

---

# Introducción al derecho del trabajo

---

PID\_00265970

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 7 horas

---





**Ignasi Beltran de Heredia Ruiz**

Profesor agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UOC.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por la profesora: Marian Gili Saldaña (2019)

Sexta edición: septiembre 2019  
Autoría: Ignasi Beltran de Heredia Ruiz  
Licencia CC BY-NC-ND de esta edición, FUOC, 2019  
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona  
Realización editorial: FUOC



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

# Índice

<b>Introducción</b> .....	7
<b>Objetivos</b> .....	9
<b>1. Las fuentes del derecho del trabajo</b> .....	11
1.1. Las fuentes normativas del derecho del trabajo .....	11
1.1.1. La Constitución española y el derecho del trabajo .....	11
1.1.2. Las fuentes de derecho internacional y de derecho de la UE .....	12
1.1.3. La ley y el reglamento como fuente del derecho del trabajo .....	13
1.1.4. El convenio colectivo .....	14
1.1.5. El convenio colectivo, la huelga y la paz social .....	22
1.2. La representación de los trabajadores y empresarios .....	22
<b>2. El contrato de trabajo</b> .....	25
2.1. El contrato de trabajo como fuente de la relación de trabajo .....	25
2.2. Definición del contrato de trabajo .....	25
2.3. El trabajador como sujeto de la relación laboral .....	27
2.4. El empresario como sujeto de la relación laboral .....	27
2.4.1. Definición .....	27
2.4.2. La identificación del empresario a efectos de determinar la responsabilidad en materia laboral: supuestos conflictivos .....	27
2.5. Las relaciones laborales de carácter común y relaciones laborales de carácter especial .....	31
2.6. Trabajos excluidos .....	31
<b>3. Conclusión y efectos del contrato de trabajo</b> .....	33
3.1. Elementos esenciales del contrato de trabajo .....	33
3.2. La nulidad del contrato .....	33
3.3. La forma del contrato de trabajo .....	33
3.4. Los efectos del contrato en el tiempo. El contrato de duración indefinida y de duración determinada .....	34
3.4.1. El contrato indefinido ordinario .....	34
3.4.2. Los contratos temporales .....	35
3.4.3. El contrato de relevo .....	38
<b>4. La prestación del trabajador</b> .....	39
4.1. El acceso al trabajo y a la empresa .....	39
4.1.1. El periodo de prueba .....	39

4.1.2.	La clasificación profesional .....	40
4.2.	El tiempo de trabajo .....	41
4.2.1.	La ordenación del tiempo de trabajo .....	41
4.2.2.	El contrato a tiempo parcial .....	43
4.2.3.	El descanso semanal, las fiestas y el calendario laboral y las vacaciones .....	43
<b>5.</b>	<b>La posición jurídica del empresario.....</b>	<b>45</b>
5.1.	El poder de dirección del empresario .....	45
5.2.	La obligación salarial .....	46
5.2.1.	Concepto de salario .....	46
5.2.2.	La estructura del salario .....	47
5.2.3.	La determinación de la cuantía salarial .....	47
5.2.4.	Lugar, tiempo y forma de pago del salario .....	48
5.2.5.	Cargas fiscales y de Seguridad Social .....	48
5.3.	La ocupación efectiva .....	48
5.4.	Seguridad, higiene y salud laboral .....	49
<b>6.</b>	<b>Alteraciones de la relación laboral.....</b>	<b>50</b>
6.1.	La modificación de los elementos objetivos del contrato .....	50
6.1.1.	La modificación del contrato por parte del trabajador .....	51
6.1.2.	La modificación del contrato por parte del empresario .....	52
6.2.	La modificación de los elementos subjetivos del contrato .....	56
<b>7.</b>	<b>La interrupción, suspensión y excedencia de la relación de trabajo.....</b>	<b>58</b>
7.1.	Notas delimitadoras de la interrupción, la suspensión y la excedencia .....	58
7.2.	Supuestos de interrupción, suspensión y excedencia .....	59
7.2.1.	Permisos y licencias retribuidas .....	59
7.2.2.	Supuestos suspensivos de la relación de trabajo .....	59
7.2.3.	Supuestos de excedencia .....	62
<b>8.</b>	<b>Extinción del contrato de trabajo.....</b>	<b>64</b>
8.1.	Formalidades de la extinción del contrato de trabajo: el finiquito .....	64
8.2.	Efectos de la extinción del contrato de trabajo .....	65
8.3.	Supuestos de extinción del contrato de trabajo .....	65
8.3.1.	Extinción por mutuo acuerdo .....	65
8.3.2.	Extinción por decisión unilateral de una de las partes .....	66
8.3.3.	Extinción del contrato por imposibilidad objetiva sobrevenida .....	77
8.3.4.	Terminación del contrato por jubilación .....	78

---

<b>Resumen</b> .....	80
<b>Ejercicios de autoevaluación</b> .....	83
<b>Solucionario</b> .....	84
<b>Glosario</b> .....	85
<b>Bibliografía</b> .....	86



## Introducción

El derecho del trabajo es una rama del Ordenamiento Jurídico cuyo principal objetivo es regular la relación de trabajo.

En la revolución industrial, las normas del derecho común, inspirado por los principios liberales de autonomía de la voluntad y de la no intervención legislativa, abocaron a la gran masa de trabajadores a una situación miserable. Especialmente por la intrínseca desigualdad de las partes que negocian un contrato de trabajo.

En este escenario, ante la debilidad del trabajador individual frente al poder del empresario, el asociacionismo obrero, a través de la fuerza y la organización, aparece con el fin de mejorar las condiciones de trabajo de los asalariados, tratando de establecer un equilibrio de posiciones.

Sin embargo, desde un primer momento, la acción colectiva entra frontalmente en conflicto con los postulados liberales, desembocando en su prohibición y tipificación penal. En efecto, en un primer estadio, es calificada como una actividad subversiva, y por ello ilícita, pues, entre otras razones, se considera que altera las reglas del mercado al fijar de un modo "ficticio" el precio de las cosas.

No obstante, con el paso del tiempo, el incremento de la presión social fuerza al Estado a suavizar su postura ante este fenómeno: primero, tolerándolo y posteriormente, reconociendo jurídicamente el derecho a la libertad sindical y en particular a la negociación colectiva como expresión privilegiada de la autonomía colectiva.

En paralelo a estos cambios, se produce un progresivo abandono de la tradicional postura estatal de falta de regulación. Especialmente porque se empieza a comprender que la acción legislativa es un excelente instrumento para apaciguar las convulsiones sociales.

Así, se inicia un proceso de intervención estatal dirigido a regular las condiciones mínimas que deben regir en toda relación laboral. Por lo menos, se aspira a garantizar la supervivencia biológica del trabajador y de su familia. Por lo que, tras una primera etapa caracterizada por acciones normativas tímidas y casi anecdóticas, le sucede una fase de reconocimiento paulatino de los derechos de los trabajadores, que culmina con su inclusión en los textos fundamentales constitucionales.

En síntesis, el derecho del trabajo actual se estructura en torno a tres vectores fundamentales que delimitan su ámbito de actuación: el contrato de trabajo, la intervención normativa del Estado y la autonomía colectiva. Y esta última es una de las características esenciales del derecho laboral.



## Objetivos

El presente módulo pretende describir sistemáticamente y con claridad los aspectos esenciales de las instituciones jurídicas del derecho del trabajo. La aspiración principal es facilitar una primera aproximación a esta rama del Ordenamiento Jurídico. Para ello, se pretende ofrecer al lector las herramientas y soportes suficientes que le permitan la familiarización con los parámetros conceptuales y la terminología propia de esta disciplina jurídica y, en definitiva, la adquisición de una base de conocimiento general y sólida.

En síntesis, los objetivos que se persiguen son dos.

1. El primero, adquirir una inteligencia del derecho del trabajo suficiente como para que el lector pueda identificar las instituciones jurídicas fundamentales que lo conforman, con el propósito de que sea capaz de reconocer los conflictos que se derivan de las mismas y, sobre todo, las consecuencias jurídicas que se puedan desprender desde una perspectiva jurídico-laboral.
2. El segundo, que tales conocimientos operen como una plataforma que fundamente un estudio de la materia con mayor profundidad.

El itinerario expositivo pretende ilustrar cada uno de los estadios vitales de la relación de trabajo, partiendo de la descripción del sistema de fuentes que rige en el derecho del trabajo, y que nutre normativamente toda relación laboral. Al respecto, se hace especial hincapié en la negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo.

A continuación, se exponen sucesivamente los elementos esenciales que delimitan la relación de trabajo por cuenta ajena, los parámetros que definen a las partes que participan en un contrato de trabajo, los requisitos para su válida celebración y los efectos jurídicos que se desprenden del mismo a lo largo del tiempo.

Posteriormente, el hilo conductor nos llevará a la descripción de las prestaciones fundamentales a las que se obligan las partes al celebrar el contrato y que conforman su contenido esencial (trabajo y salario).

Y finalmente, se exponen por un lado las herramientas jurídicas de que disponen trabajadores y empresarios para alterar el contenido originario del contrato de trabajo, y por otro lado, las circunstancias que pueden provocar su extinción.



# 1. Las fuentes del derecho del trabajo

## 1.1. Las fuentes normativas del derecho del trabajo

A diferencia de otras disciplinas jurídicas, el sistema de fuentes del derecho del trabajo presenta ciertas particularidades y viene establecido en el art. 3.1 del Estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, vigente desde el 13 de noviembre de 2015 –en adelante ET:

"los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regularán (...) por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado (...), por los convenios colectivos (...), por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo (...) y por los usos y costumbres locales y profesionales".

Esta enumeración no es exhaustiva, pues debe completarse con otras fuentes normativas, como la Constitución española, determinados tratados internacionales y normas de derecho de la Unión Europea –en adelante, UE– y, en alguna medida, por normas emanadas de las comunidades autónomas.

### 1.1.1. La Constitución española y el derecho del trabajo

La Constitución española de 27 de diciembre 1978 –en adelante CE– es la fuente superior del Ordenamiento Jurídico.

La CE regula la estructura y funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, determinando el sistema de fuentes del derecho e identificando los órganos con potestad normativa. Por otro lado, la CE regula los medios y procesos de formación de normas de los órganos con capacidad normativa. Este sistema permite jerarquizar las normas jurídicas en función del órgano del que proceden.

Paralelamente, la CE se erige a sí misma como una fuente del Ordenamiento Jurídico (art. 9.1 CE), y proclama un conjunto de derechos y libertades, fijando unas directrices que deben ser respetadas por las normas que las desarrollan.

Hoy en día, puede hablarse de una **constitucionalización del derecho del trabajo**, esto es, la incorporación de los principios fundamentales configuradores de esta disciplina jurídica en la norma fundamental. La CE reconoce el

Estado social y democrático de derecho (art. 1 CE) y asigna a los sindicatos de trabajadores y empresarios el papel de contribuir a la promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7 CE).

La CE, asimismo, reconoce a los trabajadores un conjunto de derechos de carácter individual al margen de su condición como ciudadanos. Se reconoce el derecho al trabajo, al pleno empleo, al percibo de un salario suficiente, a la libertad profesional y a la promoción social (art. 35.1 CE); el derecho al descanso y a las vacaciones retribuidas, así como el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE).

Paralelamente, se reconoce a los trabajadores un conjunto de derechos de carácter colectivo: derecho a sindicarse libremente (arts. 7 y 28 CE), el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), el derecho de huelga (art. 28.2 CE); y el derecho a la participación en las empresas (art. 129.2 CE).

La enumeración de estos derechos debe completarse con otros derechos y libertades reconocidas en la CE que, a pesar de no estar referidas expresamente al ámbito laboral, inciden notoriamente en las relaciones laborales (por ejemplo: el derecho a la igualdad y no discriminación, art. 14 CE; el derecho a la libertad ideológica y religiosa, art. 16 CE; el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, art. 18 CE; etc.).

### **1.1.2. Las fuentes de derecho internacional y de derecho de la UE**

Dentro del marco normativo constitucional, el derecho del trabajo se compone de normas que emanan de poderes internos (estatales o no), así como de normas que proceden de poderes supranacionales o por acuerdos entre los Estados.

Las fuentes supranacionales sólo alcanzan el carácter de fuente del derecho interno, y por ello son aplicables en España, cuando han sido ratificadas y publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* (en adelante, BOE); o bien cuando se ha producido una cesión previa de soberanía (arts. 93 CE; y 1.5 Código civil –en adelante CC).

Las fuentes del derecho del trabajo supranacionales provienen fundamentalmente de las normas dictadas en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y del derecho de la UE. Aunque también debe hacerse mención a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización para la Cooperación y Desarrollo económico (OCDE) y el Consejo de Europa.

#### **1) La Organización Internacional del Trabajo**

La OIT fue creada por el Tratado de Versalles (parte XIII) en 1919, vinculada a la Sociedad de Naciones. Tras su disolución, ha pasado a formar parte de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Uno de los elementos más característicos de la OIT consiste en su composición tripartita. Cada país miembro está representado simultáneamente por representantes de los trabajadores, de los empresarios y del propio Estado.

Los principales instrumentos normativos de la OIT son: los convenios y las recomendaciones.

Los **convenios** son tratados internacionales que deben someterse a los Estados miembros para su ratificación. La ratificación de estas normas internacionales en España requiere la autorización de las Cortes (art. 94.1 CE) y el consentimiento del jefe del Estado (art. 56.1 CE).

Las **recomendaciones**: No originan ninguna obligación internacional sino que simplemente se limitan a fijar líneas de orientación e interpretación. Normalmente acompañan al texto de un convenio. Las recomendaciones no se ofrecen a los Estados para su ratificación.

## 2) El derecho de la UE

Las fuentes del derecho comunitario son el derecho originario (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y los tratados de adhesión y de modificación), así como el derecho derivado (las directivas y los reglamentos).

**Derecho originario.** Tratado constitutivo: Tratado de Roma de 1957, modificado por el Acta Única Europea (1986), el Tratado de la Unión Europea (1992), el Tratado de Ámsterdam (1997), el Tratado de Niza (2001) y el Tratado de Lisboa (2007).

**Derecho derivado.** Los principales instrumentos normativos que emanan de las instituciones de la UE son los reglamentos y las directivas:

- Los **reglamentos** son normas obligatorias en todas sus partes y directamente aplicables a todos los Estados miembros, en último término, por los tribunales de éstos. Poseen vigencia en el ordenamiento interno sin necesidad de una norma de desarrollo.
- Las **directivas**, a diferencia de los reglamentos, no son directamente aplicables, sino que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para su transposición. La directiva vincula a los Estados en cuanto a los resultados y objetivos a alcanzar, pero no en cuanto a la forma y medios para conseguirlo.

La incorporación del derecho de la UE al ordenamiento interno se produce directamente. En consecuencia, no es precisa ni la ratificación ni la publicación en el BOE para su entrada en vigor, bastando su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Finalmente, debe advertirse que el papel asignado a los interlocutores sociales en la regulación de materias con trascendencia laboral es especialmente relevante (arts. 137 y sig. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea).

### 1.1.3. La ley y el reglamento como fuente del derecho del trabajo

La ley como fuente del derecho del trabajo juega un papel fundamental, pues una gran cantidad de materias laborales están sujetas a la reserva de ley o, incluso, a reserva de ley orgánica.

#### La OIT

España es uno de los países que más convenios ha ratificado de la OIT.

Más información en, <http://www.ilo.org>.

#### El papel del derecho social comunitario

La trascendencia de la acción normativa de la Comunidad en el ámbito social ha sido muy intensa, afectando a múltiples aspectos: libre circulación de trabajadores, igualdad de trato y no discriminación; crisis, reestructuración de empresas y cambios de titularidad; seguridad y salud en el trabajo; derechos de información y consulta de los trabajadores; coordinación de políticas de empleo, etc.

Para más información puede consultarse, <http://www.europa.eu.int>

Existen diversidad de normas jurídicas con efectos de ley, y son varios los órganos con capacidad para dictarlas (Ley Orgánica, art. 81 CE; Ley Ordinaria, arts. 87 a 90 CE; Decreto Legislativo, arts. 82 a 85 CE; y Decreto-Ley, art. 86 CE).

Por su parte, las comunidades autónomas también tienen capacidad para dictar normas con rango de ley, según lo dispuesto en sus correspondientes estatutos de autonomía, aunque sus competencias normativas en materia laboral son limitadas.

El reglamento es una norma jurídica emanada del Gobierno, sometida estrictamente al principio de jerarquía normativa, por lo que no puede vulnerar preceptos contenidos en una norma superior.

El reglamento puede ejecutar o desarrollar lo contenido en una ley orgánica u ordinaria. También cabe la posibilidad de que el Gobierno dicte reglamentos autónomos o independientes, es decir, sin necesidad de una ley habilitante. Sin embargo, en materia laboral el Gobierno no ostenta esta facultad. Así, las disposiciones reglamentarias deben desarrollar los preceptos que establezcan normas de rango superior, pero no pueden establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar (art. 3.2 ET). En consecuencia, la potestad reglamentaria se limita a los reglamentos de ejecución de leyes. No obstante, algunas normas laborales contienen remisiones a reglamentos cuyo contenido sobrepasa esta restricción.

#### 1.1.4. El convenio colectivo

El convenio colectivo es un acuerdo libremente adoptado por los representantes de los trabajadores y los empresarios en virtud de la autonomía colectiva.

La autonomía colectiva consiste en el poder asignado conjuntamente a los representantes de los trabajadores y empresarios para la regulación de las condiciones de trabajo.

El convenio colectivo constituye una fuente esencial en la regulación de las relaciones laborales y una de las particularidades más relevantes de esta rama del Ordenamiento Jurídico.

Se trata, sin duda, de una fuente peculiar, en la medida en que, por un lado, tiene su origen en un acuerdo o pacto entre las partes trabajadora y empresarial; y por otro, tiene una clara dimensión normativa, en tanto que, adaptando y/o mejorando la regulación heterónoma de un determinado ámbito productivo, empresa o sector de actividad, los contratos de trabajo tienen que someterse a su contenido y, además, es exigible a cualquier trabajador incluido en su ámbito de aplicación, con independencia de su pertenencia o no al sindicato o asociación empresarial que lo haya firmado.

#### La distribución de competencias en materia laboral

La CE distribuye competencias entre los poderes públicos. En el ámbito laboral, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la "legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas" (art. 149.1.7.ª CE).

Aunque el convenio colectivo es una norma jerárquicamente inferior a la Ley y al reglamento estatal, por lo que debe respetar las normas mínimas fijadas en éstos, lo cierto es que la política legislativa está siendo propensa a delegar en la autonomía colectiva la regulación de aspectos tradicionalmente delimitados por el legislador (como, por ejemplo, en lo relativo al periodo de prueba).

El art. 37.1 CE establece:

"La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios".

A los convenios colectivos firmados de acuerdo con lo dispuesto en el ET (título III) se les atribuye los siguientes efectos:

- **Eficacia normativa:** el convenio colectivo se incorpora al sistema de fuentes, por lo que se impone al contenido del contrato de trabajo de forma imperativa y automática, sin necesidad de que las partes hagan mención expresa de su aplicación.

Circunstancia de la que se derivan dos consecuencias. Por un lado, el contrato de trabajo no puede establecer condiciones laborales que perjudiquen al trabajador por ser menos favorables o contrarias a las establecidas en el convenio colectivo (art. 3.1.c ET). Y por otro, la indisponibilidad de los derechos establecidos como mínimos en las normas convencionales, es decir, no pueden ser reducidos o anulados a través del contrato de trabajo.

- **Eficacia general o *erga omnes*:** el convenio colectivo "obliga a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia" (art. 82.3 ET). Lo que quiere decir, que el convenio colectivo se aplica, incluso, a los trabajadores y empresarios no afiliados a las organizaciones patronales y sindicales firmantes, comprendidos dentro de su ámbito de aplicación.

De todos modos, debe advertirse que las manifestaciones de la autonomía colectiva amparadas en el art. 37 CE, no se circunscriben a los convenios colectivos de eficacia normativa y *erga omnes*, regulados en el título III del ET, sino que, en el caso de que no se cumpla con los requisitos previstos en el citado título, pueden pactarse convenios colectivos de eficacia limitada (o extraestatutaria). A su vez, también se prevé la posibilidad de pactar acuerdos de empresa (por ejemplo, en materia de distribución irregular de la jornada –art. 34.2 ET).

