este un requisito esencial sin el cual cabe considerar nula la medida<sup>157</sup>.

#### 9.4.3. Exigencias comunes a la Movilidad Ordinaria y al Ius Variandi

Señalamos criterios generales, ya que en esta materia en concreto, habrá de estarse a cada supuesto específico.

- Respeto a la Formación Profesional del Trabajador/a: en general se entiende que no se produce cuando se da una mera movilidad horizontal dentro de la misma categoría o grupo profesional; o cuando al trabajador/a se le proporcionan tareas propias de su categoría profesional, así como cuando se producen cambios a categoría superior. Sí se produce, por el contrario, generalmente, cuando se destina al trabajador/a a la realización de funciones de inferior categoría.
- Respeto a la Dignidad del Trabajador/a: jurisprudencialmente se entiende que la dignidad del trabajador/a equivale al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus jefes, como persona y como profesional, no pudiéndose situar en una posición en que, por las circunstancias que se dan en ella, provoque un menoscabo en ese respeto, privándole de posibilidades de acción, o aun en casos extremos de signos externos del cargo, que pueden crear en los demás una impresión de caída en desgracia, combinada en el hecho de la degradación efectiva.
- Riesgos de Accidentes de Trabajo y Enfermedades que pueda provocar sobre el trabajador/a o sus compañeros (Art. 25.1 Ley 31/1995, de 8 de noviembre). Los trabajadores/as no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores/as u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.
- Ausencia de Perjuicio Económico: cuando el trabajador/a sea destinado a una categoría inferior mantendrá la retribución de origen, mientras que cuando se trata del ejercicio de funciones mejor retribuidas tendrá derecho a las retribuciones correspondientes a las funciones que realice.

157. Sentencia del TSJ de Castilla y León de Burgos de 22-09-2003.

- Imposibilidad de invocar como causa de despido objetivo la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas realizadas en su puesto de trabajo: Hemos de destacar, no obstante, que el trabajador/a tiene el deber de ejecutar las nuevas tareas, y por lo tanto el deber de adaptarse a las nuevas funciones no habituales.
- El empresario no puede valerse de la movilidad funcional como instrumento para privar de efectividad una huelga.
- La movilidad que el precepto autoriza es la que se realiza en el seno de la misma empresa, no puede por tanto utilizarse por el empresario para trasladar al trabajador/a a otra empresa, sin perjuicio de la que pueda producirse en grupos de empresas que se consideren como un único empleador<sup>158</sup>.

#### **9.4.4. Procedimiento de consolidación Profesional (Art. 39. 4 ET)**

Si como consecuencia de la movilidad funcional se realizaran funciones superiores a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes por un período superior a seis meses durante un año, o a ocho durante dos años, el trabajador/a, salvo disposición en contra en el convenio colectivo, podrá reclamar el ascenso.

- Las funciones habrán podido realizarse de manera continuada o intermitente, siempre que se superen los mínimos mencionados
- Actualmente la mayoría de los Convenios Colectivos establecen sistemas objetivos de promoción profesional, por lo que la excepción que recoge el ET, se convierte en norma general.
- El procedimiento para reclamar el ascenso es el de clasificación profesional regulado en el art. 137 de la LPL, para lo que el trabajador/a debe solicitar informe previo al comité de empresa sobre su pretensión. En caso de que lo que se reclame se la cobertura de vacante, el procedimiento es el ordinario.

#### **9.4.5. Impugnación de la orden de movilidad funcional**

A diferencia de lo que sucede con la impugnación de las modificaciones sustanciales de trabajo, la ley no establece un procedimiento específico para impugnar las órdenes de movilidad funcional, por lo que se aplica el procedimiento laboral ordinario, o el de conflicto colectivo, y la acción de impugnación se somete por tanto al plazo general de prescripción de un año.

---

158. Sentencia del Tribunal Supremo de 10-10-1990.