

# Derecho del Trabajo

---



# Derecho del Trabajo

---

**Jesús Martínez Girón**

*Catedrático de Derecho del Trabajo  
de la Universidad de A Coruña*

**Alberto Arufe Varela**

*Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo  
de la Universidad de A Coruña*

**Xosé Manuel Carril Vázquez**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo  
de la Universidad de A Coruña*

## **DERECHO DEL TRABAJO. SEGUNDA EDICIÓN**

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

DERECHOS RESERVADOS 2006, respecto a la segunda edición en español, por

© NETBIBLO

ISBN 13: 978-84-9745-156-7

ISBN 10: 84-9745-156-2

Depósito Legal: C-2327-2006

Producción Editorial: Gesbiblo S.L.

Impreso en España - Printed in Spain.

---

**INDICE GENERAL**

---

PROLOGO A LA SEGUNDA EDICION .....	XV
PROLOGO A LA PRIMERA EDICION.....	XVII
ABREVIATURAS MAS FRECUENTES .....	XXI
PARTE PRIMERA: <b>INTRODUCCION</b> .....	1
<b>TEMA 1. LA CIENCIA ESPAÑOLA DEL DERECHO DEL TRABAJO</b>	
<b>Sumario:</b> §1. Ciencia y docencia del Derecho del Trabajo. §2. La etapa de nacimiento. §3. La etapa de consolidación. §4. La etapa de expansión. §5. Los porqués de su nacimiento contemporáneo.....	13
<b>TEMA 2. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO</b>	
<b>Sumario:</b> §1. Las fuentes de conocimiento del Derecho del Trabajo. §2. Las normas laborales constitucionales. §3. Las normas laborales internacionales. §4. Las normas laborales estatales. §5. Las normas laborales autonómicas. §6. Las normas sectoriales. §7. Las normas laborales consuetudinarias. §8. La jurisprudencia laboral. §9. La desasosegante inestabilidad de las fuentes normativas laborales con rango de ley .....	15
<b>TEMA 3. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO</b>	
<b>Sumario:</b> §1. Concepto y caracteres. §2. El principio de jerarquía normativa. §3. El principio de norma más favorable. §4. El principio de absorción y compensación. §5. El principio de condición más beneficiosa adquirida. §6. El principio de irrenunciabilidad de los derechos. §7. Su debilitamiento por el impacto de principios economicistas. ....	27

**TEMA 4. EL AMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO**

**Sumario:** §1. El trabajo dependiente. §2. Es un trabajo voluntariamente prestado. §3. Por cuenta ajena. §4. En virtud de un contrato. §5. Que es un contrato privado. §6. No regulado por el Derecho común. §7. Los indicios del trabajo asalariado típico.....41

PARTE SEGUNDA: **HISTORIA**.....55

**TEMA 5. EL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS EN LA HISTORIA**

**Sumario:** §1. El arrendamiento de servicios como antecedente del contrato de trabajo. §2. Su regulación en las fuentes romanas. §3. Su regulación en las Partidas y en la Novísima Recopilación. §4. Su regulación en el Código Civil y en las Leyes decimonónicas de Enjuiciamiento Civil. §5. La jurisprudencia civil histórica del Tribunal Supremo sobre arrendamiento de sus servicios por trabajadores asalariados..... 57

**TEMA 6. LA CUESTION SOCIAL, LA PRIMERA LEGISLACION OBRERA Y LA POSTERIOR LEGISLACION LABORAL**

**Sumario:** §1. La cuestión social. §2. La legislación obrera hasta 1923. §3. La legislación obrera durante la Dictadura de Primo de Rivera. §4. La legislación laboral durante la II República. §5. La legislación laboral durante el franquismo .....67

**TEMA 7. EL MOVIMIENTO OBRERO**

**Sumario:** §1. Preliminar. §2. Periodificación. §3. La represión del primer sindicalismo, a través de la legislación penal de la Novísima Recopilación de 1805. §4. La represión, a través de los Códigos Penales de 1848, 1850 y 1870. §5. La represión, a través del Código Civil. §6. La eliminación de la represión, durante la Segunda República. §7. La repetición de la historia represiva, durante el franquismo .....79

**TEMA 8. INTERNACIONALIZACION, CONSTITUCIONALIZACION Y EUROPEIZACION**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. La internacionalización del Derecho español del Trabajo, a partir de 1919. §3. La constitucionalización del Derecho español del Trabajo, a partir de 1931. §4. La europeización del Derecho español del Trabajo, a partir de 1986 §5. Los retos planteados por la globalización, especialmente a partir de 1995 .....93