La atribución de estos efectos al convenio colectivo queda supeditado al cumplimiento de lo dispuesto en el título III del ET que, de cara a la claridad expositiva, puede sintetizarse en la respuesta a las siguientes preguntas: "¿quién?", "¿qué?" y "¿cómo?".

**¿Quién está legitimado para negociar un convenio colectivo de eficacia general?**

La capacidad para ser parte de un convenio está íntimamente conectada con la unidad de negociación, de la que se deriva el ámbito de aplicación del convenio.

Al respecto, el ET distingue los sujetos legitimados en función del ámbito de negociación del convenio de **empresa** y **supraempresarial**.

### 1) Convenio colectivo de empresa (o de ámbito inferior)

Están legitimados para firmar un convenio colectivo de empresa o de ámbito inferior (arts. 87 y 88 ET):

- El empresario.

En los convenios de grupo de empresas y en los que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, está legitimada para negociar la representación de dichas empresas (art. 87.3.b ET).

- La representación unitaria o los representantes sindicales de los trabajadores (siempre que sumen la mayoría de los miembros de dicho comité). No obstante, debe tenerse en cuenta que las secciones sindicales tendrán preferencia en el proceso negociador si así lo acuerdan y, además, suman la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal (art. 87.1.2 ET).

Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la prevista para la negociación de convenios sectoriales (ver a continuación).

Y en los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico (también denominados convenios colectivos "franja"), estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representantes a través de votación personal, libre, directa y secreta.

Conviene tener presente que en el seno de la empresa pueden convivir simultáneamente dos tipos de representación de los trabajadores, la unitaria y la sindical. Por un lado, la representación **unitaria** representa a todos los trabajadores de la empresa, cuya composición deriva del resultado de unas elecciones realizadas al efecto.

Por otro lado, la representación **sindical** representa al sindicato en la empresa. Esta representación se articula a través de las secciones y delegados sindicales que sólo representan a los trabajadores de la empresa afiliados al sindicato (arts. 8 y sig. **Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical** –en adelante **LOLS**). Los representantes sindicales pueden formar parte de la representación unitaria (siempre y cuando obtengan en las correspondientes elecciones los votos necesarios), tal como también veremos más adelante.

### 2) Convenio colectivo sectorial

La **legitimidad negociadora inicial** o **interviniente** de empresarios y trabajadores viene regulada por las siguientes reglas. Podrán firmar un convenio colectivo sectorial (arts. 87.2 ET) por parte de los trabajadores:



- Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

La condición de sindicato más representativo a nivel estatal se asigna a los sindicatos que (art. 6.2.a LOLS) acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa.

- Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de comunidad autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel de comunidad autónoma (art. 7.1 LOLS) los sindicatos de dicho ámbito que acrediten una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal.

- Los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio.
- Y, para los convenios colectivos de ámbito estatal, también tienen legitimidad los sindicatos de las comunidades autónomas que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal conforme al art. 7.1 LOLS (art. 87.4 ET).

Y, por parte de los empresarios (art. 87.3 ET):

- En los convenios colectivos sectoriales, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por ciento de los empresarios y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados.

También están legitimadas a nivel estatal las asociaciones empresariales de comunidad autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores (D. Ad. 6.ª ET).

- En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo expuesto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de comunidad autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores.

Además de esta legitimidad inicial, y sin perjuicio del derecho de todos estos sujetos legitimados a participar en la negociación en proporción a su representatividad, se exige a los representantes de los trabajadores una **legitimidad negociadora** o **complementaria**, expresada del siguiente modo. Los representantes de los trabajadores deben sumar como mínimo a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, y los de los empresarios deben ocupar a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

### ¿Qué puede ser objeto de negociación?

Es preciso distinguir: 1) el contenido material del convenio colectivo –normativo y obligacional; y 2) el contenido mínimo legalmente exigido o cláusulas delimitadoras.

1) **Contenido material** del convenio colectivo, tiene carácter opcional y hace referencia a materias de índole económica laboral, sindical y cuantas otras afecten a las condiciones de empleo (arts. 82.2, 85 y 82.3 ET). Y, en particular, el ET exige que se negocien medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad conforme a la Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

La eficacia jurídica del contenido material del convenio colectivo, no es homogénea:

**Contenido normativo:** tiene que ver con los aspectos que hacen referencia a los aspectos formales del convenio (o "cláusulas delimitadoras", ved a continuación) y al contenido sustancial y típico del convenio, que se vincula con las materias laborales (salario, tiempo de trabajo, jornada, horario, categorías profesionales, entre otros) y sindicales (como, por ejemplo, la constitución de un comité intercentros). Si el convenio colectivo ha sido denunciado, estas cláusulas prevalecen durante un año, o periodo superior, si así se ha acordado, salvo que antes entre en vigor el nuevo convenio.

**Contenido obligacional:** se refiere a las cláusulas acordadas entre las partes negociadoras, relativas a derechos y obligaciones de colaboración, participación y administración del convenio. En este sentido, destaca especialmente el deber de paz, en virtud del cual se asume el respeto del contenido normativo, impidiendo que las partes puedan acceder al derecho de huelga o cierre patronal para modificar el contenido pactado (aunque se reconocen algunas excepciones).

2) **Cláusulas delimitadoras:** legalmente se exige que todo convenio colectivo contenga los siguientes elementos (art. 85.3 ET):

- Identificación de las partes que lo negocian.
- Ámbito personal, funcional, territorial y temporal.
- Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en los supuestos en los que en una empresa se plantee la necesidad de no aplicar o "descolgarse" de ciertas condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea de sector o de empresa, si concurren las denominadas "causas de empresa". En concreto, este "des-cuelgue" puede referirse a las siguientes materias:

#### Contenido normativo/ obligacional

A diferencia de las cláusulas normativas, con la denuncia del convenio colectivo decaen las cláusulas obligatorias y, por lo tanto, el deber de paz.

- jornada de trabajo;
- horario y la distribución del tiempo de trabajo;
- régimen de trabajo a turnos;
- sistema de remuneración y cuantía salarial;
- sistema de trabajo y rendimiento;
- funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 ET (como se verá posteriormente); y, finalmente,
- mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

En este sentido, la regulación de estos procedimientos de solución de discrepancias debe tener en cuenta lo que al respecto puedan prever los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico.

Debe tenerse en cuenta que el "descuelgue" de cualquiera de estas condiciones exige el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 del ET y la celebración previa de un periodo de consultas (art. 82.3 del ET).

- Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia.
- Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas. También deben establecerse los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico que puedan pactarse al albur de lo previsto en el artículo 83 del ET.
- Todo convenio colectivo debe definir su ámbito de aplicación. Las partes negociadoras, en el ejercicio de su autonomía colectiva, son libres para fijarlo a su arbitrio (83.1 ET).

El ámbito de aplicación viene delimitado por los siguientes parámetros:

- El **ámbito personal**: grupos o categorías de trabajadores afectados por el convenio colectivo.
- El **ámbito funcional**: la rama, sector, o subsector de actividad económica, la empresa o el centro de trabajo al que se aplica el convenio colectivo (sector químico, metalúrgico, oficinas y despachos, etc.).

#### Ámbito de aplicación

El alcance de la libertad de las partes para determinar el ámbito de aplicación del convenio colectivo debe matizarse, en la medida que sólo pueden negociar sobre la base de la legitimidad correspondiente a la representatividad que ostentan.

- El **ámbito geográfico**: espacio geográfico en el que el Convenio vaya a aplicarse (estado, CCAA, provincia, municipio, etc.).
- El **ámbito temporal** o duración del convenio colectivo: las partes pueden fijar libremente la duración del Convenio (por un ejemplo, 2 años) y los requisitos para su denuncia (fijación del plazo para su ejercicio). A su vez, debe tenerse en cuenta que las partes pueden pactar distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio.

Incluso, durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 del ET podrán negociar su revisión.

Denunciado el Convenio, éste pierde vigencia en el término fijado. La falta de denuncia o la denuncia fuera de plazo motiva, salvo pacto en contrario, la prórroga automática del Convenio por periodos anuales (art. 86.3 ET).

Conviene tener en cuenta que, a pesar de la denuncia en tiempo y forma, el contenido normativo del convenio (regulación del salario, clasificación profesional, etc.) se mantiene vigente en los términos que se hayan establecido en el propio convenio (circunstancia que se denomina **ultraactividad**).

En cambio, las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia.

El ET prevé la posibilidad de adoptar acuerdos para modificar alguno o algunos de sus contenidos prorrogados del convenio con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.

En la medida en que, a lo largo del proceso de negociación de las nuevas condiciones del convenio colectivo, puedan surgir discrepancias que impidan que se alcance un acuerdo, el ET exige que a través de acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico (celebrados conforme a lo previsto en el artículo 83 ET), se establezcan procedimientos de aplicación general y directa para solventarlas de manera efectiva. Incluso se prevé la posibilidad de que las partes sometan las discrepancias a un arbitraje de forma voluntaria u obligatoria. Entendiéndose, en caso de que no se especifique, que será obligatoria.

Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia, y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación (con anterioridad a la reforma de 2012, la ultraactividad no estaba sometida a término alguno). Disposición que ha significado la supresión de las reglas relativas a los límites temporales para la negociación de un convenio colectivo previstas con anterioridad.

No obstante, el TS (sentencia 22 de diciembre 2014, rec. 264/14) ha establecido que, en el caso de que no haya un convenio de ámbito superior aplicable a éste, en vez de que el contenido normativo decaiga definitivamente, quedando los contratos sujetos a la exigua regulación legal, las condiciones del convenio denunciado quedan "contractualizadas" (a pesar de que ésta es una doctrina muy controvertida en el seno del propio TS). Esto significa que quedan incorporadas a cada uno de los contratos de los trabajadores contratados con anterioridad a este momento (y la empresa sólo las puede modificar mediante el art. 41 ET), pero no son aplicables a los de nueva incorporación. La contractualización no se da si hubiera un convenio colectivo de ámbito superior aplicable (sentencias del TS 6 de julio 2016, rec. 155/2015; y 18 de octubre 2016, rec. 205/2015), salvo que este convenio no establezca propiamente derechos y obligaciones, sino que, por ejemplo, se centre a establecer las competencias normativas de los niveles de negociación inferiores (Sentencia TS 23 de septiembre 2015, rec. 209/2014). En este último caso, pese a la existencia de un convenio de ámbito superior, sí que se produce la contractualización del convenio colectivo que ha perdido vigencia.

## Estructura y concurrencia de convenios colectivos

Un aspecto especialmente conflictivo y complejo es el relativo a la relación existente o concurrencia entre diversas unidades de negociación (y, por consiguiente, posibles convenios colectivos) en un sector o ámbito productivo concreto. Como punto de partida, un convenio colectivo, durante su vigencia, no puede verse afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto –prohibición de concurrencia (art. 84.1 del ET). Esto se traduce en la preferencia aplicativa del convenio colectivo anterior.

No obstante, esta prohibición de concurrencia puede excepcionarse en los siguientes casos:

- Si explícitamente un acuerdo interconfederal estatal o de CC. AA., o un convenio colectivo o acuerdos colectivos sectoriales, prevén una estructura del sistema negocial diferente (art. 83.2 ET); o bien,
- Si explícitamente un convenio colectivo superior (art. 84.1 del ET) contiene reglas de aplicación distintas (reconociendo una prioridad aplicativa a convenios de rango inferior); o bien,
- Si, atendiendo a la realidad autonómica, los legitimados para negociar un convenio colectivo de CC. AA. lo deciden respecto de lo previsto en uno estatal previo –siempre que no se afecte a ciertas materias (como, por ejemplo, el periodo de prueba) y siempre que los acuerdos interconfederales estatales no lo prohíban explícitamente (arts. 84.3 y 4 del ET).

No obstante, las últimas reformas legislativas han introducido un matiz especialmente relevante a ésta –compleja– matriz, pues, a pesar de lo apuntado, los convenios de empresa siempre tendrán prioridad aplicativa respecto de los convenios de ámbito superior (Estatad, de CC. AA., provincial o inferior), pero solo con relación a un conjunto de materias (que aparecen listadas en el art. 84.2 del ET, y que pueden ser ampliadas en virtud de lo previsto en el art. 83.2 del ET). Prioridad que el legislador ha blindado, pues, no puede neutralizarse. Es importante tener en cuenta que en este sentido el convenio de empresa puede establecer una regulación diferente menos favorable o contraria a la prevista en la normativa sectorial de referencia.

Sin olvidar que en virtud del art. 82.3 del ET, es posible que se adopten acuerdos de empresa o de centro de trabajo de inaplicación (descuelgue) de determinadas materias si concurren las denominadas "causas de empresa".

## ¿Cómo debe negociarse?

La negociación del convenio colectivo debe realizarse de buena fe (art. 89.1 ET) y formalizarse por escrito (art. 90.1 ET).

Tal y como se establece en el art. 89.1 ET, la representación de los trabajadores, o de los empresarios, que promueva la negociación debe comunicarlo a la otra parte, expresando detalladamente y por escrito la legitimación que ostenta, los ámbitos del convenio y las materias objeto de negociación.

Si la promoción de la negociación es una consecuencia derivada de la denuncia de un convenio colectivo vigente, esta comunicación debe efectuarse simultáneamente con el acto de la denuncia.

La parte receptora de la comunicación (por escrito y motivadamente) solo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido (salvo que se trate de negociar un descuelgue en los términos del art. 83 del ET; o bien, cuando se trate de una situación de concurrencia de convenios en los términos del 84 del ET).

Además el convenio colectivo debe registrarse y depositarse en los organismos pertinentes. Finalmente, debe publicarse en el boletín oficial correspondiente al ámbito de aplicación territorial (art. 90.1 y 2 ET). Con la publicación, el convenio colectivo entra en vigor.

### 1.1.5. El convenio colectivo, la huelga y la paz social

Durante la vigencia de un convenio colectivo, se considera como ilegal cualquier huelga que trate de alterar su contenido, pues rige el denominado "deber de paz" (art. 11.c Decreto-Ley 17/1977, 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo; y STC 8 de abril 1981, nº 11).

Se entiende que las partes, al firmar un convenio colectivo, se comprometen al respeto de su contenido, aceptando la imposibilidad de realizar cualquier reivindicación que trate de modificarlo (salvo que se discuta la interpretación o aplicación del contenido del convenio; o se centre en aspectos no regulados expresamente, en un incumplimiento previo del empresario o en la alteración absoluta y radical de las circunstancias existentes al pactarlo).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que durante la vigencia del convenio se pueden plantear conflictos con colectivos motivo de interpretación del convenio o discrepancia jurídica sobre la correcta aplicación.

No obstante, con la denuncia del convenio colectivo decae el deber de paz y, por consiguiente, se puede acudir lícitamente a la huelga solicitando la modificación del contenido del convenio denunciado.

### 1.2. La representación de los trabajadores y empresarios

La representación de los trabajadores en la empresa se configura a través de dos canales: la representación **sindical** y la representación **unitaria**.

Los representantes unitarios son, en los términos del art. 61 del ET, los órganos a través de los cuales los trabajadores de la empresa (afiliados o no a un sindicato) ejercitan su derecho de participación y están regulados en el ET.

Los representantes sindicales son órganos de acción sindical en la empresa y su régimen jurídico está previsto en la LOLS.

Modelos que no se excluyen recíprocamente, sino que pueden coexistir sin problemas en el seno de la empresa.

El art. 129.2 CE compromete a los poderes públicos a promover eficazmente las diversas formas de participación en las empresas.

A su vez, el art. 4.1.g) del ET reconoce a los trabajadores el derecho a la participación en la empresa.

De todos modos, a pesar de la existencia de estas estructuras orgánicas diferenciadas, puede afirmarse que existe una notable identidad entre ambas, pues la representación unitaria se encuentra en la actualidad altamente sindicalizada (de hecho, no es infrecuente que un mismo sujeto desarrolle simultáneamente ambas tareas representativas). En paralelo, debe tenerse en cuenta que, desde un punto de vista funcional, también puede afirmarse una sustancial identidad.

#### Consecuencias de participar en una huelga ilegal

La participación activa de los trabajadores en una huelga ilegal puede constituir una causa de despido.

De todos modos, esta equiparación no es exportable al ámbito constitucional, ya que, mientras que los sindicatos –como se ha analizado– tienen un pleno reconocimiento en dicho texto fundamental (arts. 7 y 28 CE), la representación unitaria es una creación del legislador al amparo del art. 129.2 CE.

Los trabajadores en virtud del art. 28.1 CE tienen el derecho a asociarse y constituir **sindicatos** para defender sus intereses profesionales. La CE reconoce el "derecho a sindicarse libremente", que comprende el de fundar sindicatos libremente y de afiliarse al de su elección, pero también establece que "nadie podrá obligarle a afiliarse a un sindicato".

#### Art. 7 CE y los sindicatos

En virtud del art. 7 CE, la estructura interna y el funcionamiento de un sindicato deben ser democráticos.

La LOLS establece una distinción entre los sindicatos tomando como parámetro de referencia su "representatividad" (calculada en función del número de representantes unitarios que ostentan).

Atribuyéndoles a los "más representativos" una "singular posición jurídica" (art. 6 LOLS) que, entre otras cosas, les permite ostentar representación institucional ante las administraciones públicas, la negociación colectiva, participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos, etc.

Los trabajadores afiliados a un sindicato pueden desarrollar su acción sindical en la empresa (**representación sindical**). Así, pueden constituir **secciones sindicales** de empresa. Y para el caso de que trabajen en empresas de más de 250 trabajadores pueden nombrar a **delegados sindicales**, cuyo número, salvo que exista otro acuerdo, varía en función del número de trabajadores de la plantilla de la empresa o del centro de trabajo (art. 10 LOLS).

Los trabajadores también tienen derecho a elegir a sus representantes en la empresa (**representación unitaria**). Éstos son: los **delegados de personal** (para empresas con una plantilla entre 11 y 49 trabajadores) y el **comité de empresa** (para empresas con una plantilla de 50 o más trabajadores).

El mandato de estos representantes es de 4 años (art. 67.3 ET) y tienen reconocidas una serie de garantías para el ejercicio de su cargo (art. 68 ET): apertura de un expediente contradictorio en caso de sanciones por faltas graves y muy graves; prioridad de permanencia en el puesto de trabajo en caso de suspensión y extinción del contrato por causas de empresa; derecho a no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de su mandato o en el año siguiente a la expiración del mismo, salvo que se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación; libertad de expresión; y derecho a disfrutar de un crédito de horas retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación. El listado de sus competencias está descrito en el artículo 64 del ET.

#### Representación sindical y unitaria

La representación sindical y la unitaria tienen la capacidad para negociar convenios colectivos y pueden emprender acciones para reivindicar pretensiones vinculadas con sus intereses profesionales.

Los empresarios también pueden constituir **asociaciones empresariales** para la defensa de sus intereses frente a trabajadores y sindicatos (según la disposición derogatoria de la LOLS, su régimen jurídico está previsto en la Ley 19/1977, 1 de abril, y el Decreto 873/1977). Y la representatividad viene definida en la D. ad. 6.<sup>a</sup> del ET.

A pesar de que algunos organismos (OIT) les atribuyen también la denominación de "sindicato", en el Ordenamiento Jurídico español no es así, pues se entiende que sus fines no son de la misma naturaleza que los que caracterizan a los sindicatos de trabajadores.

**Art. 7 CE y las asociaciones empresariales**

En virtud del art. 7 CE, la estructura interna y el funcionamiento de las asociaciones empresariales deben ser democráticos.



## 2. El contrato de trabajo

### 2.1. El contrato de trabajo como fuente de la relación de trabajo

El contrato de trabajo es un contrato normado, dado que su contenido viene predeterminado por poderes normativos extracontractuales (la ley y los convenios colectivos), imponiéndose a la autonomía individual de las partes (heteronomía).

Por lo tanto cumple una función constitutiva o generadora de la relación de trabajo, quedando su función reguladora en un segundo plano, supeditada a lo fijado heteronómicamente.

El contrato se halla sujeto de un modo estricto al principio de jerarquía normativa, por lo que no puede ni empeorar ni contradecir lo dispuesto en las normas legales y colectivas (art. 3.1.c ET). A pesar de ello, el contrato de trabajo cumple una función reguladora trascendente.

Además, el trabajador no puede disponer de los derechos que le vengán reconocidos por normas de derecho necesario (**absolutas** o **relativas**) estatales o colectivas (art. 3.5 ET).

Las normas de **derecho necesario absoluto** impiden por completo su modificación (por ejemplo, la prohibición de trabajar para los menores de 16 años). Las normas de **derecho necesario relativo** actúan como un límite máximo o mínimo que debe respetarse (por ejemplo, el salario mínimo fijado por el Gobierno actúa como una norma de derecho necesario relativo mínimo, pues es posible acordar un salario superior; o bien, la jornada establecida legalmente actúa como derecho necesario relativo máximo, pues se puede pactar una jornada de trabajo inferior).

### 2.2. Definición del contrato de trabajo

El ET no da una definición de lo que debe entenderse como contrato de trabajo, aunque su configuración puede deducirse del texto del art. 1.1 ET:

"La presente ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario."

#### Heteronomía

La razón histórica a la limitación de la autonomía individual de las partes se halla en la voluntad de proteger a la parte más débil de la relación, tratando de limitar el poder de negociación del empresario. La pretendida igualdad propugnada por los postulados liberales aplicada al ámbito laboral fue origen de aberrantes abusos. Esta situación exigió la intervención tuitiva del Estado, actuando de contrapeso equilibrador de la desigualdad inherente en la negociación del contrato de trabajo.

Así pues, el contrato de trabajo es aquél por el cual una persona física, denominada trabajador, presta sus servicios retribuidos a otra, física o jurídica, denominada empresario, a cambio de una remuneración y bajo su dependencia en la ejecución de aquél.

Las notas (elementos) características del contrato de trabajo definen simultáneamente el concepto de trabajador, así como el tipo de actividad productiva que queda comprendida dentro de su ámbito de protección; y éstas son:

- 1) **Trabajo personal.** El trabajador debe ser siempre una persona física. La condición personal del trabajador es absolutamente esencial, de modo que la prestación es inseparable de la persona que la realiza. Se trata de una obligación personalísima.
- 2) **Trabajo por cuenta ajena.** La ajenidad que caracteriza al contrato de trabajo se refiere a una cesión inicial del resultado del mismo.
- 3) **Trabajo remunerado.** La relación de trabajo tiene carácter oneroso, por lo que el esfuerzo productivo debe venir acompañado de la necesaria compensación económica, conocida como salario.
- 4) **Dependiente o subordinado.** Trabajo realizado dentro del ámbito de organización y dirección del empresario. El trabajador no organiza su trabajo propio, sino que queda sometido al **poder de dirección del empresario**, que se plasma en órdenes e instrucciones sobre el trabajo.

Para calificar una relación como *laboral*, las notas definitorias del contrato de trabajo (voluntariedad, ajenidad, dependencia y remuneración) deben concurrir simultáneamente. Si falla alguna de ellas, se entenderá que la relación no es laboral y por lo tanto, quedará fuera del ámbito de aplicación del ET y del resto de la legislación laboral.

En cualquier caso, con independencia de la apariencia formal que las partes hayan otorgado a la relación contractual, toda persona que realice una actividad productiva en la que concurren los elementos constitutivos configuradores descritos, tendrá la calificación de trabajador, quedando comprendido imperativamente dentro del ámbito de aplicación del ET (es lo que se conoce como principio de realidad).

No obstante, la delimitación de la existencia de una relación laboral por cuenta ajena en un caso concreto, en muchas ocasiones, no resulta sencilla, pues existen amplias zonas grises.

#### Trabajo libre

El trabajo debe ser voluntario. Es preciso que el trabajador se comprometa de **forma voluntaria** a través de la manifestación de su **consentimiento** previo.

#### Ajenidad

La ajenidad que caracteriza el contrato de trabajo otorga al trabajador el derecho a percibir el salario con independencia de la buena ventura del negocio.

#### Subordinación

El contrato debe desarrollarse "bajo la dirección del empresario" (art. 20.1 ET).

## 2.3. El trabajador como sujeto de la relación laboral

El concepto laboral de trabajador no viene definido expresamente en el ET, aunque puede deducirse cuando el art. 1.1 ET delimita el ámbito de aplicación de esta norma. Así pues, se puede afirmar que son trabajadores las personas físicas que voluntariamente prestan sus servicios por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada *empleador* o *empresario*, lo que significa que queda al amparo de la legislación laboral.

## 2.4. El empresario como sujeto de la relación laboral

### 2.4.1. Definición

Según el art. 1.2 ET, empresario es "toda persona física o jurídica o comunidad de bienes que recibe la prestación de servicios del trabajador", tal como queda definido en el art. 1.1 ET.

Para el derecho del trabajo, es irrelevante la forma o naturaleza de empresario. Lo es quien recibe y utiliza los servicios prestados por una persona en régimen de ajenidad y dependencia. Por tanto, es indiferente que el empresario sea una persona física o jurídica, un ente público o privado, que persiga un ánimo de lucro o no. Tampoco se requiere ser comerciante ni que concurran las notas de habitualidad o profesionalidad ni se necesita ser propietario del negocio.

#### Concepto de empresario

En el ET, los términos *empleador* y *empresario* se utilizan indistintamente. De hecho, la definición de empresario, a efectos jurídico-laborales, se desvincula por completo del concepto económico o mercantil.

### 2.4.2. La identificación del empresario a efectos de determinar la responsabilidad en materia laboral: supuestos conflictivos

La identificación del empresario como parte del contrato de trabajo, en ocasiones, plantea problemas de delimitación, lo que suscita la necesidad de su identificación a efectos de imputar posibles responsabilidades laborales. Tales supuestos son: grupo de empresas, contratas y subcontratas, sucesión de empresa y cesión de mano de obra y empresas de trabajo temporal.

#### 1) Grupo de empresas

Un grupo de empresas es un conjunto de sociedades diferenciadas que mantienen algún tipo de coordinación o subordinación comercial u organizativa, pero conservando su propia personalidad jurídica. Lo trascendente es que, pese a la aparente autonomía de los componentes del grupo, éstos actúan con criterios de subordinación o de coordinación, pero sobre todo, sometidos a una dirección económica unificada.

#### Grupo de empresas

La definición jurídica del concepto de grupo de empresa se halla en los arts. 3.1.3.º y 4.1. de la Ley 10/1997.

La legislación laboral carece de una regulación específica y sistemática de los grupos de empresas a efectos laborales (a diferencia, por ejemplo, del derecho mercantil, que los regula en el Código de Comercio –art. 42– y la Ley del Mercado de Valores).

De acuerdo con las normas del derecho de sociedades, cada uno de los miembros es independiente, por lo que, en principio, al tratarse de empresas con una personalidad jurídica diferenciada no comparten responsabilidad. No obstante, para evitar operaciones societarias con fines fraudulentos, la doctrina jurisprudencial ha creado la **teoría de los grupos de empresa** a efectos laborales con el objeto identificar al **verdadero empresario** e imputar la **responsabilidad solidaria** entre las diversas empresas del grupo con respecto a las obligaciones laborales. Para ello es necesario que se dé alguna de éstas **circunstancias**:

- Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo.
- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo.
- Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinante de una exclusión de responsabilidades laborales.
- Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

De este modo se soslaya la limitación de responsabilidad impuesta por el derecho de sociedades y se extiende solidariamente al resto de empresas del grupo (por lo tanto, con independencia de la apariencia formal).

## 2) Contratas y subcontratas

La contrata es una opción organizativa mediante la cual un empresario (denominado *principal* o *comitente*) decide organizar el proceso de elaboración de determinados bienes y servicios recurriendo a la contratación de otro empresario (denominado *contratista*) que aporta su propia organización.

A pesar de que la celebración de contratas y sucesivas contratas es una opción lícita, el derecho del trabajo dispone un conjunto de cautelas, dado que puede ser una vía fácil para eludir responsabilidades. En concreto, el art. 42 ET altera la regla de no vinculación del empresario principal con respecto de los trabajadores del contratista, de modo que puede llegar a ser corresponsable de las deudas laborales salariales y de la Seguridad Social de éste si la actividad contratada pertenece a su "propia actividad". La definición de este término no ha sido constante por parte de la jurisprudencia. En la actualidad, se identifica con la teoría del ciclo productivo, y se refiere a operaciones o labores que son inherentes a la producción de bienes y servicios específicos que la empresa se propone prestar al público o a colocar en el mercado. De modo que las actividades inespecíficas o complementarias quedan excluidas. Lo que significa

### Contrata

La contrata se articula como un contrato civil de obra o empresa entre dos empresarios en virtud del cual se pacta un determinado resultado (art. 1589 y sig. CC).

que las contrataciones relativas a estos servicios quedan fuera del régimen de responsabilidad previsto en el art. 42 del ET. De todos modos, deben analizarse las particularidades de cada caso para determinar el carácter inherente o no de los servicios prestados por la contrata.

### 3) Sucesión de empresa

En virtud del principio de estabilidad en el empleo y con la finalidad de proteger la continuidad de las relaciones de trabajo y evitar operaciones societarias fraudulentas, el cambio de empresario (a diferencia de las normas del derecho común), no constituye una causa para extinguir los contratos de trabajo (art. 44 ET). El nuevo empresario (cesionario) se **subroga por imperativo legal** en la posición del anterior (cedente).

Para que opere la subrogación, es preciso que se den dos requisitos: un cambio de titularidad de empresa (elemento subjetivo) y la entrega efectiva de los elementos de la empresa que permitan la continuidad de la actividad empresarial (elemento objetivo).

No obstante, en la medida en que hay sectores productivos o de actividad que operan sin necesidad de emplear elementos patrimoniales relevantes (como, por ejemplo, limpieza, seguridad, etc.), se entiende que una sucesión entre empresas contratistas, es decir, el fin de una contrata y el inicio a continuación de otra, puede calificarse como un supuesto de transmisión de empresa previsto en el art. 44 del ET, aunque no se transmitan elementos materiales, si el nuevo contratista asume una parte relevante de la plantilla del anterior (porque así lo prevé el convenio colectivo, o bien, lo ha decidido unilateralmente la empresa entrante). Este supuesto sucesorio ha sido ratificado por la importante STJUE 11 de julio 2018 (C-60/17), Somoza Hermo, y confirmada a nivel interno por la STS 27 de septiembre 2018 (rec. 2747/2016). La posibilidad de los pliegos de condiciones de prever la sucesión de plantilla, en principio, no es posible a la luz de la redacción del art. 130.1 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

En estos casos, el nuevo empresario asume las obligaciones laborales y de Seguridad Social del empresario anterior. Lo que, entre otros efectos, implica que la empresa cesionaria debe asumir a los trabajadores de la cedente y respetar su antigüedad.

La sucesión de empresa también puede darse en los supuestos de muerte del empresario persona física si sus herederos deciden continuar con la actividad empresarial (ver al respecto apartado 8).

#### Ved también

Sobre las obligaciones laborales y de Seguridad Social del empresario, podéis consultar el apartado 6.

### 4) Cesión ilegal de trabajadores y empresas de trabajo temporal

La contratación de trabajadores para cederlos a otra empresa es ilícita porque el derecho del trabajo, con el objetivo de que no se utilice este mecanismo para eludir responsabilidades, aspira a que el empresario real sea el que efectivamente reciba la prestación del trabajador y no un empresario formal interpuesto. No obstante, la contratación de trabajadores para cederlos a otra empresa sólo está admitida si se realiza por medio de una empresa de trabajo temporal (ETT).

#### Cesión ilegal

La prohibición de la cesión de trabajadores pretende evitar que un tercero se interponga formalmente entre el trabajador y el verdadero receptor del trabajo.

En ocasiones, la cesión ilegal de trabajadores se trata de encubrir mediante contratos. Por este motivo, el art. 43.2 ET presume que se ha producido una cesión ilegal en los siguientes supuestos: "que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

Si se produce una cesión ilegal, el trabajador cedido, a su elección, tiene derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o en la cesionaria (art. 43.4 ET).

Por **empresa de trabajo temporal (ETT)** se entiende:

"aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados".

(art. 1 Ley 14/1994, de 1 de junio –en adelante LETT).

La peculiaridad de esta situación es que la relación contractual se desarrolla a tres bandas: ETT, empresa usuaria y trabajador.

#### ETT

Con la promulgación de la LETT se legaliza la cesión temporal de mano de obra.

- **ETT:** empresa cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa (denominada usuaria) con carácter temporal, trabajadores contratados por ella. El objeto principal de la ETT consiste en la contratación de trabajadores para ser cedidos a otra empresa.
- **Empresa usuaria:** es la empresa en la que el trabajador presta sus servicios.
- **Trabajador:** contratado por la ETT para prestar sus servicios en la empresa usuaria.

La relación entre la ETT y la empresa usuaria se desarrolla a través de un **contrato de puesta a disposición**; y la relación entre la ETT y el trabajador se articula mediante un **contrato de trabajo** (temporal o indefinido).

#### ETT y agencias de colocación

La Reforma de 2012 ha abierto la puerta a que las ETT, además, puedan actuar como agencias de colocación privadas.

La peculiaridad de la situación radica en que se produce una disociación de las funciones propias del empresario, dado que se reparten entre la ETT y la empresa usuaria.

La ETT ostenta el poder disciplinario (art. 15.2 LETT), asume la obligación salarial y con la Seguridad Social (art. 12.1 LETT) y está obligada a formar e informar al trabajador de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo, con carácter previo a la cesión (art. 12.3 LETT).

La **empresa usuaria** asume el poder de dirección y control con el trabajador (art. 15.1 LETT), es responsable de la seguridad e higiene en el trabajo (art. 16.2 LETT), incluyendo las obligaciones de formación y vigilancia (art. 28.5 LPRL), debiendo informar al trabajador de los riesgos derivados de su puesto de trabajo (art. 16.1 LETT).

## **2.5. Las relaciones laborales de carácter común y relaciones laborales de carácter especial**

El contrato de trabajo del art. 1.1 ET define el **contrato de trabajo común**, sin embargo, en función de la naturaleza y peculiaridades de algunos servicios se habla de **relaciones especiales**.

En general, las relaciones de carácter especial responden al concepto de contrato de trabajo previsto en el art. 1.1 ET, pero difieren en cuanto a la actividad, a las condiciones de prestación de los servicios o al régimen jurídico de extinción que justifican una regulación especial.

El art. 2 ET establece un listado de las relaciones laborales de carácter especial, sin definir las, limitándose a enumerarlas. El listado es meramente enunciativo, por lo que cabe que legalmente se establezcan más:

- Personal de alta dirección.
- Personal al servicio del hogar familiar.
- Penados en instituciones penitenciarias.
- Deportistas profesionales.
- Artistas en espectáculos públicos.
- Mediadores mercantiles dependientes.
- Minusválidos en centros especiales de empleo.
- Relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos.
- Relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud.
- Vigilantes de seguridad.
- Relación de trabajo del personal civil no funcionario que depende de establecimientos militares.
- Los socios de trabajo de cualquier cooperativa, los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado.
- Relación laboral de los profesores de religión.
- Relación laboral del personal investigador.

## **2.6. Trabajos excluidos**

Existen determinados trabajos que quedan excluidos del ámbito de aplicación del ET. La decisión por la cual no quedan comprendidos bajo el paraguas estatutario responde a dos motivos: bien porque no concurre alguno de los elementos delimitadores del contrato de trabajo (motivo declarativo); o bien porque, a pesar de que pudieran calificarse como un contrato de trabajo, el legislador ha decidido excluir determinados trabajos (motivo constitutivo).

Las exclusiones enunciadas en el art. 2 ET son:

- La relación de servicio de los funcionarios públicos, así como la del personal al servicio del Estado, las corporaciones locales y las entidades públicas autónomas, cuando al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.
- Prestaciones obligatorias (art. 1.3.b ET) –como por ejemplo, hasta hace poco, servicio militar, prestación social sustitutoria).
- Administradores, consejeros y asimilados (art. 1.3.c ET).
- Trabajos amistosos y de buena vecindad (art. 1.3.d ET).
- Trabajos familiares (art. 1.3.e ET).

- Mediadores mercantiles autónomos (art. 1.3.f ET).
- Transportistas autorizados con vehículo propio y cuya actividad requiera autorización administrativa (art. 1.3.g párrafo 2.º ET).
- Trabajadores autónomos y trabajadores autónomos dependientes (Ley 20/2007, 12 de julio 2007).



## 3. Conclusión y efectos del contrato de trabajo

### 3.1. Elementos esenciales del contrato de trabajo

La válida conclusión de un contrato exige que se cumplan un conjunto de requisitos: **capacidad jurídica para contratar, consentimiento válidamente otorgado, objeto y causa.**

**Capacidad jurídica.** Los 8 años y mayores de 16 no emancipados tienen **capacidad limitada**: éstos no pueden contratar sin el consentimiento de su representante legal. El menor de 16 años tiene **prohibida la contratación laboral** (art. 6.1 ET).

**Consentimiento.** El carácter consensual del contrato provoca que sin el consentimiento no hay contrato de trabajo ni tampoco si está viciado por error, dolo o violencia (art. 1256 y sig. CC). El consentimiento puede manifestarse de un modo expreso o tácito.

**Objeto.** El objeto del contrato de trabajo es la obligación de trabajar y de remunerar el trabajo. El objeto del contrato debe ser lícito, posible y determinado (art. 1271 y sig. CC).

**Causa.** En el contrato de trabajo la causa será para cada contraparte la prestación o servicio por la otra parte. La causa consiste en la función económico-social perseguida por las partes. Los contratos con causa ilícita son los que se oponen a las leyes o a la moral.

#### Trabajo de los menores

Excepcionalmente, los menores de 16 años pueden trabajar en espectáculos públicos siempre que se obtenga la preceptiva autorización de la autoridad laboral y no suponga un peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana (art. 6.4 ET).

### 3.2. La nulidad del contrato

Si al celebrarse el contrato alguno de los requisitos descritos no concurriera, o bien interviniera alguno de los vicios que lo invalidan, se declarará el **contrato nulo**. No obstante, a pesar de que se entiende que el contrato es jurídicamente inexistente, el trabajador tiene derecho a percibir los salarios por el trabajo efectivamente prestado (art. 9.2 ET).

En cambio, si la **nulidad sólo afecta a una parte del contrato**, en virtud del principio de subsistencia, el contrato permanecerá válido declarándose ineficaz sólo la parte del contrato nula, en lugar de la cual se aplicará lo dispuesto legal o convencionalmente (art. 9.1 ET).

### 3.3. La forma del contrato de trabajo

Todo contrato de trabajo requiere de una forma, por medio de la cual las partes pueden exteriorizar la voluntad de celebrarlo. En el derecho del trabajo rige un principio de **libertad de forma** (arts. 1278 CC y 8.1 ET), y puede ser expresa (de un modo escrito, o bien de palabra) o tácita, a través de la misma prestación.

Lo que significa que comportamientos inequívocos del trabajador (prestando un servicio por cuenta de otro) y del empresario (aceptándolo y remunerándolo), son suficientes como para entender tácitamente que existe un contrato de trabajo.

En el derecho del trabajo la forma del contrato cumple una **función declarativa** (como un medio de prueba), pero no constitutiva, dado que su cumplimiento no constituye un requisito esencial para la existencia del contrato de trabajo. Lo que significa que no es necesario que se documente por escrito.

Corroborar esta idea la presunción de la existencia de un contrato de trabajo siempre que se preste por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección de otro a cambio de una retribución (art. 8.1 ET).

No obstante, en numerosos supuestos la ley exige que el contrato se celebre por **escrito** (desvirtuándose la libertad de forma); declarando que, en caso de incumplimiento, se presumirán celebrados por tiempo indefinido y a jornada completa – art. 8.2 ET.

Los contratos que deben celebrarse por escrito son (art. 8.2 ET):

- Prácticas.
- Formación y aprendizaje.
- Para la realización de una obra o servicio determinado.
- A tiempo parcial.
- Fijo discontinuo y de relevo.
- A domicilio.
- Trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero.
- Por tiempo determinado, cuya duración sea superior a cuatro semanas.