PARTE TERCERA: EL CONTRATO DE TRABAJO ..... 105

**TEMA 9. LOS MECANISMOS DE BUSQUEDA DE EMPLEO**

**Sumario:** §1. El ingreso al trabajo. §2. Los mecanismos informales de ingreso. §3. Los Servicios Públicos de Empleo. §4. Las agencias de colocación sin fines lucrativos. §5. Las empresas de trabajo temporal ..... 107

**TEMA 10. EL EMPRESARIO Y LA EMPRESA**

**Sumario:** §1. Concepto y clases de empresario. §2. La empresa, el centro de trabajo y el lugar de trabajo. §3. Las empresas contratistas de obras y servicios. §4. Los grupos de empresas. §5. Las cooperativas de trabajo asociado y las sociedades laborales..... 119

**TEMA 11. EL TRABAJADOR**

**Sumario:** §1. Concepto jurídico de trabajador. §2. La relevancia social de los trabajadores. §3. Criterios jurídicos para la clasificación de los trabajadores. §4. Por razón del régimen jurídico laboral. Trabajadores de régimen común y trabajadores sujetos a relaciones laborales especiales. §5. Por razón del régimen jurídico de Seguridad Social. Trabajadores del régimen general y trabajadores (del mar, agrícolas y de la minería del carbón) con regímenes especiales de Seguridad Social..... 135

**TEMA 12. LA CELEBRACION DEL CONTRATO DE TRABAJO**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. La capacidad para contratarse. §3. La formalización del contrato de trabajo. §4. La perfección y la consumación del contrato de trabajo. §5. La nulidad del contrato de trabajo ..... 153

**TEMA 13. MODALIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO**

**Sumario:** §1. Concepto de «modalidades» del contrato de trabajo. §2. Clases de «modalidades» del contrato de trabajo. §3. Por razón de la causa del contrato. El contrato para la formación, el contrato de trabajo en prácticas y el período de prueba. §4. Por razón de la duración del contrato. Los contratos de trabajo de duración determinada. §5. Por razón del tiempo de trabajo. Los contratos de trabajo a tiempo parcial.....165

**TEMA 14. LA OBLIGACION DE TRABAJAR**

**Sumario:** §1. Los caracteres de la obligación de trabajar. §2. El contenido de la obligación de trabajar. §3. El incumplimiento de la obligación de trabajar. §4. La inasistencia al trabajo. §5. La impuntualidad en el trabajo. §6. La disminución del rendimiento del trabajo. §7. La imposibilidad de la prestación laboral por culpa del empresario ..... 185

**TEMA 15. EL TIEMPO DE TRABAJO**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo. §2. Las jornadas ordinarias comunes. §3. Las jornadas ordinarias especiales. §4. Las horas extraordinarias. §5. El descanso diario. §6. El descanso semanal, las vacaciones y las fiestas laborales anuales. §7. Los permisos retribuidos. .... 197

**TEMA 16. LA OBLIGACION DE RETRIBUIR EL TRABAJO**

**Sumario:** §1. Los caracteres de la obligación de retribuir el trabajo. §2. Concepto de salario. §3. Clases de salarios. §4. El pago del salario. §5. La protección del salario..... 212

**TEMA 17. LA PREVENCION DE RIESGOS LABORALES**

**Sumario:** §1. Las fuentes normativas de la prevención de riesgos laborales. §2. La complejidad técnica interdisciplinar de la prevención de riesgos laborales. §3. Los sujetos implicados en la empresa en la prevención de riesgos laborales. §4. Las responsabilidades jurídicas del empresario en materia de prevención de riesgos laborales. §5. Las intolerables cifras españolas de siniestralidad laboral con baja en el trabajo ..... 225

**TEMA 18. DIRECCION Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL**

**Sumario:** §1. Los poderes del empresario. §2. El poder de dirección. §3. El poder de control. §4. El poder disciplinario. §5. Las responsabilidades del empresario frente a terceros dañados por la actividad laboral del trabajador..... 241