### **3.4. Los efectos del contrato en el tiempo. El contrato de duración indefinida y de duración determinada**

El contrato de trabajo se caracteriza por el hecho de que las partes se obligan a cambiar trabajo por salario de forma continuada durante la vida de la relación surgida del contrato celebrado (es, por tanto, un contrato de tracto sucesivo). En la medida en que la ejecución del contrato es continuada, el tiempo determina la duración de la relación jurídica y satisface un interés duradero. Trabajador y empresario son los únicos capacitados para negociar la duración del contrato que estimen conveniente (art. 15.1 ET).

Los contratos pueden ser **indefinidos** o de **duración determinada**. Siendo la contratación indefinida la preferida por el legislador y quedando la temporal circunscrita a los supuestos legalmente tasados.

#### **3.4.1. El contrato indefinido ordinario**

El contrato indefinido es aquél en virtud del cual las partes no han previsto originariamente el momento de su conclusión. El régimen jurídico-laboral de este contrato, que denominamos **contrato indefinido ordinario**, es el previsto en el ET.

Otras modalidades de contratos indefinidos: el **contrato de fomento de la contratación indefinida** sólo puede celebrarse con determinados colectivos de trabajadores y tiene la particularidad de que en determinados supuestos tiene un régimen extintivo menos costoso (D. Ad. 1.ª Ley 12/2001). Aunque esta modalidad contractual ha quedado derogada en virtud del RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, debe tenerse en cuenta que los contratos celebrados con anterioridad a la reforma siguen rigiéndose por las disposiciones normativas

que los regulaban. La particularidad de este contrato es que, a diferencia del contrato indefinido ordinario, que tenía una indemnización de 45 días por año con un máximo de 42 mensualidades, presenta una indemnización por despido objetivo improcedente de 33 días por año con un máximo de 24 meses. Hay que tener presente que este último importe se ha generalizado para todos los contratos a partir de la reforma de 2012.

En sustitución, el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 introdujeron una nueva modalidad de contratación indefinida: el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Este contrato (cuya vigencia debía mantenerse, hasta que el nivel de desempleo esté por debajo del 15%) solo podía celebrarse por empresas que tuvieran una determinada plantilla (menos de 50 trabajadores), y se caracterizaba por sus beneficios fiscales y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social y, particularmente, porque si se pactaba un periodo de prueba, éste tenía una duración de 1 año (lo que planteaba ciertas dudas sobre su compatibilidad con el sistema de extinción causal que ampara el art. 35 CE, el Convenio núm. 158 del OIT y la Carta Social Europea). No obstante, con la entrada en vigor del RDL 28/2018, de 1 de enero 2019, ya no es posible formalizar esta modalidad contractual (aunque los contratos celebrados con anterioridad siguen rigiéndose por las disposiciones que los regulaban).

El **contrato fijo discontinuo** (en sus dos modalidades: que se repite en fechas periódicas –art. 12 ET– y el que no lo hace –art. 16 ET) es un contrato de duración indefinida, cuya ejecución se realiza de un modo discontinuo con ciertas intermitencias.

### 3.4.2. Los contratos temporales

El contrato temporal es aquél en virtud del cual las partes desde su celebración prevén un plazo o un término final. No obstante, **la capacidad de las partes para celebrar contratos temporales está limitada**, dado que la elección debe ajustarse al **principio de causalidad**. Es decir, sólo pueden celebrarse contratos temporales en los supuestos definidos en la ley. En aras a garantizar esta disposición, se presumen indefinidos los contratos temporales celebrados en fraude de ley (art. 15.3 ET).

Al hablar de contratos temporales podemos distinguir entre dos tipos: los **estructurales** y los **formativos**. Además, al margen de estas categorías está el contrato de relevo. Veamos, a continuación, cada uno de ellos.

#### 1) Contratos temporales estructurales

Los contratos temporales estructurales, regulados en el art. 15 ET y el Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, son:

##### a) Contrato por obra o servicio determinado (art. 15.1.a ET).

Contrato concertado para la realización de una obra o servicio determinado.

Se trata de un contrato de **duración incierta aunque limitada en el tiempo**. Es decir, la fecha de su finalización no se puede determinar puesto que se ignora de antemano. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito

#### Contratación temporal causal

La celebración válida de un contrato de trabajo temporal exige una correspondencia entre duración temporal del contrato y la naturaleza temporal del trabajo.

#### Contrato obra o servicio

No cabe celebrar este contrato para atender a tareas normales y permanentes de la empresa, a no ser que tengan sustantividad y autonomía propia. La duración del contrato que se pudiera haber pactado tiene un carácter meramente orientador, dado que el objeto del contrato es la obra o el servicio en sí mismo.

inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa. El contrato se extingue al concluir la obra o servicio pactado.

#### b) Contrato eventual (art. 15.1.b ET).

Puede celebrarse este contrato cuando así lo exijan circunstancias del mercado, acumulación de tareas, o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. Debe tratarse de una circunstancia coyuntural, esporádica o imprevisible.

La **duración** no puede exceder de 6 meses dentro de un periodo de 12 meses, desde el momento en que se produzca la causa que justifica su utilización (salvo que el convenio colectivo prevea otra cosa).

#### Contrato de primer empleo joven

Para incentivar la adquisición de una primera experiencia profesional, en virtud de la Ley 11/2013 (art. 12), las empresas podrán celebrar contratos temporales con jóvenes desempleados menores de 30 años que no tuvieran experiencia laboral o si ésta es inferior a 3 meses.

Esta modalidad contractual, que se regía por las normas del contrato eventual (salvo algunas reglas específicas) ha sido derogada por el RDL 28/2018 (aunque los contratos celebrados con anterioridad siguen rigiéndose por las disposiciones que los regulaban).

#### c) Contrato de interinidad (art. 15.1.c ET).

Contrato celebrado para cubrir alguna de las siguientes situaciones:

- Sustituir a un trabajador con reserva de puesto de trabajo legal, reconocida legal o convencionalmente (por ejemplo, por nacimiento de un hijo).
- Para cubrir temporalmente puestos de trabajo durante un proceso de selección o promoción (interna o externa) para su cobertura definitiva (art. 4.1 Decreto 2720/1998).

#### Limitación de encadenamiento de contratos temporales

En la medida en que la tasa de temporalidad española es muy elevada, el legislador ha impulsado algunas medidas con el objeto de reducirla. Con este propósito, el art. 15.5 del ET establece que deben considerarse por tiempo indefinido las sucesiones de contratos temporales en la misma empresa o grupo de empresas, directamente o a través de una ETT, si en un periodo de 30 meses dichos contratos acumulan una duración de 24 (no obstante, no deben tenerse en cuenta para estos cálculos temporales el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto del 2011 y el 31 de diciembre del 2012 –DT 5.3 ET).

## 2) Contratos temporales formativos

El art. 11 ET regula los denominados contratos de trabajo formativos: el **contrato en prácticas** y el **contrato para la formación y el aprendizaje** (normativa desarrollada por el Decreto 488/1998, 29 de diciembre).

### Contrato eventual

A través de la negociación colectiva pueden fijarse las actividades que pueden cubrirse con este contrato, el porcentaje adecuado de contratos eventuales en relación con la plantilla y también, dentro de los límites fijados en el ET, puede ampliarse la duración máxima del contrato.

### a) Contrato en prácticas (art. 11.1 ET).

Es el contrato en virtud del cual una persona titulada se obliga a prestar servicios adecuados al nivel de estudios cursados, a cambio de una remuneración.

El trabajador debe tener un título adecuado que le habilite para el ejercicio profesional. El título debe ser reciente, dado que sólo puede celebrarse un contrato en prácticas dentro de los 5 años siguientes a la finalización de los estudios –o 7 años si se trata de un trabajador minusválido (art. 11.1 ET).

La retribución será la fijada en el convenio colectivo, sin que en su defecto pueda ser inferior al 60 o al 75% durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo (art. 11.1.e ET).

La **duración** del contrato puede ser de 6 meses a 2 años (aunque los convenios colectivos pueden modificarla respetando tales límites). No obstante, las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género interrumpirán el cómputo de la duración del contrato.

### b) Contrato para la formación y el aprendizaje (art. 11.2 ET).

Las personas mayores de 16 y menores de 25 años sin la titulación exigida pueden celebrar un contrato para la formación (aunque existen algunas excepciones, párrafos 2.º y 3.º del art. 11.2.a ET).

Hasta la entrada en vigor del RDL 28/2018 (esto es, 1 de enero 2019), podía celebrarse este tipo de contratos con personas menores de 30 años (el apartado 1º de la DT 2ª del ET que lo permitía ha sido derogado).

El empresario debe proporcionar al trabajador la formación y el trabajo efectivo adecuado al objeto del contrato. El tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75% durante el primer año, o al 85% durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal. Los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias (salvo las destinadas a prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes). Tampoco podrán realizar trabajos nocturnos ni trabajo a turnos.

La **retribución**, fijada en proporción al trabajo efectivo, será la establecida en convenio colectivo sin que pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional (art. 11.2.g ET).

La **duración** del contrato será como mínimo de un año y como máximo de 3 años. La negociación colectiva, respetando los límites legales, puede ampliar la duración de los contratos para la formación (art. 11.2.b ET). Expirada la duración máxima, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa (art. 11.2.c ET). Ni tampoco cuando el puesto de trabajo correspondiente al contrato haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses

#### Contrato en prácticas

El objeto del contrato consiste en la obtención por parte del trabajador de una práctica profesional que complementa los estudios cursados a cambio de una remuneración.

Debe tenerse en cuenta que ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a 2 años en virtud de la misma titulación (art. 11.1.c ET).

#### Contrato para la formación

El objeto del contrato es el intercambio de trabajo por retribución y la adquisición de la formación teórica y práctica para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo.

Si el trabajador no ha acabado la escolaridad, la formación teórica tendrá por objeto completar su educación (art. 11.2.e ET).

(art. 11.2.c del ET). No obstante, las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género interrumpirán el cómputo de la duración del contrato.

No obstante, estos límites de edad y de duración expuestos no son de aplicación cuando los contratos de formación y aprendizaje se formalicen en el marco de los programas públicos de ocupación y formación de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo (DA 2.ª ET).

### **Contratación temporal y fraude de ley**

Vistas las causas de temporalidad (estructural y formativa), puede hacerse una aproximación más precisa al fenómeno del fraude de ley en la contratación temporal. Por ejemplo, la celebración de un contrato temporal de interinidad cuando efectivamente no se está sustituyendo a ningún trabajador que tiene una reserva del puesto de trabajo (por ejemplo, por nacimiento de un hijo), significa que ese contrato debe calificarse como indefinido (art. 15.3 del ET). Lo que significa que si el empresario extingue el contrato alegando que se ha cumplido el término pactado, en realidad esa decisión debe entenderse como un despido injustificado (y, por consiguiente, el trabajador tiene derecho a percibir la indemnización por despido improcedente).

### **3.4.3. El contrato de relevo**

Se trata de un contrato en el que un trabajador ocupa, por lo menos, la jornada dejada vacante por otro trabajador parcialmente jubilado (art. 12.6 ET). Una de sus particularidades es que puede celebrarse por tiempo determinado o indefinido a tiempo completo o a tiempo parcial.

#### **Ved también**

Acerca de los contratos de relevo, podéis consultar el apartado 4.

#### **El contrato de relevo**

Es un contrato *sui generis* que debe enmarcarse dentro de la política de fomento del empleo.

## 4. La prestación del trabajador

### 4.1. El acceso al trabajo y a la empresa

Si un empresario decide contratar a un trabajador, debe **afiliarlo** si se incorpora por primera vez al Sistema de la Seguridad Social. Con la afiliación se asigna al trabajador un **número de afiliación** de carácter vitalicio y único para todo el sistema. También debe **comunicar el alta** en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen en la empresa. En caso de incumplimiento también puede solicitarlo el trabajador. La comunicación debe realizarse con anterioridad al inicio de la prestación (art. 139 LGSS).

#### Contratación y obligaciones del empresario

El empresario debe **entregar a la representación legal de los trabajadores**, siempre que se trate de un contrato que deba celebrarse por escrito, la **copia básica** del contrato en un plazo de 10 días (art. 8.3.a ET).

#### 4.1.1. El periodo de prueba

El periodo de prueba es un **pacto dirigido a constatar la adecuación de trabajador y empresario a la relación contractual que han acordado** (art. 14 ET) y opera al iniciarse la relación laboral.

#### Periodo de prueba y duración del contrato

El periodo de prueba puede pactarse tanto en los contratos indefinidos como temporales.

Las partes no están obligadas a pactar un periodo de prueba y, si se hace, debe constar por escrito.

En cuanto a la **duración**, ha de estarse a lo que disponga el convenio colectivo y, en su defecto, no puede exceder de 6 meses para los técnicos titulados, ni de 2 meses para los demás trabajadores (3 meses para las empresas de menos de 25 trabajadores). En el caso de los contratos de duración determinada del art. 15 con una duración no superior a seis meses, el periodo de prueba no puede exceder de un mes (a no ser que el convenio colectivo establezca otra cosa). Por otro lado, también hay que tener en cuenta que es posible que, en beneficio del trabajador, se pacte una duración inferior. No obstante, las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género, que afecten a la persona trabajadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.

#### Los efectos del periodo de prueba

Las partes están facultadas para desistir del contrato: pueden extinguirlo unilateralmente, sin necesidad de alegar una justa causa, ni de cumplir forma alguna (salvo pacto en contrario) ni de indemnizar. Facultad que, no obstante, no puede tener por causa o motivo una circunstancia abusiva, discriminatoria o vulneradora de un derecho fundamental. No obstante, la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del pe-

riodo de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad.

Transcurrido el periodo de prueba, el contrato de trabajo sigue su curso normal, computándose dicho plazo a efectos de la antigüedad del trabajador.

#### **4.1.2. La clasificación profesional**

La incorporación del trabajador a la empresa implica la asignación de una determinada tarea que constituye el objeto de la obligación a que se ha comprometido. Cabe distinguir dos tipos de clasificación profesional: la objetiva y la subjetiva.

##### **1) Objetiva**

Consiste en la articulación mediante un convenio colectivo y, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, de un sistema de estructuración profesional, a partir de criterios funcionales. La estructura profesional se articula por grupos profesionales.

El grupo profesional es aquel que agrupa unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y puede incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador.

Esta definición debe ajustarse a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres.

En concreto, debe ajustarse a criterios y sistemas basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones.

##### **2) Subjetiva**

Las funciones a desempeñar por el trabajador se determinan clasificando al trabajador en un determinado grupo profesional que se realiza por acuerdo entre el trabajador y el empresario y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas (art. 22.4 del ET). Proceso que normalmente también determina el nivel salarial.

#### **Clasificación profesional**

Normalmente, la clasificación profesional subjetiva coincide con la cualificación que ostenta el trabajador.

#### **Reforma 2012 y derogación de categorías profesionales**

La reforma del 2012 ha supuesto la derogación de las denominadas categorías profesionales. Aunque no estaban definidas por el ET, tenían un carácter más específico, pues el grupo profesional podía estar integrado por varias categorías profesionales. Este cambio normativo se ha efectuado con el objeto de facilitar los cambios de funciones de los trabajadores (las categorías profesionales limitaban más esta posibilidad).



## 4.2. El tiempo de trabajo

### 4.2.1. La ordenación del tiempo de trabajo

#### 1) La jornada de trabajo

La jornada máxima de trabajo es de 40 horas semanales en cómputo anual. Por lo tanto, 1.826 horas y 27 minutos, excluidas vacaciones y descansos semanales (art. 34.1 ET). La formulación legal, medida en cómputo anual, permite la distribución de la jornada irregular. Es decir, que unos días, semanas o meses se trabajen más que otros (art. 34.2 ET).

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo (art. 34.2 del ET).

Con relación a la compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima ordinaria de trabajo legal o pactada, ved el apartado 3 del art. 34 ET.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que esta distribución debe respetar los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y, además, el trabajador debe conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella.

La jornada es o abarca el tiempo de trabajo efectivo, y se empieza a computar desde que el trabajador se halla en su puesto de trabajo (art. 34.5 ET).

La jornada máxima diaria es de 9 horas, salvo que por convenio colectivo se fije una jornada superior, con el límite de 12 horas diarias de descanso entre el final de una jornada y el comienzo de la otra (art. 34.3 ET).

No obstante, en virtud del art. 34.8 ET, las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que cumplan doce años. La concreción del ejercicio de este derecho podrá acordarse entre trabajador y empresario en el caso de que la negociación colectiva no lo prevea. Derecho que también incluye la

#### Jornada de trabajo

El límite máximo anual puede ser modificado (a la baja) por convenio colectivo.

No cuenta a efectos del cómputo de la jornada, por ejemplo, el tiempo destinado a cambiarse de ropa o el invertido en fichar, si no hay pacto expreso.

restitución de la jornada a la situación anterior (y todo ello, sin perjuicio al derecho a disfrutar del permiso o de la reducción de jornada que se reconoce en el art. 37 - ver infra).

A su vez, las empresas deben garantizar el registro diario de jornada (que debe incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria). La organización de este registro corresponde a la negociación colectiva o acuerdo colectivo o, en su defecto, a la decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa.

## 2) Las horas extraordinarias

Son horas extraordinarias las realizadas sobre la duración de la jornada máxima ordinaria legal, convencional o contractualmente fijada (art. 35.1 ET). El número máximo de horas extraordinarias que pueden realizarse al año son 80 –o menos, si por razón del contrato la jornada anual máxima es inferior (art. 35.2 ET).

### Limitación de horas extraordinarias

En la actualidad el legislador ha adoptado una política legislativa que trata de limitar la realización de horas extraordinarias como una medida de reparto del empleo.

No computan en su cálculo: las horas que se hubieran compensado con descanso dentro de los 4 meses siguientes a su realización; ni tampoco las realizadas para prevenir o reparar siniestros (art. 35.3 ET).

Las horas extraordinarias son voluntarias por parte del trabajador, salvo que se haya previsto su obligatoriedad por convenio colectivo o en el contrato; o salvo que se trate de horas extraordinarias para prevenir o reparar siniestros (art. 35.4 ET).

En cuanto a su retribución, la hora extraordinaria será retribuida, por lo menos, igual que una hora ordinaria (cabe su retribución superior, fijada convencional o contractualmente). Salvo pacto en contrario, se compensarán con descanso (art. 35.1 ET).

## 3) El horario

El horario es la determinación de los momentos precisos en que cada día se debe entrar y salir del trabajo, determinando cuándo es debida (el principio y el fin) la prestación de trabajar. La fijación del horario es competencia del empresario.

### Límites a la realización de horas extraordinarias

No pueden hacer horas extraordinarias los menores de 18 años (art. 6.3 ET), los trabajadores nocturnos (art. 36.1 ET) y en los casos de reducción de jornada por causas de empresa (art. 47.2 ET). Los contratos a tiempo parcial y los formativos y de aprendizaje pueden hacerlas únicamente en los casos previstos en el art. 35.3 ET.

Junto con el horario **partido**, interrumpido durante una o dos horas para comer, se halla el horario **continuado**, dentro del cual, si excede de 6 horas, debe establecerse un periodo de descanso mínimo de 15 minutos (art. 34.4 ET). También cabe la posibilidad de fijar un **horario flexible**, fijando un intervalo de tiempo en el que el trabajador debe prestar su trabajo.

#### **Horarios y jornadas especiales**

Existen normas especiales respecto del horario **nocturno**, el **trabajo a turnos** y la jornada de **menores** (arts. 34.3 y 4, y 36 ET).

También se puede **ampliar o limitar la jornada** en función de la actividad empresarial (art. 34.7 ET).

### **4.2.2. El contrato a tiempo parcial**

El contrato a tiempo parcial es el celebrado durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferiores a la jornada de un "trabajador a tiempo completo comparable" (art. 12.1 ET).

El contrato a tiempo parcial puede establecerse inicialmente, o bien posteriormente (convirtiendo un contrato a tiempo completo en parcial o a la inversa), mediante el **consentimiento del trabajador** (art. 12.4.e ET).

El contrato a tiempo parcial puede celebrarse por **tiempo indefinido** o por **duración determinada**, salvo para los contratos de formación (art. 12.2 ET). Puede celebrarse a **jornada partida** o **continuada**. Por otra parte, es un contrato que debe celebrarse por **escrito**, especificando el número de horas ordinarias de trabajo y su distribución.

Las horas que excedan de las de tiempo parcial ordinarias se denominan **horas complementarias** y deben ser expresamente contratadas en un pacto aparte (art. 12.5.a ET).

En todo caso, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial. No obstante, es importante tener en cuenta que los contratados parcialmente tienen reconocidos los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, debiéndose proceder a su atribución según una regla de proporcionalidad en función del tiempo trabajado.

Y, en todo caso, debe garantizarse la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres.

### **4.2.3. El descanso semanal, las fiestas y el calendario laboral y las vacaciones**

#### **1) El descanso semanal y las fiestas laborales**

Los trabajadores tienen derecho a un **descanso mínimo semanal de día y medio** ininterrumpido y es **retribuido** (art. 37.1 ET). El descanso semanal es **acumulable** en periodos de 14 días.

Las **fiestas laborales** se asemejan al descanso semanal en cuanto a su obligatoriedad y retribución. Tienen carácter retribuido y no recuperable y no pueden exceder de 14 al año, de las cuales 2 son locales (art. 37.2 ET).

#### Descanso semanal

Como regla general, el descanso semanal puede ser la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo.

## 2) El calendario laboral

Este documento fija el horario y los días anuales de trabajo y los descansos semanales y entre jornadas. Anualmente se elaborará por parte del empresario (previa consulta a los representantes legales de los trabajadores) el **calendario laboral**, debiendo exponer un ejemplar en un lugar visible del centro de trabajo (art. 34.7 ET).

## 3) Las vacaciones

Todo trabajador tiene derecho cada año a un **periodo de vacaciones** retribuidas de 30 días naturales como mínimo (art. 38 ET y Convenio OIT n° 132). La determinación del periodo de disfrute debe fijarse de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones (art. 38.2 ET).

El **derecho a su disfrute caduca cada año** (a no ser que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal del trabajador o con una suspensión por nacimiento, adopción o riesgo durante el embarazo o la lactancia natural –art. 38.3 del ET). El periodo vacacional no puede acumularse de un año para otro. Las vacaciones **son retribuidas**. El trabajador debe percibir lo que correspondería por actividad normal en un mes de trabajo.

No puede compensarse el tiempo de descanso no disfrutado en metálico (art. 38.1 ET), salvo que el trabajador finalice su contrato antes de disfrutar el permiso anual retribuido, en cuyo caso percibirá una parte proporcional.

#### El calendario de vacaciones

El calendario de vacaciones es el fijado en cada empresa, reconociéndose al trabajador el derecho a conocerlo con 2 meses de antelación a su disfrute (art. 38.3 ET).

## 5. La posición jurídica del empresario

El empresario asume dentro de la relación contractual determinadas facultades (poder de dirección) y obligaciones, entre las que destacan, la obligación de abonar la contraprestación por el servicio realizado por el trabajador (obligación salarial), el deber de ocupación efectiva y el deber de velar por la seguridad y salud de los trabajadores.

### 5.1. El poder de dirección del empresario

El trabajador, al firmar el contrato de trabajo, se pone a disposición del empresario ("dentro del ámbito de organización y dirección", reza el art. 1 ET), colocándose en su esfera de poder, sometiéndose a sus facultades organizativas y directivas y debiendo cumplir con las órdenes e instrucciones que emanen de él (art. 5.c y 20 ET).

El poder de dirección del empresario es muy amplio y variado y comprende el derecho a organizar los elementos productivos de la empresa, ejerciendo facultades de organización, control y vigilancia, coordinación de la actividad productiva y dirección de la actividad de la misma.

En el ejercicio de este poder, el empresario puede:

- Adoptar "medidas que estime más oportunas de vigilancia y control" para comprobar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones (art. 20.3 ET), debiendo respetar su dignidad e intimidad (art. 18 ET). No obstante, es importante advertir que los arts. 87, 89 y 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, regulan, respectivamente, el derecho a la intimidad en el ámbito laboral en el uso de dispositivos digitales, de videovigilancia y de grabación de sonidos y en caso de uso de sistemas de geolocalización. En este sentido, también es relevante destacar que el art. 88 reconoce el derecho a la desconexión digital.
- Puede registrar al trabajador o su taquilla o efectos personales, si ello es necesario para la protección del patrimonio de la empresa, debiendo respetar las garantías legalmente establecidas (art. 18 ET).
- Investigar la realidad de las enfermedades o accidentes alegados por el trabajador para justificar ausencias al trabajo (art. 20.4 ET).

- Adaptar la prestación de trabajo a las diversas necesidades de la actividad productiva a través de la **movilidad funcional** (art. 39.1 ET).
- **Poder disciplinario.** El trabajador debe cumplir las órdenes que le impone el empresario (art. 5.c ET) y el empresario, respetando el procedimiento habilitado al respecto, tiene la facultad de imponerle sanciones en caso de incumplimiento de las prestaciones laborales emanadas de una orden legítima (art. 58 ET).

No obstante, no cabe la imposición de sanciones que reduzcan el derecho de los trabajadores a las vacaciones o al descanso semanal ni las pecuniarias (art. 58.3 ET), pero puede imponer una sanción de suspensión de empleo y sueldo.

## 5.2. La obligación salarial

La obligación de remunerar el trabajo constituye la prestación básica a la que se compromete el empresario y que recibe el trabajador como contraprestación de su actividad productiva.

### 5.2.1. Concepto de salario

Se considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por el trabajo por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo o los periodos de descanso computables como de trabajo –descanso semanal, vacaciones, etc. (art. 26.1 ET). El ET presume que todo lo que percibe el trabajador del empresario le es debido en concepto de salario, salvo que se pruebe la existencia de percepciones no calificables como salario (extrasalariales).

El salario puede ser en **metálico** o en **especie**, sin que en este caso su importe pueda exceder más de un 30% de las percepciones salariales que perciba el trabajador (art. 26.1 ET).

A efectos laborales, no tienen la consideración de salario las siguientes cantidades percibidas por el trabajador en concepto de:

- Indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral (art. 26.2 ET).
- Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social (art. 26.2 ET).
- Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos (art. 26.2 ET).

#### Ved también

Acerca de la movilidad funcional, podéis consultar el apartado 6.

#### Sanciones

Normalmente la tipificación de las sanciones y su graduación vienen definidas en el convenio colectivo. En cualquier caso, su imposición debe responder a un criterio de proporcionalidad entre la conducta del trabajador y la sanción que se le impone.

#### Salario y contrato de trabajo

El salario, o de otro modo, la contraprestación por los servicios prestados, constituye uno de los elementos fundamentales del contrato de trabajo, dado que sin remuneración no podemos hablar de su existencia.

#### Ejemplos de indemnizaciones o suplidos

Prendas de trabajo, la indemnización por desgaste de las herramientas propias del trabajador, dietas, gastos de locomoción, el quebranto de moneda, etc.

### 5.2.2. La estructura del salario

El salario se compone del **salario base** y los **complementos salariales** (art. 26.3 ET).

#### Estructura del salario y negociación colectiva

La determinación de la estructura del salario corresponde a la negociación colectiva por grupos (a no ser que nada se previese, en cuyo caso, quedaría regulado por el propio contrato de trabajo).

**a) Salario base.** Es la parte de la retribución del trabajador fijada por unidad de tiempo o por unidad de obra.

**b) Complementos salariales.** Completan el salario base, valorando otros elementos adicionales al trabajo cuantificado temporalmente o por obra realizada. A diferencia del salario base, los complementos salariales pueden existir o no.

Legalmente se prevén diversos tipos de complementos salariales (art. 26.3 ET):

- **Personales** (antigüedad, idiomas, etc.);
- **De puesto de trabajo** (trabajo penoso, toxicidad, etc.);
- **Vinculados a la situación y resultados de la empresa** (participación en beneficios, etc.)
- **Pagos extraordinarios** (se perciben, como mínimo, una en Navidad y otra en el mes que se fije en el convenio colectivo, que también determina su cuantía –que suele ser el equivalente a 30 días de salario base, art. 31 ET).

#### La protección del salario

Dada su importancia para el trabajador, el ET prevé un número considerable de medidas para garantizar que perciba el salario (arts. 29.3, 30, 32, 33 ET).

### 5.2.3. La determinación de la cuantía salarial

#### 1) El salario mínimo interprofesional

El salario mínimo interprofesional (SMI) constituye el suelo salarial que puede percibir un trabajador, resultando ilícita toda contratación por un importe inferior.

La fijación del SMI viene establecida anualmente por el Gobierno en función de un conjunto de indicadores (art. 27.1 ET), previa consulta de los interlocutores sociales.

En cambio, el **Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM)** es un parámetro de cálculo de prestaciones con cargo a los Fondos Públicos

#### SMI

La existencia del SMI es una derivación del art. 25 CE.

#### 2) La determinación del salario

La determinación de la cuantía salarial puede estar definida a partir de dos módulos de cálculo, la **unidad de tiempo** o la **unidad de obra**, o bien a partir de una combinación de los mismos. La fijación del salario puede tener su origen en diversas fuentes: el convenio colectivo, el contrato de trabajo, o bien a través de una decisión del empresario de efectos individuales o colectivos. A partir de la idea de igual trabajo e igual valor, el empresario está obligado a

pagar por la prestación de un trabajo la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella. A su vez, el empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor (y los trabajadores tienen derecho a acceder, a través de la representación legal, a este registro salarial). Además, en empresas de ciertas dimensiones, la empresa está obligada a justificar objetivamente si existen diferencias por sexo en el promedio de las retribuciones.

#### 5.2.4. Lugar, tiempo y forma de pago del salario

El salario debe abonarse en el lugar convenido conforme a los usos y costumbres y en la fecha convenida contractual o convencionalmente (art. 29.1 ET); pero, en todo caso, después de la efectiva prestación de los servicios, sin que pueda exceder de un mes (salvo las comisiones, que se abonan anualmente, art. 29.2 ET).

Cabe que, con anterioridad al transcurso del mes, el trabajador solicite el percibo del salario por el trabajo efectivamente prestado (art. 29.1.2.º ET).

#### 5.2.5. Cargas fiscales y de Seguridad Social

Sobre el salario deben aplicarse las correspondientes deducciones relativas al impuesto de la renta y de las personas físicas, así como las referidas a la Seguridad Social. El empresario, por su parte, debe realizar las correspondientes aportaciones a la Seguridad Social.

La obligación de cotizar corresponde por igual a empresarios y trabajadores, siendo nulo cualquier pacto por el cual las cargas del trabajador sean asumidas por el empresario (26.4 ET).

### 5.3. La ocupación efectiva

El trabajador tiene derecho a desarrollar efectivamente el trabajo por el cual ha sido contratado y el empresario asume el deber de proporcionarle ocasión de trabajo (art. 4.2.a ET). Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios como consecuencia de una conducta imputable al empresario, tiene derecho a seguir percibiendo el salario (art. 30 ET); e incluso si persiste, puede pedir la extinción indemnizada del contrato (art. 50.1.c ET).

#### La documentación del salario

Debe realizarse mediante la entrega de un recibo individual y justificativo del mismo (art. 29.1.3.º ET). Este requisito se entiende cumplido si se efectúa a través de una transferencia bancaria, en la medida en que con posterioridad la entidad debe remitir un recibo del ingreso realizado.

#### La cotización a la Seguridad Social

La cotización a la Seguridad Social se obtiene de aplicar un tipo a una base de cotización, del que resulta la cuota a abonar; y comprende los siguientes conceptos: contingencias comunes (accidente no laboral y enfermedad común), contingencias profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional), horas extraordinarias, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional.

#### Ved también

Sobre la extinción indemnizada del contrato, podés consultar el apartado 8.



#### 5.4. Seguridad, higiene y salud laboral

El trabajador como ciudadano tiene derecho a la protección de la salud y a su integridad física (15, 40.2 y 43.1 CE), reconocimiento que no pierde por el mero hecho de quedar sometido bajo el ámbito de organización y dirección del empresario. El empresario, como organizador de la actividad productiva, es responsable de la seguridad y salud del trabajador en el centro de trabajo, responsabilizándose de los perjuicios que pudiera sufrir durante la ejecución de su prestación.

Los trabajadores tienen reconocido el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud (arts. 19 ET y 14.1.1.º LPRL), derecho que se corresponde con el deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 19 ET y 14.1.2.º LPRL).

##### La seguridad y salud laboral

La obligación del empresario de velar por la seguridad y salud laboral de los trabajadores se recoge en diversos preceptos legales: arts. 4.2.d, 6, 19, 36, 64 ET; arts. 156, 157, 164, 167.2, 176, 243 y 244 LGSS; y sobre todo la normativa contenida en la LPRL.

## 6. Alteraciones de la relación laboral

Los efectos del contrato se suceden a lo largo del tiempo (tracto sucesivo), por lo que es normal que durante su vigencia sobrevengan circunstancias que, a fin de garantizar su continuidad, fueren la necesidad de modificar su contenido originario. La alteración de las prestaciones del contrato puede ser fruto de un acuerdo libremente acordado por las partes, o bien motivado por una decisión unilateral del empresario, o bien del trabajador. Aunque también cabe la posibilidad de que se cambie como consecuencia de la modificación de la normativa aplicable al contrato.

La alteración contractual puede afectar a los elementos objetivos del contrato, esto es, a la prestación, las funciones y condiciones de trabajo contratadas; o bien a los elementos subjetivos, es decir, a los mismos sujetos del contrato.

La modificación derivada por una alteración de la normativa aplicable depende en última instancia de la política legislativa y puede significar una mejora o una devaluación de condiciones y/o derechos reconocidos en las relaciones contractuales ya existentes. Por otra parte, la modificación pactada entre los contratantes es una opción posible a lo largo de la duración del contrato pactada, siempre que no implique una renuncia de derechos indisponibles del trabajador (art. 3.5 del ET).

En las páginas que siguen se expondrán con más detalle los supuestos de modificación a instancia de trabajadores y empresarios, ya que sin duda son los más relevantes.

### 6.1. La modificación de los elementos objetivos del contrato

Durante la vigencia del contrato de trabajo, el trabajador y el empresario tienen la posibilidad de modificar las condiciones del contrato de forma unilateral.

### 6.1.1. La modificación del contrato por parte del trabajador

La necesidad cada vez más acuciante de conciliar la vida familiar con el trabajo ha impulsado al legislador a potenciar la facultad del trabajador de alterar lo originariamente pactado, con el objeto de adaptar su contenido y posibilitar la continuidad de la relación laboral.

Con este fin, el trabajador puede reducir la jornada de trabajo de forma unilateral, sin necesidad de que concurra la voluntad del empresario. Además, en casos de lactancia y por razones de guarda legal y cuidado de un menor de 12 años o de una persona con discapacidad la facultad de concretarla unilateralmente (si hubiera disputas debe acudir al procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en adelante, LRJS). No obstante, el empresario podrá limitar el ejercicio de este derecho en el caso de que dos o más trabajadores de la misma empresa lo soliciten por el mismo sujeto causante (por ejemplo, padre y madre para el cuidado de un menor).

Las situaciones en las que el trabajador está facultado para modificar la jornada son (art. 37.4 a 7 ET):

- **Cuidado del lactante hasta que cumpla 9 meses:** reducción de la jornada de 30 minutos, que puede acumularse en jornadas completas.
- **Nacimiento prematuro o de hijo o hija que deba permanecer hospitalizado tras el parto:** un máximo de dos horas al día.
- **Guarda legal de un menor de 12 años o minusválido, o cuidado directo de ciertos familiares:** reducción entre 1/8 y la 1/2 de la jornada.
- El progenitor, adoptante o acogedor para el **cuidado de un menor enfermo de cáncer u otra enfermedad grave que implique ingreso hospitalario de larga duración** y requiera un cuidado directo, continuo y permanente: reducción de jornada hasta un máximo de la mitad, hasta que el menor cumpla los 18 años.

En todos estos casos, salvo en la lactancia, la reducción va acompañada de una reducción proporcional del salario. En cuanto a la forma, el trabajador debe preavisar con un plazo de 15 días la fecha en la que se reincorporará a su jornada ordinaria (art. 37.7 ET).

En estos casos, la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y la reducción de jornada corresponden al trabajador, dentro de su jornada ordinaria.

#### Facultad modificatoria del trabajador

La facultad del trabajador de modificar ciertas condiciones del contrato de trabajo está vinculada a la protección de la familia, la conciliación de la vida laboral y familiar, la violencia de género y la formación; y, en términos generales, está pensada para que tenga una duración temporal.

#### Permisos por lactancia

En los permisos por lactancia y por nacimiento prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto, **además**, los trabajadores pueden optar por interrumpir su jornada durante 1 hora.

Podéis consultar al respecto el apartado 7.

### Otros supuestos de modificación unilateral

El trabajador también tiene derecho a:

- Solicitar un ascenso si se dan los condicionantes exigidos (art. 24 ET).
- Elegir turno de trabajo si cursa con regularidad estudios académicos o profesionales (art. 23.1.a ET) y a adaptar la jornada para asistir a cursos de formación profesional (art. 23.1.b ET).
- Solicitar un traslado por reagrupamiento familiar (art. 40.3 ET).
- Los trabajadores víctimas de terrorismo o de violencia de género pueden reducir la jornada de trabajo o reordenar el tiempo de trabajo (art. 37.8 ET) y también pueden solicitar un traslado para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral (40.4.ET). Derecho que también tienen reconocido los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad (art. 40.5. del ET).
- La trabajadora embarazada tiene derecho a solicitar un cambio de puesto de trabajo si el que ocupa implicara un riesgo para su salud o para el feto, o bien un riesgo para ella o para el hijo durante la lactancia natural (art. 26 LPRL).

#### Ved también

Ved también el apartado 7.

### 6.1.2. La modificación del contrato por parte del empresario

La capacidad de modificación unilateral de las condiciones del contrato por parte del empresario presenta diversas modalidades y, sin duda, en términos mucho más amplios que en el caso de los trabajadores:

1) Como manifestación de su poder de dirección, el empresario puede introducir cambios en la prestación acordada, temporales o permanentes, mediante la denominada **movilidad funcional**, regulada en el art. 39.1 y 3 ET. El empresario, dentro del grupo profesional, tiene plena libertad para ordenar cambios de funciones sin necesidad de alegar causa alguna y puede hacerlo de forma temporal o indefinida.

#### La movilidad funcional

La movilidad funcional está estrechamente ligada a la descripción de la clasificación profesional a través de la definición de las categorías y grupos profesionales.

Sobre este concepto, consulta también el apartado 4.

No obstante, esta manifestación del poder de dirección tiene ciertas limitaciones:

1) Las titulaciones profesionales y académicas poseídas por el trabajador y exigibles para el desarrollo del nuevo puesto de trabajo.

2) La dignidad del trabajador (por ejemplo, cambios vejatorios). Aunque a partir de la reforma del 2012 el art. 39.1 del ET ya no lo recoge explícitamente, debe entenderse que la formación y la promoción profesional (art. 4.2. del ET), en la medida en que contribuyen a la realización personal y profesional del trabajador y a la mejora de su consideración social, pueden calificarse como manifestaciones de la dignidad de la persona en el ámbito profesional.

2) Por otra parte, ante determinadas circunstancias tiene reconocida la facultad de alterar temporalmente la prestación pactada a través del **ius variandi**, regulado en el art. 39.2 ET.

El **ius variandi** permite al empresario proceder a la movilidad *extra grupo* (es decir, fuera del grupo profesional) siempre que concurra una **causa que justifique la medida** ("por razones técnicas u organizativas") y que el cambio **dure el tiempo imprescindible**. Además persiste la vigencia de los límites descritos anteriormente.

Al hablar de **ius variandi**, cabe distinguir dos situaciones:

### 1) Asignación de funciones superiores

En tal caso, el trabajador tiene derecho:

- Al percibo del salario correspondiente a la función que desarrolla efectivamente.
- A solicitar el ascenso o reclamar que la empresa cubra dicha vacante, si la movilidad persiste durante un cierto tiempo (art. 39. 2 ET).

### 2) Asignación de funciones inferiores

- En tal caso, el trabajador tiene derecho a mantener la retribución de origen (art. 39.3 del ET).