**TEMA 19. NO DISCRIMINACION, DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS DEL TRABAJADOR**

**Sumario:** §1. Los límites constitucionales de los poderes del empresario. §2. Los límites constitucionales del poder de dirección. §3. Los límites constitucionales del poder de control. §4. Los límites constitucionales del poder disciplinario. §5. La prueba de la discriminación o violación de los derechos fundamentales del trabajador ..... 253

**TEMA 20. LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE TRABAJO**

**Sumario:** §1. Las fuentes legales ordinarias reguladoras de la buena fe. §2. La buena fe explícita del trabajador. §3. La autonomía del deber de buena fe del trabajador. §4. La buena fe implícita del trabajador. §5. La buena fe del empresario .....267

**TEMA 21. LA NOVACION DEL CONTRATO DE TRABAJO**

**Sumario:** §1. Concepto y clases. §2. La sucesión de empresa. §3. La movilidad funcional. §4. La movilidad geográfica. §5. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo .....279

**TEMA 22. LA SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO**

**Sumario:** §1. Concepto. §2. Distinción de figuras afines. §3. Las causas suspensivas ordinarias. §4. Las causas suspensivas extravagantes. §5. Los efectos de la suspensión en relación con la Seguridad Social .....301

**TEMA 23. LA EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CUMPLIMIENTO**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. El mutuo acuerdo extintivo. §3. El término resolutorio. §4. Las condiciones resolutorias. §5. La dimisión del trabajador ..... 313

**TEMA 24. LA EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR IMPOSIBILIDAD O GRAVE DIFICULTAD DE CUMPLIMIENTO**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. La muerte o incapacidad permanente del trabajador. §3. La jubilación del trabajador. §4. El despido objetivo. §5. La muerte, jubilación o incapacidad del empresario persona física, y la extinción del empresario persona jurídica. §6. La fuerza mayor definitiva. §7. El despido colectivo.....325

**TEMA 25. LA EXTINCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. El despido disciplinario. §3. La forma del despido disciplinario. §4. Los efectos del despido disciplinario. §5. El despido indirecto ..... 343

PARTE CUARTA: **DERECHO SINDICAL** .....357

**TEMA 26. LA REPRESENTACION LEGAL DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA**

**Sumario:** §1. Concepto y clases. §2. Elección. §3. Mandato. §4. Competencias. §5. Garantías.....359

**TEMA 27. LA LIBERTAD SINDICAL**

**Sumario:** §1. Las fuentes de conocimiento de la libertad sindical. §2. El carácter poliédrico de la libertad sindical. §3. Las facetas individual y colectiva de la libertad sindical. §4. Las facetas organizativa y funcional de la libertad sindical. §5. Las facetas positiva y negativa de la libertad sindical. §6. Las facetas interna y externa de la libertad sindical. §7. La represión de las conductas antisindicales ..... 377

**TEMA 28. EL DERECHO A LA NEGOCIACION COLECTIVA LABORAL**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. El concepto legal de convenio colectivo. §3. Unidades de negociación y ámbitos de aplicación del convenio colectivo. §4. La legitimación para negociar convenios colectivos. §5. Las reglas sobre legitimación para negociar convenios colectivos empresariales. §6. Las reglas sobre legitimación para negociar convenios colectivos sectoriales. §7. Las reglas sobre legitimación para negociar convenios colectivos de grupos de empresas ..... 393

**TEMA 29. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACION DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. La iniciativa. §3. La comisión negociadora. §4. La negociación de buena fe. §5. El contenido del acuerdo. §6. La adopción y formalización del acuerdo. §7. El procedimiento de negociación colectiva laboral en el sector público.....411

**TEMA 30. EL AMBITO TEMPORAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS**

**Sumario:** §1. Las cinco fases del ámbito temporal de un convenio colectivo. §2. La fase de convenio colectivo todavía no denunciado. §3. La fase de convenio colectivo denunciado pero no denunciado. §4. La fase de convenio colectivo denunciado pero no vencido. §5. La fase de convenio colectivo denunciado y vencido. §6. La fase de la sucesión del convenio colectivo denunciado y vencido. §7. La eficacia retroactiva del convenio colectivo sucesor del denunciado y vencido ..... 429