En cualquier caso, el empresario no puede tratar de despedir al trabajador por ineptitud sobrenvenida o por falta de adaptación en los supuestos en los que a consecuencia de una movilidad funcional o *ius variandi* realiza funciones distintas a las habituales.

3) Y finalmente, puede introducir **cambios sustanciales en las condiciones del contrato de trabajo temporales o permanentes**, siempre y cuando **concurra una causa económica, técnica, organizativa o de producción**. Se trata de una facultad que excede de la movilidad funcional y del *ius variandi*.

A pesar de que el art. 41 ET hace una enumeración de las condiciones contractuales que pueden ser modificadas (jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento y funciones que excedan de las previstas en el art. 39.1 ET), este listado es meramente ejemplificativo. De hecho, se afirma que en este listado no están todas las condiciones que pueden ser modificadas, pero tampoco son siempre modificables las que están listadas en la norma. Es decir, todo depende del análisis individualizado de cada caso y de si se entiende que la modificación que se pretende es sustancial o no.

#### **La modificación sustancial del contrato**

La "sustancialidad" de una modificación no viene definida legalmente de un modo expreso, por lo que los tribunales juegan un papel decisorio fundamental.

Si la modificación "no es sustancial", el empresario podrá proceder a la modificación en virtud de su poder de dirección, por tanto, sin necesidad de alegar causa alguna, o bien si se dan las circunstancias, acudir al *ius variandi*.

Esta facultad modificatoria del empresario debe realizarse respetando el **procedimiento legalmente establecido**.

1) Si se pretende modificar las condiciones previstas en un convenio colectivo, debe tratarse de alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores (art. 41.6 y 82.3 del ET).

2) Las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos, o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, pueden ser modificadas unilateralmente por el empresario.

El procedimiento que debe seguirse varía en función de si tienen la consideración de individuales o colectivas:

a) Se considera que tienen carácter de colectivas las modificaciones que en un periodo de noventa días afecten al menos a:

Trabajadores afectados	Plantilla
10	Menos de 100 trabajadores
10%	Entre 100 y 300 trabajadores
30	Más de 300 trabajadores

En tal caso, el empresario debe iniciar un procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores (con preferencia de las secciones sindicales), cuya duración no puede ser superior a 15 días. La particularidad de este proceso es que, si no se llega a un acuerdo, el empresario puede adoptar la decisión unilateralmente y acabar imponiendo su criterio. En tal caso, la modificación surtirá efecto en el plazo de los siete días siguientes a la notificación de la decisión.

b) Se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales descritos para las colectivas. En tal caso, basta con que el empresario notifique al trabajador y a sus representantes legales la decisión modificatoria con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad.

Si la modificación (individual o colectiva) afecta a la jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial o funciones y el trabajador resulta perjudicado por dicha modificación, tiene derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de 9 meses.

Si el trabajador no ha optado por extinguir el contrato, puede impugnar la decisión empresarial (por ejemplo, por entender que no concurre la causa alegada). En tal caso, la sentencia debe declarar justificada o injustificada la modificación y, en este último caso, debe reconocer el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

#### El periodo de consultas

Debe versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

3) En el caso de que se pretenda una **modificación que implique un cambio de residencia del trabajador**, el art. 40 ET establece un procedimiento específico (exigiéndose, también, que concurra una causa económica, técnica, organizativa o de producción) y distingue entre **traslado** y **desplazamiento**.

#### a) Traslado

Si la movilidad geográfica es **permanente** o tiene una duración superior a 12 meses en un periodo de 3 años, se trata de un **traslado**. El procedimiento para llevar a cabo esta modificación depende del número de trabajadores afectados, distinguiéndose entre el traslado individual o plural y el colectivo:

Un **traslado colectivo** es el que, en un periodo de 90 días, afecta a una colectividad de trabajadores de, al menos:

Trabajadores afectados	Plantilla
10	Menos de 100 trabajadores
10%	Entre 100 y 300 trabajadores
30	300 o más

También son calificados como traslados "colectivos" los que afectan a todo el centro de trabajo siempre que ocupe a más de 5 trabajadores.

En tal caso, debe iniciarse un **periodo de consultas**, no superior a 15 días, con los representantes de los trabajadores (preferentemente las secciones sindicales). Si no media acuerdo, el empresario tiene la última palabra. Si opta por la modificación, debe preavisar al trabajador como mínimo con 30 días de antelación.

La apertura del periodo de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión deberán ser notificadas a la autoridad laboral para su conocimiento.

Un **traslado individual** o **plural** es aquel que afecta a un número de trabajadores inferior al descrito anteriormente. En tal caso, el procedimiento es más sencillo, pues el empresario sólo está obligado a preavisar al trabajador con 30 días de antelación.

En cualquiera de los dos casos (individual/plural o colectivo), el trabajador, además de estar facultado para impugnar la decisión, tiene el derecho a resolver el contrato con una indemnización de 20 días de salario por año trabajado con un máximo de 12 meses.

#### No es movilidad geográfica

Si el trabajador ha sido contratado para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, no se calificará como un supuesto de movilidad geográfica (art. 40.1 ET).

#### El periodo de consultas

Debe versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

Si se perfecciona el traslado, el empresario debe compensar al trabajador económicamente. Compensación que debe comprender tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, sin que nunca pueda ser inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos.

## b) Desplazamiento

Si el cambio geográfico es **temporal** o tiene una duración inferior a 12 meses en un periodo de 3 años, se trata de un **desplazamiento**. En tal caso, la empresa sólo debe comunicar al trabajador su decisión, por lo menos, 5 días antes si va a tener una duración superior a 3 meses. Además, debe abonarle los gastos de viaje y dietas.

4) Si las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo por el empresario sin respetar lo previsto en el art. 41 del ET menoscaban la dignidad del trabajador, éste tiene derecho a resolver el contrato por incumplimiento imputable. En cuyo caso, tiene derecho a una indemnización de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades (art. 50.1.a ET). Del mismo modo, el trabajador también puede resolver el contrato, percibiendo la misma indemnización, si una sentencia declara que la modificación sustancial –art. 41 del ET– o geográfica –art. 40 del ET– es injustificada y el empresario se niega a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo (art. 50.1.c del ET).

5) El empresario puede plantear una reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción siguiendo el procedimiento previsto para los expedientes de regulación de empleo (ERE) suspensivos (ver al respecto el apartado 7). La reducción de jornada deberá oscilar entre un 10 y un 70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el periodo de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor y, además, los trabajadores podrán percibir la prestación por desempleo (arts. 47.2 del ET y arts. 262.3 y 267.1.c LGSS).

Los aspectos procedimentales de este ERE están descritos en el art. 47.1 del ET y el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

## 6.2. La modificación de los elementos subjetivos del contrato

La alteración subjetiva sólo puede predicarse de uno de los sujetos del contrato, esto es, el empresario. El carácter personalísimo de la prestación de trabajo impide que el contrato de trabajo se mantenga vigente si se produce un cambio del sujeto que presta los servicios por cuenta ajena. En tal caso, debe realizarse un nuevo contrato.

### Ved también

Sobre el derecho a indemnización recogido en el artículo 50.1.a ET, podéis también consultar el apartado 8.



Por lo tanto, la modificación subjetiva sólo puede operar por cambio de empresario, que puede darse en dos situaciones:

1) A través de una **sucesión de empresa**. En estos casos, conviene recordar que la sucesión opera automáticamente por imperativo legal, sin que sea preceptivo el consentimiento del trabajador (art. 44 ET).

2) A través de una **cesión de contrato** (art. 1205 CC), válido sólo en virtud de un acuerdo a tres bandas entre el trabajador, el nuevo y el antiguo empresario.

**Ved también**

Respecto al contenido del artículo 44 ET, podéis consultar el apartado 3.

## 7. La interrupción, suspensión y excedencia de la relación de trabajo

### 7.1. Notas delimitadoras de la interrupción, la suspensión y la excedencia

La interrupción, la suspensión y la excedencia son unas instituciones jurídicas que, con una finalidad claramente tuitiva, constituyen uno de los instrumentos utilizados para salvaguardar la continuidad de la relación de trabajo, pues han sido creadas al objeto de hacer difícil o evitar la disolución del vínculo contractual.

En todas ellas se produce un incumplimiento de, al menos, una de las prestaciones esenciales del contrato (por lo menos, la prestación de trabajo). A pesar de ello, el Ordenamiento Jurídico laboral inhabilita los cauces de funcionamiento contractual ordinarios, restringiendo temporalmente la posibilidad de extinguir el vínculo.

La **interrupción** del contrato se caracteriza por el hecho de que el trabajador en determinados supuestos, está legalmente facultado para no realizar la prestación laboral durante un periodo de tiempo, manteniendo el derecho al cobro del salario. Estos supuestos reciben el nombre de permisos y licencias retribuidas.

La **suspensión** es una vicisitud por la que puede atravesar el contrato, en virtud de la cual no se cumplen transitoriamente las prestaciones ordinarias objeto del mismo (salario y trabajo); es decir, opera un incumplimiento mutuo de las prestaciones esenciales del contrato. En consecuencia, a diferencia de la interrupción, la suspensión no es retribuida, por lo que ni el trabajador debe prestar el trabajo ni el empresario abonar el salario.

A pesar de ello, esta circunstancia no altera la vigencia del vínculo contractual que permanece inalterable, al igual que el resto de obligaciones no afectadas por la circunstancia suspensiva. Finalizado el periodo suspensivo, el trabajador se reincorpora automáticamente a su puesto de trabajo (ostenta una "**reserva de plaza**") y el tiempo de suspensión computa a efectos de antigüedad.

En la **excedencia** también opera un incumplimiento de las prestaciones esenciales del contrato. Es decir, ni trabajador ni empresario cumplen las prestaciones a las que se habían obligado. No obstante, a diferencia de la suspensión, no queda garantizada la reincorporación automática del trabajador una vez cesada la causa que produjo la excedencia (no hay reserva de plaza). En estos casos, sólo se le atribuye **un derecho preferente al reingreso**. Tampoco computa a efectos de antigüedad.

#### Distinción suspensión y excedencia

La excedencia plantea problemas de delimitación con respecto a la suspensión. En ocasiones, la ley considera como "excedencias" situaciones que deberían calificarse conceptualmente como "suspensiones", puesto que comparten idénticos efectos jurídicos.

Por ejemplo, la excedencia para el cuidado de un menor de hasta 3 años, no es propiamente una "excedencia", sino que debería calificarse como un supuesto de suspensión, dado que concurren los efectos propios de esta institución: suspensión temporal de las prestaciones esenciales del contrato, mantenimiento de la reserva de plaza y cómputo de la antigüedad.

## 7.2. Supuestos de interrupción, suspensión y excedencia

### 7.2.1. Permisos y licencias retribuidas

El trabajador en el desarrollo de su actividad tiene derecho a ausentarse de su puesto de trabajo con **derecho a percibir su remuneración** en varias circunstancias (art. 37.3 ET):

- 1) Por matrimonio (15 días).
- 2) Por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad (2 días –o 4 si es preciso realizar un desplazamiento al efecto).
- 3) Traslado de domicilio (1 día).
- 4) Para el ejercicio de un deber inexcusable de carácter público y personal, por ejemplo sufragio activo (el tiempo indispensable, cabe su regulación por convenio colectivo).

En los casos en los que el cumplimiento de este deber suponga la imposibilidad de prestar el trabajo en más del 20% de las horas laborales en un periodo de 3 meses, la empresa puede pasar al trabajador a la situación de excedencia prevista en el artículo 46.1 ET (ved más adelante).

- 5) Para la realización de funciones sindicales (según lo dispuesto en el convenio colectivo).
- 6) Por el tiempo indispensable para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, si se justifican que han de realizarse dentro de la jornada de trabajo.

Paralelamente, en el seno de la política de conciliación de la vida familiar y laboral, los trabajadores por la **lactancia de un menor de 9 meses** tienen derecho a un permiso de 1 hora (puede dividirse en dos fracciones); y también se tiene derecho a un permiso por **nacimiento de un hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto** de 1 hora.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que las **vacaciones y descansos semanales** también pueden calificarse como supuestos interruptivos. Sin embargo, estos supuestos se diferencian de los enunciados porque se devengan periódicamente.

### 7.2.2. Supuestos suspensivos de la relación de trabajo

Los supuestos suspensivos previstos en el ET son los siguientes:

#### Recordatorio

En los permisos por lactancia y por nacimiento de hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto, alternativamente, los trabajadores pueden optar por reducir su jornada (respectivamente, 1 y 2 horas).

Podéis consultar el apartado 6.

#### Ved también

Sobre las vacaciones y descansos semanales, podéis también consultar el apartado 4.

1) **Acuerdo entre las partes** al firmarse el contrato o durante su transcurso siempre y cuando no medie abuso de derecho (art. 45.1.a y b ET).

2) **Incapacidad temporal** (art. 45.1.c y 48 ET).

3) **Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento** (art. 45.1.d, art. 48.4 a 48.7 ET).

El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspende el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

El nacimiento también suspende el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa.

En los casos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento (de acuerdo con el artículo 45.1.d), la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor. Seis semanas deben disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.

Este periodo de 16 semanas se amplía en dos semanas más por cada hijo en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple; y/o 2 más en el caso de que el hijo tenga alguna discapacidad.

La suspensión podrá distribuirse a voluntad por parte de los progenitores en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de cada periodo semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos periodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días. No obstante, se trata de un derecho individual y no puede ser transferido al otro progenitor.

La suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente.

#### Gestación subrogada

El Tribunal Supremo ha reconocido también el derecho a la suspensión y la prestación en los casos de gestación subrogada (entre otras, sentencias 25 de octubre 2016, rec. 3818/2015; y 16 de noviembre 2016, rec. d3146/2014).

La persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

En los casos de maternidad biológica, en los supuestos en los que el ejercicio de la prestación laboral pudiera ocasionar antes del parto un riesgo para la trabajadora o el feto, o bien para el hijo o la trabajadora durante el periodo de lactancia natural el empresario debe adoptar las medidas necesarias para mitigarlo, y si no fuera posible, la trabajadora debe ser recolocada en otro puesto de trabajo; salvo que tampoco fuera posible, en cuyo caso, deberá procederse a la suspensión de la relación de trabajo por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de 9 meses (art. 26 LPRL y art. 45.1.d ET). En tal caso, la suspensión se prolongará hasta que la trabajadora pueda reincorporarse (porque haya desaparecido el riesgo o exista una ocupación compatible con su estado), bien porque inicie la suspensión de la relación de trabajo por nacimiento; o bien porque el lactante cumpla 9 meses (art. 48.7 ET).

En todo caso, en relación con los supuestos suspensivos reconocidos en los apartados 4 a 6 del art. 48 ET, la equiparación temporal entre ambos progenitores será progresiva, siendo plenamente efectiva a partir de 1 de enero 2021 (DT 13ª ET).

A su vez, según el art. 48.9 ET, los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento y riesgo durante el embarazo y la lactancia (esto es, los supuestos recogidos en los apartados 4 a 8 del art. 48 ET).

En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, puede disfrutarse de un periodo de suspensión por paternidad de 5 semanas (ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo) -art. 48.7 ET.

**4) Privación de libertad** mientras no exista sentencia condenatoria (art. 45.1.g ET).

**5) Razones disciplinarias.** El empresario, como manifestación de su poder disciplinario, puede sancionar de empleo y sueldo al trabajador (art. 45.1.h ET).

**6) Fuerza mayor temporal** (arts. 45.1.i y 47 ET). La suspensión debe ser autorizada por la autoridad administrativa.

**7) Causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción** (arts. 45.1.j y 47 ET). El empresario, a través de un ERE suspensivo, previa celebración de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores (preferentemente las secciones sindicales) de duración no superior a 15 días, puede llevar a cabo una suspensión de la relación de trabajo si concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

#### Suspensión por causas de empresa

A diferencia de los supuestos de extinción, el trabajador no tiene derecho a una indemnización, pero puede tener derecho al percibo de la prestación de desempleo (art. 267.1.b LGSS).

A partir de la reforma del 2012, el ERE suspensivo ya no requiere la autorización administrativa previa, de modo que si el periodo de consultas finaliza sin acuerdo, el empresario puede acabar imponiendo su decisión.

Los aspectos procedimentales de un ERE suspensivo están descritos en el art. 47.1 del ET y el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

**8) "Excedencia" forzosa.** En los supuestos en los que el trabajador haya sido designado o elegido para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo (art. 46.1 ET); o bien en los casos en los que el trabajador deba realizar funciones sindicales de ámbito provincial o superior (art. 46.4 ET).

En este caso, el excedente forzoso tiene derecho a reingresar al cesar la excedencia y a que compute como antigüedad el periodo durante el cual ha ejercido dichos cargos.

**9) Ejercicio del derecho de huelga y cierre legal de la empresa** (art. 45.1.1 y m ET).

**10) Excedencia por cuidado de hijos o de familiares** (art. 46.3 ET).

El padre o la madre pueden solicitar la excedencia por un periodo no superior a 3 años, para atender al cuidado del hijo, tanto lo sea por naturaleza como por adopción o acogimiento, permanente o preadoptivo. Los 3 años comienzan a contar desde el nacimiento, la adopción o el acogimiento.

También puede solicitarse por un periodo no superior a 2 años para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado (por consanguinidad o afinidad), que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe una actividad retribuida.

**11) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género** (art. 48.8 ET).

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

### 7.2.3. Supuestos de excedencia

**Excedencia voluntaria** (art. 46.2 y 5 ET).

Sólo puede ser declarada a solicitud del trabajador y debe ser forzosamente concedida por el empresario al trabajador que tenga una antigüedad de al menos un año en la empresa.

En cuanto a su justificación causal, la ley no exige ningún tipo de motivación especial. El empresario debe reconocer el derecho al trabajador si se cumplen los requisitos para que la solicite. Si se niega, el trabajador no puede declararse por sí mismo en excedencia, sino que debe acudir al juez para que se la reconozca.

#### Excedencia por cuidado de hijos o de familiares

El trabajador tiene derecho a la **reserva de su puesto de trabajo** durante el primer año, transcurrido el cual la reserva se refiere al puesto de trabajo del mismo grupo profesional. Todo el periodo sirve a efectos del cómputo de la antigüedad (aunque se prevén normas especiales para las familias numerosas –art. 46.3 ET).

La excedencia tendrá una duración de entre 4 meses y 5 años (y no puede solicitar otra hasta que transcurran 4 años desde la finalización de la anterior). A diferencia de la suspensión, en la excedencia no existe un derecho automático al reingreso (no existe reserva de puesto), sino un:

**"derecho preferente al reingreso** en las vacantes de igual o similar categoría disponibles en el momento de finalizar la excedencia".

El trabajador debe solicitar el reingreso dentro del plazo convenido o en virtud de lo que disponga el convenio colectivo. El reingreso se condiciona a la existencia de vacantes. Si existiendo una el empresario se negara a su reincorporación se entenderá que se ha producido un despido. En cuanto a la antigüedad, el periodo de excedencia voluntaria no computa como tiempo de servicios, salvo que se pacte lo contrario.

## 8. Extinción del contrato de trabajo

La extinción del contrato puede definirse como la cesación definitiva de la relación laboral que une al trabajador y al empresario, lo que motiva que las partes quedan liberadas de las prestaciones a las que se habían comprometido.

La regulación jurídica de la extinción del contrato es una de las materias en la que con mayor intensidad se hace patente el carácter tuitivo del derecho del trabajo. La necesidad de garantizar una seguridad económica por medio de trabajo ha erigido el principio de estabilidad en el empleo y a la protección frente a su extinción en una de las mayores preocupaciones de esta rama del Ordenamiento Jurídico.

No obstante, conviene tener en cuenta que en un sistema de economía de mercado la estabilidad en el empleo sólo puede predicarse relativamente. En consecuencia, nos hallamos, nuevamente, ante la necesidad de articular un sistema jurídico capaz de garantizar el equilibrio entre los intereses de empresarios y trabajadores.

### 8.1. Formalidades de la extinción del contrato de trabajo: el finiquito

Toda comunicación de denuncia o preaviso de la extinción del contrato debe ir acompañada de una propuesta de documento de liquidación de las cantidades adeudadas –finiquito (art. 49.2 ET).