**TEMA 31. LOS CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS**

**Sumario:** §1. Los tres elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios. §2. Los convenios colectivos «extraestatutarios», de ámbito empresarial, en que falla un solo elemento caracterizador de los convenios colectivos estatutarios. §3. Los convenios colectivos «extraestatutarios», de ámbito sectorial, en los que también falla un solo elemento caracterizador de los convenios colectivos estatutarios. §4. Los convenios colectivos «extraestatutarios» en que fallan dos elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios. §5. Los convenios colectivos «extraestatutarios» en que pueden fallar dos o tres de los elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios. §6. Los convenios colectivos «extraestatutarios» en que fallan los tres elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios. §7. Otros convenios colectivos negociados al margen del Título III del ET ..... 439

**TEMA 32. LOS DERECHOS DE HUELGA Y DE CIERRE PATRONAL**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras del derecho de huelga. §2. La titularidad individual y el ejercicio colectivo del derecho de huelga. §3. El desarrollo de la huelga. §4. Las huelgas ilegales y las huelgas abusivas. §5. Los efectos de la huelga sobre el contrato de trabajo y la relación de Seguridad Social. §6. Las huelgas en servicios esenciales de la comunidad. §7. El derecho de cierre patronal..... 453

**TEMA 33. INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCION DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO**

**Sumario:** §1. Concepto y clases de conflictos colectivos. §2. La conciliación, la mediación y el arbitraje. §3. La solución extrajudicial de conflictos colectivos económicos. §4. La solución extrajudicial de conflictos colectivos jurídicos. §5. Los arbitrajes obligatorios..... 473

PARTE QUINTA: **DERECHO ADMINISTRATIVO LABORAL**.....483

**TEMA 34. LOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS LABORALES**

**Sumario:** §1. La autoridad laboral. §2. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social. §3. La participación institucional.....485

**TEMA 35. INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL**

**Sumario:** §1. La LISOS. §2. Los principios del Derecho Administrativo social sancionador. §3. El principio de legalidad. §4. El principio de tipicidad. §5. El principio de irretroactividad. §6. El principio de responsabilidad. §7. El principio de proporcionalidad. §8. El principio de prescriptibilidad. §9. El principio «*non bis in idem rem*» ..... 497

**TEMA 36. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS LABORALES**

**Sumario:** §1. La Ley 30/1992 y los procedimientos administrativos laborales. §2. Los procedimientos para dictar actos administrativos sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral. §3. Los procedimientos para dictar actos administrativos no sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral.....509

PARTE SEXTA: **DERECHO PROCESAL LABORAL**..... 519

**TEMA 37. LA PRESCRIPCION Y LA CADUCIDAD DE ACCIONES**

**Sumario:** §1. La naturaleza material de los plazos de prescripción y caducidad para el ejercicio judicial de acciones. §2. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo. §3. La caducidad de la acción de despido. §4. La caducidad de la acción para impugnar decisiones empresariales sobre movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo. §5. Otros plazos de caducidad para el ejercicio de acciones judiciales laborales.....521

**TEMA 38. EL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCION**

**Sumario:** §1. Los tribunales laborales. §2. La competencia material de los tribunales laborales. §3. La competencia funcional de los tribunales laborales. §4. La competencia objetiva de los tribunales laborales. §5. La competencia territorial de los tribunales laborales.....531

**TEMA 39. LA RELACION PROCESAL LABORAL**

**Sumario:** §1. Las partes procesales. §2. La capacidad procesal de las partes. §3. La legitimación de las partes. §4. La postulación por las partes. §5. Los actos procesales del Juez. §6. Los actos procesales del Secretario. §7. Los principios del proceso laboral .....543

**TEMA 40. EL PROCESO LABORAL ORDINARIO**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. La presentación de la demanda. §3. La admisión de la demanda. §4. La conciliación judicial. §5. El acto del juicio. §6. La sentencia. §7. La notificación de la sentencia .....555

**TEMA 41. LAS MODALIDADES PROCESALES**

**Sumario:** §1. Los procesos laborales especiales. §2. Las razones de su especialidad. §3. Procesos especiales por razón de su forma de iniciación. §4. Procesos especiales por razón de sus partes principales. §5. Procesos especiales por razón de sus partes materiales. §6. Procesos especiales por razón de la materia. §7. Las preferencias relativas a la tramitación de los procesos laborales especiales ..... 569

**TEMA 42. LOS RECURSOS**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. Reposición y súplica. §3. Revisión. §4. Los recursos propiamente dichos, accesorios y principales. §5. El recurso de suplicación. §6. El recurso de casación ordinaria. §7. El recurso de casación para la unificación de doctrina.....581