El trabajador tiene derecho a solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de la firma del **finiquito**. En el finiquito debe hacerse constar el hecho de su firma en presencia de un representante legal de los trabajadores o que el trabajador no ha hecho uso de esta facultad. Incluso, cabe la posibilidad de que el trabajador deje constancia, a los efectos oportunos, de que el empresario no ha permitido la presencia de un representante legal en el momento de la firma.

El comité de empresa ha de conocer los modelos de terminación del contrato utilizados por el empresario (art. 64.1.6 ET).

En el finiquito, que debe celebrarse por escrito, el empresario debe abonar al trabajador los salarios pendientes de pago, así como las cantidades salariales de devengo superior al mes (por ejemplo, las pagas extraordinarias y las vaca-

#### Extinción del contrato y la Seguridad Social

El empresario debe comunicar la baja del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social. En caso de incumplimiento, la baja podrá solicitarla el propio trabajador o bien de oficio por la Administración de la Seguridad Social (arts. 16 y 139 LGSS).

Si el empresario no da de baja al trabajador, no cesa la obligación de cotizar, al igual que si el trabajador continúa prestando servicios (art. 144.3 LGSS).



ciones no disfrutadas). No obstante, no puede operar como un mecanismo de renuncia de los derechos que tengan reconocidos los trabajadores legalmente o por convenio colectivo, en virtud de lo dispuesto en el art. 3.5 ET.

## 8.2. Efectos de la extinción del contrato de trabajo

La extinción del contrato de trabajo provoca la cesación de sus efectos, por lo que las partes quedan liberadas de las prestaciones a las que se habían comprometido. No obstante, cabe la posibilidad de que se establezca un conjunto de obligaciones poscontractuales para el trabajador (como la prohibición de concurrencia o no competencia poscontractual, reguladas en el art. 21.2 ET).

La obligación de cotizar a la Seguridad Social se extingue con el cese en el trabajo, siempre que se presente el parte de baja del trabajador dentro de los 6 días naturales siguientes.

El trabajador tendrá derecho a la protección por desempleo si cumple con los requisitos establecidos en la LGSS. Aunque conviene resaltar que no todos los supuestos extintivos del contrato constituyen situaciones de desempleo legal a los efectos de la mencionada protección (ver al respecto, art. 267 LGSS).

## 8.3. Supuestos de extinción del contrato de trabajo

La extinción del contrato puede acontecer como consecuencia de la imposibilidad de ejecución de alguna de las prestaciones esenciales a las que se habían comprometido las partes; o bien a instancia de ellas (conjunta o individualmente), a pesar de que la ejecución de las prestaciones siga siendo jurídicamente posible. A continuación se analizarán cada uno de estos supuestos.

### 8.3.1. Extinción por mutuo acuerdo

Las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad tienen la facultad de acordar la terminación del contrato cuando estimen conveniente. No obstante, es posible que el acuerdo se celebre inicialmente al celebrar el contrato, o bien sobrevenidamente durante la ejecución del mismo.

#### Acuerdo de extinción del contrato fijado inicialmente

Las partes, al celebrar el contrato, pueden acordar que la extinción acaezca por el cumplimiento de una condición resolutoria y sea denunciada (siempre que no constituya un abuso de derecho); o bien por la llegada de un término (celebrando alguna de las modalidades de contratación temporal legalmente permitidas).

#### Ved también

Sobre las modalidades de contratación temporal legalmente permitidas, consultad el apartado 3.

Si se ha pactado un término, en general, la extinción del contrato debe ser denunciada con 15 días de antelación, si tiene una duración superior a un año. La falta de denuncia motiva la prórroga del contrato hasta el plazo máximo de su duración legalmente prevista; si llegado el mismo, el trabajador continuara prestando sus servicios y no se denunciara, el contrato se entiende celebrado por tiempo indefinido (salvo que el empresario pruebe el carácter temporal de los mismos).

El empresario, por su parte, debe abonar una indemnización de 8 días de salario por año trabajado (salvo en los contratos de interinidad y formativos).

No obstante, debe tenerse en cuenta que el importe de esta indemnización se va incrementando en función de la fecha de celebración del contrato. Así, es de 8 días si los contratos se han celebrado hasta el 31 de diciembre del 2011; 9 días, si lo han hecho a partir del 1 de enero del 2012; 10 días, a partir del 1 de enero del 2013; 11 días, a partir del 1 de enero del 2014; y 12 días, a partir del 1 de enero del 2015 (DT 8ª del ET).

No obstante, en virtud de la STJUE 14 de septiembre 2016 (caso "de Diego Porras 1"), se estableció que los contratos interinos debían tener la misma indemnización por extinción que la prevista para los contratos indefinidos que se extinguen procedentemente por causas objetivas. Es decir, 20 días por año trabajado con un máximo de 12 meses. No obstante, el propio TJUE en las sentencias (2) de 5 de junio 2018 (casos "Grupo Norte Facility" y "Montero Mateos") ha corregido esta doctrina no exigiendo esta equiparación. Criterio que ha sido confirmado de nuevo en la sentencia 21 de noviembre 2018 (caso "Diego Porras 2"), aunque ha cuestionado que la necesidad de abonar una indemnización por la finalización de un contrato temporal sea una medida adecuada para evitar el uso abusivo de la contratación temporal. Criterio confirmado por la STS 13 de marzo 2019 (rec. 3970/2016), negando que los trabajadores interinos tengan derecho a indemnización al cumplirse el término.

## Acuerdo de extinción del contrato sobrevenido

Durante la ejecución del contrato las partes pueden acordar la extinción del mismo. El acuerdo se entenderá válido siempre y cuando no implique una renuncia de los derechos reconocidos al trabajador legal o convencionalmente (art. 3.5. ET).

### 8.3.2. Extinción por decisión unilateral de una de las partes

El contrato puede extinguirse por decisión unilateral de una de las partes del contrato.

#### La extinción del contrato por decisión del empresario

La extinción unilateral del contrato por decisión del empresario exige la concurrencia de una **causa justificativa**. El empresario, a diferencia del trabajador, no tiene la facultad de desistimiento, esto es, la posibilidad de extinguir el contrato sin necesidad de alegar una causa (salvo durante el periodo de prueba, art. 14 ET).

Dentro de este sistema causal, el empresario puede proceder a la extinción del contrato, bien porque el trabajador ha incumplido el contrato *–despido–*, o bien cuando concurren determinadas circunstancias ajenas a la conducta del trabajador *–resolución del contrato por causas objetivas–*. Y dentro de las diversas "causas objetivas", deben tenerse muy en cuenta las denominadas "causas eco-

#### Término y desempleo

Al cumplirse el término, el trabajador se halla en situación legal de desempleo y, por lo tanto, puede solicitar la protección por desempleo (salvo en el contrato para la formación), siempre que no hubiera denunciado el contrato y cumpla con los requisitos exigidos para ello (art. 267.1.a 6.ª LGSS).

#### Extinción por mutuo acuerdo y desempleo

En caso de extinción del contrato por mutuo acuerdo, el trabajador no tiene derecho a la prestación por desempleo.

#### Ved también

Sobre la salvedad del periodo de prueba, consultad el apartado 4.

nómicas, técnicas, organizativas o de producción" diferenciándose entre las resoluciones "colectivas" (y que tienen que tramitarse a través de un ERE) de las que no lo son (que reciben el nombre de "individuales o plurales").

Veamos, a continuación, cada uno de estos supuestos:

**1) El despido:** extinción del contrato por incumplimiento del trabajador (arts. 54 y 55 ET).

**a) Causas:** el empresario, en los supuestos en que el trabajador concurra en un incumplimiento grave y culpable (imputable), puede proceder al despido. El art. 54 ET enumera un conjunto de supuestos que pueden motivar la extinción del contrato, sin que se trate de una lista cerrada.

Tales supuestos son (art. 54 ET):

- a) las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo;
- b) la indisciplina o desobediencia;
- c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajen en la empresa o a los familiares que convivan con ellos;
- d) la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo;
- e) la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado;
- f) la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo;
- g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

**b) Forma:** el empresario debe comunicar por escrito al trabajador los hechos concretos que motivan su decisión y la fecha en la que la decisión extintiva surte efectos.

En el caso de que el trabajador estuviera afiliado a un sindicato, deberá darse audiencia previa a los delegados sindicales, en caso de que los hubiera (art. 10.3.3 LOLS). Y si el trabajador fuera un representante legal de los trabajadores, con carácter previo debe llevarse a cabo un expediente contradictorio.

**c) Procedimiento y calificación judicial:** una vez recibida la carta de despido, el trabajador tiene un plazo de caducidad de 20 días hábiles, a partir de la fecha de su efectividad, para impugnarlo en tiempo y forma, siempre que lo estime oportuno (art. 59.3 ET).

Presentada la demanda y celebrado el juicio, la decisión del empresario puede ser **calificada** por el órgano jurisdiccional como **procedente**, **improcedente** o **nulo**:

Si es **procedente**, significa que la causa alegada por el empresario concurre y por tanto, el trabajador no tiene derecho a indemnización alguna.

Si es **improcedente**, significa que no ha quedado suficientemente probada la causa alegada, o bien que el empresario ha incumplido las formalidades establecidas en la ley. En este caso, el empresario tiene la facultad de elegir alternativamente entre:

- **Readmitir** al trabajador.
- Pagar una **indemnización de 33 días** de salario por año de servicio, con un **máximo de 24 mensualidades**.

Con relación al cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente respecto de los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del 2012 (11 de febrero de 2012), consultad la DT 11.ª ET.

En el supuesto de que el empresario decida readmitir al trabajador, deberá abonarle lo que se conoce como "salarios de tramitación". Es decir, los salarios que median entre el momento en que se hizo efectivo el despido y la fecha de notificación de la sentencia que declara el despido improcedente o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación (art. 56.2 del ET).

El derecho de opción corresponderá al trabajador si fuera representante legal de los trabajadores. En tal caso, el trabajador, con independencia de su opción, tiene derecho al cobro de los salarios de tramitación (art. 56.4 del ET).

Si es **nulo**, significa que ha quedado probado que el empresario ha actuado impulsado por motivaciones discriminatorias o violando derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 55.5 ET).

No obstante, es importante tener en cuenta que también es nulo el despido en los siguientes supuestos (art. 55.5.2.º ET):

- El de personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refieren los artículos 45.1.d) y e) o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.
- El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta ley.
- El de personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor.

A fin de incrementar la protección legal y disuadir conductas legalmente indeseadas, en los supuestos descritos en el art. 55.5.2.º del ET (apartados a, b y c), si el empresario no puede probar la procedencia del incumplimiento del contrato que ha alegado en la

### Despido y desempleo

El trabajador despedido procedente o improcedentemente se halla en situación legal de desempleo y, por lo tanto, puede solicitar la protección por desempleo, siempre que cumpla con los requisitos exigidos para ello (art. 267.1.a 3.ª LGSS).

carta de despido, el juez debe declarar la nulidad (por consiguiente, no es posible que la decisión empresarial se califique como improcedente).

En los casos de nulidad, el trabajador debe ser readmitido inmediatamente con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la extinción. Por lo tanto, no tiene un derecho de opción entre readmitir o extinguir, salvo que la nulidad se haya declarado por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, pues, en tal caso, se le reconoce el derecho de opción (art. 286.2 de la LRJS).

En cualquier caso, en caso de nulidad el trabajador tiene derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados (art. 183 de la LRJS).

## 2) Resolución por causas objetivas (arts. 52 y 53 ET).

El ET permite la resolución del contrato por motivos no imputables del trabajador cuando el empresario padece un **desequilibrio contractual** motivado por alguna de las circunstancias (o causas) legalmente descritas.

**a) Causas:** estas circunstancias están listadas por la ley con carácter tasado – apartados a) a e) del art. 52 ET:

- **ineptitud** del trabajador conocida o sobrevenida tras el inicio de la relación laboral;
- **falta de adaptación** del trabajador cuando dichos cambios sean razonables. En estos casos, el empresario, con carácter previo, debe ofrecer un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación;
- por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción (también denominadas, en su conjunto, **causas de empresa**, y que afecten a uno o varios trabajadores (extinción "individual" o "plural") –ved a continuación. El art. 52.c) del ET remite a la descripción que el art. 51.1 del ET hace de las denominadas "causas de empresa";

- **faltas de asistencia** al trabajo (aun las justificadas, pero intermitentes – sin que se tengan en cuenta, entre otras: las causas motivadas por huelga, ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, y siempre que se superen determinados umbrales);
- falta de fondos públicos para mantener los contratos por tiempo indefinido, concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las administraciones públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales, consecuencia de ingresos externos de carácter finalista.

El cauce procedimental que debe seguir el empresario en estos supuestos es el siguiente (art. 53 ET):

- Comunicar por escrito su decisión al trabajador.
- Hacer **entrega de una indemnización de 20 días** de salario por año de servicio con un **máximo de 12 mensualidades**.

Si la extinción se fundamenta en una causa económica y, por este motivo, el empresario no puede ponerla a disposición del trabajador, siempre que lo haga constar en la comunicación escrita, puede entregársela en el momento en el que la extinción sea efectiva.

- Preavisar con una antelación de **15 días**, a contar desde la carta de despido. Durante este plazo el trabajador puede disfrutar de una licencia retribuida de 6 horas semanales para buscar trabajo.
- En los casos de extinción motivada por causas de empresa, el empresario debe entregar la carta de cese a los representantes de los trabajadores (art. 53.1.c ET).

**b) Procedimiento y calificación judicial:** el trabajador puede impugnar la extinción del contrato al igual que en los supuestos de despido. Y los órganos jurisdiccionales pueden declarar que la decisión empresarial ha sido procedente, improcedente o nula:

**Procedente:** la causa alegada por el empresario concurre efectivamente. En tal caso, se consolida la indemnización percibida previamente por el trabajador.

**Improcedente:** la causa alegada no ha quedado suficientemente alegada o bien, si se han incumplido los requisitos de forma. No obstante, no se declarará la improcedencia si se ha producido un error excusable en el cálculo de

#### **Extinción por causas objetivas y desempleo**

El trabajador con el contrato extinguido por causas objetivas se halla en situación legal de desempleo y, por lo tanto, puede solicitar la protección por desempleo, siempre que cumpla con los requisitos exigidos para ello (art. 267.1.a 4.ª LGSS).

la indemnización. Tampoco si el empresario no ha cumplido con el trámite del preaviso. En este caso, puede suplir esta carencia abonando una compensación económica igual a los días que no ha preavisado.

Por otra parte, debe recordarse que si el motivo resolutorio es una causa económica, el empresario, si lo hace constar en la comunicación escrita, puede entregar la indemnización en el momento en que la extinción sea efectiva. Este "retraso" no puede calificarse como un incumplimiento de las formalidades y, por tanto, no implicará la improcedencia de la extinción.

El empresario tiene un derecho de opción entre readmitir (el trabajador debe devolver la indemnización) o abonar una indemnización de 33 días por año, con un máximo de 24 mensualidades (sólo la diferencia).

**Nulo:** la extinción objetiva puede calificarse como nula en los siguientes supuestos:

- Si la causa alegada por el empresario no queda suficientemente probada, se califica como nulo si ha sido impulsado por motivaciones discriminatorias prohibidas en la Constitución o en la ley o se hubiera violado derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

No obstante, según el párrafo 2.º del art. 53.4 ET:

"Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

- a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refieren los artículos 45.1.d) y e) o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.
  - b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta ley.
  - c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor.
- Si el empresario con finalidad fraudulenta hubiera acudido a la resolución objetiva individual o plural (arts. 52 y 53 ET) con la finalidad de eludir el procedimiento fijado para las colectivas (art. 51 ET), tal como veremos más adelante.

Los efectos y consecuencias de la declaración de nulidad en estos supuestos resolutorios son los mismos que los analizados al estudiar el despido por incumplimiento grave y culpable del contrato declarado nulo, con la particularidad de que el trabajador deberá devolver la indemnización entregada inicialmente por el empresario.

**3) Resolución colectiva por causas de empresa:** el expediente de regulación de empleo:

Si la extinción del contrato está motivada por "causas de empresa", o bien por falta de fondos públicos para financiar contratos indefinidos celebrados por las administraciones públicas, y afecta a un **colectivo determinado de trabajadores**, se prevé un régimen jurídico diferenciado al descrito con anterioridad.

Como punto de partida, conviene hacer una distinción entre la "resolución **individual** o **plural** por causas de empresa"; y la "resolución **colectiva** por causas de empresa".

a) Nos hallamos ante una extinción objetiva **individual** o **plural por causas de empresa** cuando en un periodo de 90 días afecte a un número de trabajadores **inferior** a:

Trabajadores afectados	Plantilla
10	Menos de 100 trabajadores
10%	Entre 100 y 300 trabajadores
30	300 o más

En estos casos, debe seguirse el procedimiento descrito con anterioridad (art. 53 ET; esto es: comunicación por escrito al trabajador; preaviso; poner a su disposición la indemnización; y entregar la carta de cese a los representantes de los trabajadores).

b) La **resolución por causas de empresa** debe calificarse como **colectiva** (art. 51.1 ET) cuando en un periodo de 90 días la decisión afecta al menos a:

Trabajadores afectados	Plantilla
10	Menos de 100 trabajadores
10%	Entre 100 y 300 trabajadores
30	300 o más

No obstante, el modo de determinar estos parámetros debe entenderse corregido en el caso de que la empresa tenga más de un centro de trabajo a la luz de la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, caso "Rabal Cañas", y la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2016:



Si la suma de los despidos proyectados por toda la empresa ("criterio superior") no permite calificarlo como un despido colectivo, entonces se debe evaluar si se llega analizando cada centro de trabajo por separado ("criterio inferior"), siempre que ocupe a más de 20 trabajadores. Esto puede provocar que si los despidos proyectados afectan a trabajadores pertenecientes a varios centros, en uno/s se siga el trámite del despido colectivo (ved a continuación) y en el/ los otro/s el del individual o plural.

Para ilustrar, algunos ejemplos:

Ejemplo 1:

Si una empresa cuenta con una plantilla de 280 trabajadores repartidos en dos centros de trabajo, de 150 y 130 cada uno, y quiere despedir a 20 que pertenecen al primero, aunque el parámetro de cómputo (superior) "empresa" no llevaría a entender que se trata de un despido colectivo (por ser inferior al 10% de la plantilla global), respecto a la aplicación del parámetro de cómputo (inferior) "centro de trabajo" sí lo sería (pues este centro cuenta con una plantilla de más de 20 trabajadores y el despido afecta al 10% de éste).

Ejemplo 2:

Si el número de despidos proyectados fuera de 30 para toda la empresa (en nuestro ejemplo, con una plantilla de 280), con independencia de la dimensión de cada centro de trabajo y el número de trabajadores afectados por la medida extintiva en cada uno de ellos, el uso del criterio de cómputo superior ("empresa") sería suficiente para entender que se trata de un despido colectivo –pues afecta al 10%.

Ejemplo 3:

Siguiendo con el primer ejemplo, supongamos ahora que, de los 20 trabajadores a los que la empresa quiere despedir, 15 pertenecen al centro de 150 trabajadores, y 5 al de 130. En principio, a los del primer centro debería aplicárseles el régimen del despido colectivo (centro con más de 20 trabajadores y despido que afecta al 10% de éste); y a los del segundo, el del despido objetivo individual/plural (por no superar este umbral del 10%).

Asimismo, con objeto de saber si efectivamente nos encontramos ante un despido colectivo, hay que tener en cuenta la interpretación que de la normativa española ha hecho el TJUE en el caso "Rivera Pujante" (sentencia de 11 de noviembre de 2015).

En lo que al procedimiento se refiere, la principal particularidad de las resoluciones por causas de empresa colectivas es que el empresario debe tramitar un ERE extintivo, en el que llevará a cabo un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores (preferentemente con las secciones sindicales), siguiendo el procedimiento descrito en el art. 51 del ET.

Precepto que debe complementarse con lo previsto en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

La comunicación de la apertura de este periodo de consultas debe realizarse mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual debe hacerse llegar a la autoridad laboral.

En dicho escrito deben consignarse los siguientes extremos:

a) La especificación de las causas de la resolución por "causas de empresa" colectiva.

b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la resolución por "causas de empresa".

c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.

d) periodo previsto para la realización de las resoluciones.

e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por las resoluciones.