**TEMA 43. LAS EJECUCIONES**

**Sumario:** §1. Concepto y clases. §2. La ejecución definitiva de sentencias. §3. La ejecución provisional de sentencias.....593

INDICE ONOMASTICO ..... 603

INDICE TOPICO..... 613



## PROLOGO A LA SEGUNDA EDICION

Prácticamente agotada la primera edición de este Manual —que fue objeto en su día, además, de una reimpresión—, ofrecemos ahora a nuestro alumnado, al de otras Universidades y, también, a la crítica científica esta segunda edición del mismo. La fidelidad a la primera edición es clara, probándolo contundentemente el dato de que el «sumario» de los cuarenta y tres temas que lo siguen integrando —salvo dos, relativos a los convenios colectivos extraestatutarios (Tema 31) y a la prescripción y caducidad de acciones (Tema 37)— no haya experimentado variación de ningún tipo. Y sin embargo, si analizamos el desarrollo de ese «sumario» efectuado por esta segunda edición, también nos parece claro que nuestro *Derecho del Trabajo* es ahora mucho menos coyunturalista y, en consecuencia, más pedagógico —y por tanto, más fácil de estudiar por nuestro alumnado—, más realista —porque creemos que ahora hemos discriminado mejor el trigo (esto es, las grandes líneas de tendencia del Derecho del Trabajo subrayadas o rectificadas, en su caso, por novedades legislativas y jurisprudenciales) de la paja (equivalente en una red de carreteras a los baches, si es que se nos permite seguir recurriendo al símil que habíamos utilizado en el prólogo de la primera edición)— y mucho más del siglo XXI —porque hemos introducido, por ejemplo, citas de sitios de internet (aunque en esto tendremos que profundizar todavía mucho más en el futuro)— en que nos encontramos. Este empeño de renovación debe mucho a las críticas que la primera edición ha recibido, algunas de colegas admirados y queridos —hechas públicas incluso en una de las grandes revistas españolas clásicas de nuestra especialidad—,

que ahora procedemos a agradecer públicamente. Agradecemos asimismo a nuestro editor, la editorial Netbiblo, todas sus facilidades y desvelos —de los que esperamos seguir sirviéndonos, de cara a la segunda edición de nuestro *Derecho de la Seguridad Social* y, también, a la primera de nuestros *Fundamentos de Derecho Comunitario y Comparado, Europeo y Norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*— para que esta obra viese la luz, justo en el momento en que nosotros quisimos.

LOS AUTORES  
A Coruña, julio de 2006



---

PROLOGO A LA PRIMERA EDICION

---

Emprender hoy en día la tarea de escribir un manual universitario de Derecho del Trabajo implicaba desde luego correr riesgos e invertir mucho tiempo, pero también suponía poder darnos la satisfacción de encarar frontalmente un reto, que está en la raíz misma de nuestro oficio universitario. Este reto era el de probar, ante nuestros estudiantes de la Facultad de Derecho y demás centros en que impartimos docencia en esta Universidad de A Coruña, que el Derecho del Trabajo es una ciencia manejable y que merece la pena ser aprendida —más que Derecho vivo es verdadero Derecho vivido por millones y millones de personas—, que debe poder estudiarse y asimilarse con todo el rigor posible empleando un tiempo y un esfuerzo razonables, y que es desde luego una ciencia que tiene justificado ocupar un sitio —que nuestros estudiantes deben sentir que ocupamos legítimamente— en el conjunto de disciplinas impuesto por los diversos planes de estudios que cursan. Todo ello, a pesar de muchos pesares, como el frenético ritmo de cambios que nuestras leyes laborales padecen o, también, la aplastante masa de miles de sentencias que nuestros tribunales laborales puntualmente dictan todos los años; leyes y sentencias laborales aparentemente inmanejables en su conjunto, pero que nosotros los profesores —precisamente por tratarse de las fuentes directas de conocimiento de nuestra disciplina— teníamos el deber estricto de dar a conocer en sus líneas maestras a nuestros estudiantes.

Pensando siempre en ellos, hemos estructurado este manual desde su primer Tema al último en tres niveles de conocimiento distintos, incluso

tipográficamente hablando, que están marcados por tres tipos de letra también netamente distintos. El primero se corresponde con la letra grande, que es lo único que nuestros estudiantes tienen el deber de conocer para poder superar la parte teórica del Derecho del Trabajo. Si se nos permite el símil, equivaldría en un mapa de carreteras a las autovías y autopistas, con su señalización clara de todo lo verdaderamente importante (en nuestro caso, mediante el empleo de la cursiva alemana) y concebidas para poder circular por ellas con toda la rapidez, pero también con toda la seguridad y comodidad, requeridas por el tiempo académico disponible, que siempre resulta escaso. Prosiguiendo con el símil, la letra pequeña —que el estudiante queda desde luego excusado de estudiar, aunque confiemos que en bastantes casos pueda interesarle leer— traza vías complementarias de las otras principales, haciendo accesibles así muchos más puntos de destino, a los que nuestras metafóricas autovías y autopistas meramente se aproximan, pero sin tocarlos. En fin, el aparato crítico —con letra mucho más pequeña todavía—, concebido sobre todo para intentar dar cuenta de lo mucho y lo bueno que se publica por nuestra doctrina científica laboralista, permitiría hacer teóricamente accesibles destinos de todo tipo, por muy remotos que fuesen, y que al estudiante —eso sí, en casos puntuales— a lo mejor también podría interesarle conocer. Acerca de esto último y recordando lo escrito en su día por un verdadero maestro del Derecho común, para mí muy querido, cabría añadir que a lo peor han quedado «sin cita formal algún autor y alguna obra cuya influencia ha sido directa, mientras que la de alguno de los citados sólo lo ha sido inmediata», aunque —sigo haciendo mías sus palabras— «esto, más que aparente o petulante sutileza, es el reconocimiento de una limitación, que el lector avisado confío sepa disculpar».

Cuando conocí —aquí, en A Coruña— a mis colegas del área, no me quedó más remedio que posponer el trabajo de escribir un manual universitario, para así poder atender otras tareas de mi oficio igualmente ilusionantes, pero que pienso que ya han quedado cumplidas. No me arrepiento del paréntesis, pues de este modo he podido contar ahora, como coautores de esta obra, con los profesores Alberto Arufe Varela y Xosé Manuel Carril Vázquez, de cuya solvencia científica creo objetivamente que no puede dudarse, pues ambos son premio extraordinario de doctorado y ambos tienen ya, además, su primer «sexenio» de investigación certificado por la CNEAI. Evidentemente, los tres nos responsabilizamos

del conjunto, aunque el profesor Arufe Varela firme su parte, como es lógico, constituida por los Temas 5, 6, 9, 13, 20, 25, 26, 29, 31, 36, 40 y 42; el profesor Carril Vázquez, a su vez, la que es suya, esto es, los Temas 2, 8, 10, 11, 17, 22, 23, 28, 34, 41 y 43; y yo, los restantes. La coordinación entre los tres durante todo el tiempo que hemos trabajado juntos no ha sido ni buena ni mejor, sino rigurosamente óptima, incluso desde el punto de vista formal, aunque esto último no haya sido en modo alguno fácil. Seguramente por ello, nos animaremos a escribir el próximo curso académico 2004/2005 un manual de Seguridad Social, confiando en que también llegue a publicarlo Netbiblo.

J.M.G.  
A Coruña, junio de 2004



---

---

## ABREVIATURAS MAS FRECUENTES

---

---

ACV-1997	Acuerdo de Cobertura de Vacíos (BOE de 9 junio 1997).
AINC-1997	Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 1997 (BOE de 9 junio 1997).
AINC-2002	Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 2002 (BOE de 17 enero 2002).
AINC-2003	Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 2003 (BOE de 24 febrero 2003).
AINC-2005	Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 2005 (BOE de 16 marzo 2005).
ASEC	Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (BOE de 8 febrero 1996).
ASEC-II	Segundo Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (BOE de 26 febrero 2001).
ASEC-III	Tercer Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (BOE de 29 enero 2005).
AN	Audiencia Nacional.
Ar.	Repertorios de Jurisprudencia de <i>Aranzadi</i> (incluidos <i>Aranzadi Social</i> , TJCE y TEDH, cuando se trata de sentencias en ellos registradas).
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Social).
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia.