Esta comunicación debe ir acompañada de una memoria explicativa de las causas de empresa que justifiquen la resolución pretendida por el empresario.

La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores (y que no esté incurso en un procedimiento concursal) deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores (art. 51.10 del ET).

La **fase de consultas** (cuya duración no puede ser inferior a 30 días –o 15, si la empresa tiene menos de 50 trabajadores) deben versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad.

Transcurrido el periodo de consultas, el empresario debe comunicar a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado un acuerdo, debe trasladar copia íntegra del mismo. En caso contrario, debe remitir a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de la resolución colectiva por causas de empresa que haya adoptado y las condiciones de la misma.

A partir de la reforma del 2012, el ERE extintivo ya no requiere la autorización administrativa previa. Lo que significa que el empresario puede proceder a las extinciones imponiendo su criterio.

Hecha esta comunicación, el empresario tiene que notificar individualmente las extinciones a los trabajadores afectados, siguiendo los trámites descritos para las resoluciones por causas objetivas (art. 53.1 del ET). En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos de la extinción.

A la hora de seleccionar a los trabajadores afectados por el ERE, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

Es importante advertir que la extinción de los contratos en periodos sucesivos de 90 días por debajo de los umbrales cuantitativos fijados legalmente con una finalidad fraudulenta, provocará la declaración de nulidad de la decisión empresarial de resolver los contratos.

#### El periodo de consultas

Debe versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

Los trabajadores afectados por un ERE, al igual que los que han visto resuelto su contrato en virtud del art. 52.c ET, también tienen derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades.

La decisión empresarial de despido puede impugnarse ante los órganos de la jurisdicción social, bien de manera individualizada por los trabajadores afectados (demanda individual), bien de manera colectiva por los representantes de los trabajadores (demanda colectiva), conforme a lo dispuesto en el art. 51 del ET y el art. 124 de la LRJS.

Impugnada la decisión extintiva del empresario, la sentencia puede declarar lo siguiente (art. 124.11 y 13 de la LRJS):

- a) Ajustada a derecho (procedente), si se acredita la causa de empresa alegada y se respetan los aspectos procedimentales del art. 51.2 del ET.
- b) No ajustada a derecho (improcedente), si el empresario no acredita la causa alegada o lo hace insuficientemente.

En tal caso, son aplicables las reglas descritas para las extinciones improcedentes expuestas anteriormente al analizar la extinción (individual o plural) por causas de empresa.

c) Nula, si no se ha respetado el art. 51.2 del ET (falta de periodo de consultas o de entrega de la documentación), o cuando la medida empresarial se haya realizado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, o bien si no se han respetado las prioridades de permanencia establecidas.

#### **4) Extinción del contrato por cierre de empresa**

La extinción de los contratos motivada por el cierre de la empresa presenta algunas particularidades. Si el empresario decide el cierre de la empresa, afectando a toda la plantilla (con el consiguiente cese total de su actividad), debe seguir el mismo procedimiento que el previsto para las resoluciones colectivas por causas de empresa –esto es, ERE–, siempre que el cierre afecte por lo menos a 6 trabajadores (art. 51.1.2.º ET).

Si en cambio afecta a menos de 6 trabajadores, deberá seguir el cauce previsto en los arts. 52 y 53 ET.

#### **La extinción del contrato por decisión del trabajador**

El trabajador, en virtud del ET, puede extinguir el contrato de diversos modos:

#### **ERE y desempleo**

La extinción del contrato en virtud de un ERE coloca al trabajador en una situación legal de desempleo y, por lo tanto, puede solicitar la protección por desempleo, siempre que cumpla con los requisitos exigidos para ello (art. 267.1.a 1.ª LGSS).

- puede hacerlo unilateralmente en cualquier momento (desistimiento) – como manifestación del carácter libre del contrato de trabajo; o bien
- puede instar la resolución del contrato, a consecuencia de haber sufrido de ciertas modificaciones sustanciales del contrato; o bien
- por incumplimiento contractual del empresario (y, por lo tanto, con derecho a una indemnización).

Veamos, a continuación, cada uno de estos supuestos:

### 1) La extinción del contrato por desistimiento del trabajador

El trabajador tiene la facultad de desistir del contrato sin necesidad de alegar causa alguna, debiendo preavisar con 15 días de antelación (dimisión). De no respetarse, se trata de un abandono, que puede motivar la exigencia de responsabilidades del empresario al trabajador.

En caso de desistimiento o abandono, el trabajador no tiene derecho a indemnización alguna.

#### **Desistimiento del trabajador y desempleo**

En caso de desistimiento del trabajador, éste no tiene derecho a la prestación por desempleo (art. 267.2.a LGSS), salvo que lo haya ejercido una trabajadora víctima de violencia de género (arts. 49.1.m y 267.1.a 5.ª LGSS).

### 2) La resolución motivada por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Si el empresario decide modificar unilateralmente la jornada, el horario y distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y cuantía salarial o las funciones y el trabajador resulta perjudicado por dicha modificación, tiene derecho a resolver su contrato y a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Si la decisión empresarial provoca el traslado del trabajador, éste podrá resolver el contrato percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de doce meses.

#### **Extinción por modificación sustancial y por incumplimiento del empresario y desempleo**

La resolución voluntaria del trabajador motivada por el traslado o por una modificación sustancial unilateral (de jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y cuantía salarial o las funciones) y el trabajador resulta perjudicado por dicha modificación, así como la resolución por incumplimiento imputable del empresario le coloca en una situación legal de desempleo; y por lo tanto puede solicitar la protección por desempleo, siempre que cumpla con los requisitos exigidos para ello (art. 267.1.a 5.ª LGSS).

### 3) La resolución del contrato por incumplimiento del empresario

El trabajador puede instar la extinción indemnizada si el empresario ha incumplido el contrato de trabajo. Se entiende que se ha producido un incumplimiento en los siguientes casos (art. 50 ET):

- a) Incumplimiento contractual grave del empresario (salvo los supuestos de fuerza mayor).
- b) Por modificación sustancial que perjudique su dignidad.
- c) Por falta de pago o retraso continuado en el pago del salario.
- d) Por incumplimiento de la sentencia que declare injustificado o nulo el traslado o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

El trabajador, si estima que concurre alguna de las conductas del art. 50 ET, debe solicitar al órgano judicial la resolución del vínculo, pero sin abandonar el puesto de trabajo.

Si el órgano judicial estima la concurrencia de la causa alegada por el trabajador, el empresario debe abonar una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades.

### **8.3.3. Extinción del contrato por imposibilidad objetiva sobrevenida**

El contrato de trabajo puede extinguirse si concurren una serie de circunstancias que imposibilitan sobrevenidamente y de forma definitiva la ejecución de alguna de las prestaciones esenciales del contrato. Las causas o circunstancias pueden afectar o bien a la persona del trabajador o bien al empresario.

#### **1) Imposibilidad sobrevenida que afecta al trabajador**

Las causas que motivan la imposibilidad sobrevenida del trabajador y la consiguiente extinción del contrato son: **muerte e incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez** (art. 49.1.e ET).

#### **2) Imposibilidad sobrevenida que afecta al empresario**

Las causas que motivan la imposibilidad sobrevenida del empresario dependen de si es persona física o jurídica y son:

#### **Incapacidad permanente parcial y extinción del contrato**

La incapacidad permanente parcial del trabajador no provoca la extinción del contrato, aunque puede justificar su extinción por ineptitud sobrevenida (art. 52.a ET).

**a) Muerte o incapacidad del empresario persona física (art. 49.1.g ET):**

El contrato de trabajo se extingue siempre y cuando no se produzca una continuidad de la actividad empresarial. En tal caso, es aplicable el régimen de subrogatorio descrito en el art. 44 del ET (ver en este sentido el apartado 2, art. 49.1.g del ET).

En el caso de muerte, el contrato se extingue si los herederos manifiestan la voluntad de no continuar con la actividad empresarial.

En cuanto a la incapacidad, no es necesario que se proceda a una declaración conforme a los preceptos civiles o de Seguridad Social, bastando una inhabilidad manifiesta de hecho para extinguir el contrato.

El trabajador en estos casos extintivos tiene derecho al percibo de una indemnización de un mes de salario.

**b) Fuerza mayor (arts. 49.1.h y 51.7 ET), empresario persona jurídica:**

Se entiende que concurre fuerza mayor cuando se produce un hecho imprevisible o previsible inevitable, que impide sobrevenidamente la ejecución del contrato de trabajo real y definitivamente.

La fuerza mayor no opera automáticamente como una causa extintiva, sino que debe ser constatada por la autoridad laboral y, por lo tanto, autorizada (art. 51.7 del ET).

En estos casos, el trabajador tiene derecho al percibo de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

La extinción del contrato sin la preceptiva autorización administrativa motiva la nulidad de las extinciones efectuadas (art. 124.11 de la LRJS).

Los aspectos procedimentales de este ERE extintivo por fuerza mayor están descritos en el art. 51.7 del ET y en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

**Imposibilidad objetiva y desempleo**

La extinción del contrato por imposibilidad objetiva que afecta al empresario (incapacidad, muerte, fuerza mayor o caso fortuito), coloca al trabajador en situación legal de desempleo, estando capacitado para solicitar la prestación de desempleo, siempre que cumpla con los requisitos legales (art. 267.1.a 1.ª y 2.ª LGSS).

**Ejemplos de fuerza mayor**

Catástrofes naturales; decisión del Poder Público imprevisible o inevitable, *factum principis*.

**8.3.4. Terminación del contrato por jubilación**

**1) Jubilación del trabajador (art. 49.1.f ET):** el trabajador es libre para decidir en qué momento quiere jubilarse (siempre que cumpla con los requisitos para tener acceso a la prestación de jubilación en alguna de sus modalidades).

Los convenios colectivos pueden prever cláusulas de jubilación forzosa si se vinculan a objetivos coherentes de política de empleo y el trabajador cumple ciertos requisitos para acceder a la prestación de jubilación.

2) **Jubilación del empresario persona física** (art. 49.1.g ET): el contrato de trabajo se extingue siempre y cuando el empresario reúna los requisitos para solicitar la pensión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o en otros y no se produzca la continuidad de la actividad empresarial.

En estos casos, el trabajador tiene derecho al percibo de una indemnización de un mes de salario.

#### **Jubilación del empresario y desempleo**

La extinción del contrato por jubilación del empresario coloca al trabajador en una situación legal de desempleo, estando facultado para solicitar la prestación por desempleo (art. 267.1.a 2.ª LGSS).

## Resumen

El derecho del trabajo es la rama del Ordenamiento Jurídico que regula la relación de trabajo, con el objeto de dar respuesta al desequilibrio existente entre el trabajador y el empresario y de canalizar la acción de la autonomía colectiva.

El concepto de fuente en sus múltiples acepciones ha centrado nuestro interés en un primer estadio de nuestro estudio. Así, se ha hecho hincapié en la distinción entre las fuentes externas (internacionales) y las internas (nacionales). Respecto de las segundas, debe retenerse el papel asignado a la Constitución española, la negociación colectiva, como expresión de la autonomía colectiva, y finalmente, el papel del contrato de trabajo como regulador de las condiciones de trabajo.

La definición del contrato de trabajo es fundamental, pues delimita el ámbito de aplicación del Estatuto de los trabajadores. Para la calificación de una relación como laboral, a los efectos del ET, las notas definitorias del contrato de trabajo (voluntariedad, ajenidad, dependencia y remuneración) deben concurrir simultáneamente. Aunque conviene recordar que no se trata de categorías nítidas, sino que existen amplias zonas grises cuya delimitación es extraordinariamente compleja. En cualquier caso, conviene tener presente que la normativa laboral se aplica imperativamente, con independencia de la apariencia formal que las partes hayan atribuido a la relación contractual.

Desde la perspectiva laboral, sólo podemos hablar de la existencia de un trabajador si concurren simultáneamente todas las notas configuradoras. Respecto del empresario, conviene recordar que queda delimitado a partir de una definición funcional y no formal, dado que a efectos del derecho del trabajo se entiende empresario la persona que recibe efectivamente los servicios del trabajador. Los grupos de empresas, las contratas y subcontratas, la cesión ilegal de trabajadores y la sucesión de empresa son situaciones especialmente relevantes en la medida en que la identificación de la figura del empresario es compleja y ante la posibilidad de que puedan ser una vía para eludir responsabilidades, la legislación laboral ha establecido una serie de medidas para evitarlo.

La concreción de la prestación del trabajador viene delimitada fundamentalmente por dos vectores: la tarea a desarrollar dentro de la empresa y el tiempo de trabajo. En cuanto a la primera, es importante que se retenga la idea de la clasificación profesional por grupos y categorías profesionales. En cuanto al tiempo de trabajo, debe prestarse especial atención sobre fijación de la jornada máxima legal y, sobre todo, como un mecanismo de flexibilidad laboral, la posibilidad de su distribución de forma irregular.



El salario constituye una de las prestaciones esenciales del contrato de trabajo, no sólo porque se trata de uno de sus elementos configuradores (y principal obligación del empresario), sino porque constituye el principal medio de subsistencia del trabajador y probablemente, unos de los costes de producción más elevados para el empresario. La regulación actual del salario se halla precisamente en esta dicotomía: por un lado, la fijación de un salario suficiente para cubrir las necesidades básicas del trabajador y de su familia y el establecimiento de mecanismos que garanticen su percepción; y, por otro, la descripción de una estructura salarial que permita sistemas de remuneración que simultáneamente incentiven la producción y permitan al empresario la adaptación a los ciclos económicos. En este conflicto de intereses, el papel de la negociación colectiva, definiendo su estructura y cuantía es fundamental.

En cuanto a la conducta del empresario, conviene recordar que el trabajador ostenta unos derechos como ciudadano protegidos por la Constitución, que no pierde una vez traspasada la puerta del centro de trabajo. El poder de dirección del empresario y el poder disciplinario, derivado de aquél, no es omnímodo y queda estrictamente circunscrito a los límites legales y constitucionalmente establecidos.

La situación actual del mercado de trabajo exige la búsqueda de un equilibrio entre la continuidad de las relaciones laborales y la posibilidad de adaptar las condiciones de trabajo a las nuevas circunstancias que se suceden en el tiempo. Análisis que se ha centrado en las facultades de alteración del trabajador y la movilidad funcional, el *ius variandi* y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del empresario.

En cuanto a los supuestos de interrupción, suspensión y excedencia, conviene retener (más allá de la confusión derivada de la terminología empleada por el legislador) la distinción conceptual entre estas figuras y, en particular, los efectos jurídicos que se derivan de la declaración o el reconocimiento de cada una de ellas.

La extinción del contrato de trabajo constituye una de las cuestiones del derecho del trabajo más relevantes. La cesación puede derivar de la imposibilidad de ejecutar alguna de las prestaciones esenciales del contrato de forma sobrevenida; o bien como consecuencia de la decisión de una de las partes, a pesar de que las prestaciones sean jurídicamente posibles. Debiéndose destacar, respecto de este último supuesto, el régimen jurídico del despido, la resolución del contrato individual o plural por causas de empresa y la resolución colectiva por causas de empresa (así como los diversos cauces procedimentales de cada una de estas modalidades extintivas).



## Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Sería acertado afirmar que un convenio colectivo puede prevalecer ante una ley?
2. ¿Podemos afirmar que el contenido normativo de un convenio colectivo se mantiene a pesar de la denuncia?
3. Durante la vigencia de un convenio colectivo de ámbito supraempresarial, ¿puede negociarse un convenio colectivo de empresa?
4. ¿Es acertado afirmar que el derecho del trabajo se aplicará si concurren las notas de voluntariedad y ajenidad?
5. Un contrato al que las partes dan expresamente la condición de "contrato de trabajo", ¿es indudablemente un contrato de trabajo?
6. El contrato de puesta a disposición ¿es el único mecanismo legal a través del cual se permite la cesión de trabajadores?
7. En el Ordenamiento Jurídico español, ¿podría celebrarse un contrato temporal sometido a un término libremente pactado por las partes?
8. ¿Es cierto que el ET presume que todo lo que percibe el trabajador, salvo prueba en contrario, le es debido en concepto de salario?
9. ¿Sería legalmente posible que un trabajador percibiera todo su salario en especie?
10. ¿Es cierto que, a diferencia de la movilidad funcional, el empresario puede modificar sustancialmente las condiciones del contrato de trabajo sin causa alguna?
11. En la excedencia voluntaria, ¿el trabajador tiene reconocido un derecho a la reserva de su puesto de trabajo?
12. ¿Es acertado afirmar que la extinción del contrato por parte del empresario está siempre condicionada a la existencia de una causa?
13. En el despido disciplinario, ¿el incumplimiento de los requisitos formales comporta la declaración de ilicitud de la decisión empresarial y la readmisión obligatoria del trabajador?

## Solucionario

### Ejercicios de autoevaluación

1. Sí, cuando sea más favorable para el trabajador.
2. Sí, el contenido normativo del convenio colectivo, a diferencia del obligatorio, se mantiene a pesar de la denuncia hasta que entre en vigor un nuevo convenio, siempre que no haya transcurrido un año (o la duración que se haya pactado), pues en tal caso decae su vigencia y entrará en vigor el convenio colectivo superior, si lo hubiera, que le sea de aplicación.
3. A partir de la reforma del 2012, los convenios colectivos de empresa tienen prioridad aplicativa con respecto a cualquier convenio colectivo superior anterior, pero solo respecto de un listado tasado de materias.
4. No. Además de las notas de voluntariedad y ajenidad, la aplicación del derecho del trabajo depende de que también concurren las de dependencia y remuneración.
5. No. Con independencia de la apariencia formal que le den las partes, la existencia de un contrato de trabajo depende de la concurrencia de los cuatro elementos configuradores (voluntariedad, dependencia, ajenidad y trabajo remunerado).
6. Es cierto. La cesión de trabajadores está prohibida por el art. 43 ET, salvo que se efectúe a través de una ETT mediante la celebración de un contrato de puesta a disposición.
7. No. La celebración de contratos temporales está sometida al principio de causalidad y sólo puede efectuarse en los casos previstos en el art. 15 ET. Más allá de estos casos, las partes no tienen libertad para fijar libremente un término.
8. Es cierto, pues así se deriva del art. 26.1 ET.
9. Según el art. 26.3 ET, el salario en especie no puede superar el 30% de la retribución.
10. No es cierto. La movilidad funcional permite introducir cambios sin necesidad de alegar causa alguna, pero la modificación sustancial siempre debe concurrir una causa.
11. No. Salvo que el convenio prevea otra cosa o las partes lo hubieran pactado expresamente, en la excedencia voluntaria el trabajador sólo tiene un derecho preferente al reingreso si existe una vacante de igual o similar categoría.
12. Es cierto, salvo cuando se desiste del contrato durante el periodo de prueba.
13. El incumplimiento de los requisitos de forma comporta la ilicitud de la decisión extintiva, pero, salvo que el convenio colectivo prevea otra cosa, no comporta la readmisión obligatoria del trabajador.

## Glosario

**BOE** Boletín Oficial del Estado.

**CC** Código civil.

**CE** Constitución española de 27 de diciembre 1978.

**ERE** Expediente de regulación de empleo.

**ET** Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

**ETT** Empresa de trabajo temporal.

**DLRT** Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, que reforma la normativa sobre relaciones de trabajo.

**IPREM** Indicador público de renta de efectos múltiples.

**LETT** Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal.

**LGSS** Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

**LOLS** Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

**LPRL** Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (RCL 1995\3053).

**LRJS** Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

**OIT** Organización Internacional del Trabajo.

**SMI** Salario mínimo interprofesional.

**STC** Sentencia del Tribunal Constitucional.

## Bibliografía

**Alonso Olea, M.** (2002). *Introducción al derecho del trabajo*. Madrid: Civitas.

**Alonso Olea, M.; Casas Baamonde, M. A.** (2001). *Derecho del trabajo*. Madrid: Civitas.

**Gala Duran, C.; Beltran de Heredia, I.** (2011). *Derecho del trabajo*. Barcelona: Huygens.

**Montoya Melgar, A.** (2009). *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.

**Martín Valverde, A.** (1987). "La formación del derecho del trabajo en España". En: *Legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*. Madrid: Congreso de los Diputados.

**Supiot, A.** (1996). *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.