BOE	Boletín Oficial del Estado.
CE	Constitución Española de 1978.
DLRT	Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo, sobre Relaciones de Trabajo.
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, aprobando el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
ET-1980	Ley 8/1980, de 10 marzo, del Estatuto de los Trabajadores.
ETT	Empresa/s de Trabajo Temporal.
FJ	Fundamento Jurídico.
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial.
IMSERSO	Instituto de Servicios Sociales y Migraciones.
INEM	Instituto Nacional de Empleo.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
<i>JS</i>	<i>Jurisprudencia Social</i> (Ministerio de Trabajo).
Jur	Fondo jurisprudencial base de datos <i>Aranzadi</i> .
LCT-1931	Ley de 21 noviembre 1931, de Contrato de Trabajo.
LCT-1944	Decreto de 26 enero 1944, aprobando el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 enero 2000.
LEC-1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 febrero 1881.
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, aprobando el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LGSS-1974	Decreto 2065/1974, de 30 mayo, aprobando el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, aprobando el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial.
LPDJ	Ley 38/1988, de 28 diciembre, de Demarcación y Planta Judicial.
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril, aprobando el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

LPL-1958	Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1958.
LPL-1963	Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1963.
LPL-1966	Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1966.
LPL-1973	Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1973.
LPL-1980	Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980.
LPL-1990	Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
SAN	Sentencia/s de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social).
SMAC	Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.
STC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional.
STCT	Sentencia/s del Tribunal Central de Trabajo.
STJCE	Sentencia/s del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STSJ	Sentencia/s del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social).
STS	Sentencia/s del Tribunal Supremo (Sala de lo Social).
STSud	Sentencia/s del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), dictada en casación para la unificación de doctrina.
TC	Tribunal Constitucional.
TCT	Tribunal Central de Trabajo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal/es Superior/es de Justicia.





---

PARTE PRIMERA

---

**INTRODUCCION**

---



---

## TEMA 1

### LA CIENCIA ESPAÑOLA DEL DERECHO DEL TRABAJO

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Ciencia y docencia del Derecho del Trabajo. §2. La etapa de nacimiento. §3. La etapa de consolidación. §4. La etapa de expansión. §5. Los porqués de su nacimiento contemporáneo.

§1. Si se acepta que la ciencia es un cuerpo de doctrina relativo a una rama concreta del saber humano, resulta entonces obligado concluir que la ciencia española del Derecho del Trabajo nació en el siglo XX y no antes<sup>1</sup>; y además, que se trata de una ciencia indisolublemente ligada a la docencia del Derecho del Trabajo en nuestro país<sup>2</sup>.

En Francia ocurrió también algo similar, pues la normalización de la asignatura denominada «Legislación Industrial» en el plan de estudios de las Facultades de Derecho francesas, cosa que sucedió en 1905 (antes, en 1889, había aparecido como optativa semestral)<sup>3</sup>, provocó con naturalidad que comenzasen a publicarse manuales en dicho país, con el mismo título de la asignatura universitaria en cuestión<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Evidentemente, la obra aislada o *unicum* no constituye ningún «cuerpo de doctrina». Tal es el caso, por ejemplo, de J. MONEVA Y PUYOL, *Derecho Obrero*, Oficina Tipográfica de Mariano Salas (Zaragoza, 1895), 384 y XX págs.; autor éste presumiblemente clérigo (el libro en cuestión posee incluso el *imprimatur* de cierto «Vicario Capitular») y luego Catedrático de Derecho Canónico de la Universidad de Zaragoza, cuyo propósito era jalearse la encíclica «Rerum Novarum» (1891) de León XIII, sobre la situación de los obreros, a lo que expresamente alude, indicando que escribía el libro «con sobrada osadía..., por no dejar a un lado en nuestros estudios una cuestión que, por Supremo Magisterio, ha sido declarada la más digna de ejercitar la inteligencia de los hombres» (pág. 10).

<sup>2</sup> Sobre bibliografía iuslaboralista antigua, imprescindible, véase L.E. DE LA VILLA GIL, *La Formación Histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares (Granada, 2003), págs. 123-134, 275-284 y 405-421.

<sup>3</sup> Este dato en P. DURAND y R. JAUSSAUD, *Traité de Droit du Travail*, t. I, Dalloz (París, 1947), pág. VII.

<sup>4</sup> Cfr., por ejemplo, G. BRY, *Cours Élémentaire de Législation Industrielle. Lois du travail et de la prévoyance sociale. Questions ouvrières*, 5ª ed., Sirey (París, 1912), 810 págs., que firma, entre otras cosas, como «encargado del curso de Legislación Industrial» en la Facultad de Derecho de la Universidad de Aix-Marsella; B. RAYNAUD, *Manuel de Législation Industrielle*, E. de Boccard (París, 1922), 427 págs., en el que se afirma que «este curso ha sido profesado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Aix-Marsella durante los tres años escolares 1919-1920, 1920-21 y 1921-22» (pág. V); G. SCALLE, *Précis Élémentaire de Législation Industrielle*, Sirey (París, 1927), 361 págs., confesando que se trata de un libro «destinado a estudiantes» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Dijon (pág. V); y P. PIC, *Traité Élémentaire de Législation Industrielle. Les lois ouvrières*, 6ª ed., Rousseau & Cie. (París, 1931), 1106 págs., firmado en su condición de «Profesor de Legislación Industrial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon».

Y lo mismo sucedió en Alemania —un poco más tarde— inmediatamente después de la proclamación de la República de Weimar, en 1919, pues con la aparición de los primeros profesores de nuestra disciplina en muy diversas Universidades alemanas (H.C. NIPPERDEY en la de Colonia, A. HUECK en la de Münster, E. JACOBI en la de Leipzig, W. KASKEL en la Humboldt de Berlín, etc.) comenzaron a publicarse allí los primeros manuales de Derecho del Trabajo (actualmente denominados por los laboristas alemanes, con admiración, «los grandes manuales [*die großen Lehrbücher*] del tiempo de Weimar»), habiendo sido el primero los *Grundzüge des Arbeitsrechts* (1921) de Hugo SINZHEIMER, que era «catedrático [*ordentlicher Honorarprofessor*]» de la Universidad de Frankfurt am Maine, desde 1920<sup>5</sup>.

En la evolución de la ciencia española del Derecho del Trabajo cabe distinguir tres etapas perfectamente diferenciadas, todas ellas muy condicionadas por los avatares de la docencia del Derecho del Trabajo aquí, que son la de su nacimiento, la de su consolidación y, por último, la de su expansión.

**§2.** La etapa de nacimiento comprende desde la Dictadura de Primo de Rivera hasta el final de la Segunda República, esto es, desde mediados de la década de los años veinte del siglo pasado hasta 1936.

Resulta significativo que la expresión «Derecho del Trabajo» aparezca ya utilizada en la exposición de motivos del Real Decreto-ley de 23 agosto 1926, aprobando el Código del Trabajo —sin duda, una de las normas laborales estelares del momento—, en la que se indicaba, literalmente, que «el Código no abarca todo el *derecho del trabajo*: es, por lo tanto, parcial, como sus congéneres».

Es una etapa marcada por la puesta en funcionamiento de las entonces denominadas Escuelas Sociales<sup>6</sup>, cuya creación se produjo durante la Dictadura de Primo de Rivera, a iniciativa del Subsecretario y luego Ministro de Trabajo Eduardo AUNOS PEREZ<sup>7</sup>. Estas Escuelas Sociales fueron originariamente seis: la de Madrid, creada en 1925<sup>8</sup>, las de Barcelona, Valencia, Zaragoza y Granada, creadas en 1929<sup>9</sup>, y la de Sevilla, creada en 1930<sup>10</sup>. Eran centros de enseñanza superior pero de carácter no universitario, pues dependían del Ministerio de Trabajo,

---

<sup>5</sup> Acerca de todo esto, fundamental, véase R. DUBISCHAR, «Zur Entstehung der Arbeitsrechtswissenschaft als Scientific Community. Eine Erinnerung», *Recht der Arbeit*, núm. 2 (1990), págs. 83 ss.

<sup>6</sup> Al respecto, véase J. MARTINEZ GIRON, «Los estudios sociales en la ciudad de Ferrol», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 9 (2005), págs. 1095 ss.

<sup>7</sup> Entre sus libros propagandísticos de la legislación por él mismo preconizada, destacan *Las Corporaciones de Trabajo en el Estado moderno*, Juan Ortiz ed. (Madrid, 1928); y *Estudios de Derecho Corporativo*, Reus (Madrid, 1930).

<sup>8</sup> Por Real Decreto-ley de 17 agosto 1925.

<sup>9</sup> Por Reales Ordenes de 26 febrero y 18 junio 1929, las dos primeras, y por Reales Ordenes de 14 septiembre 1929, las dos últimas.

<sup>10</sup> Por Real Orden de 12 noviembre 1930.

e impartían el título profesional (tempranamente llamado «diploma») de «Graduado Social»<sup>11</sup>.

Lógicamente, los profesores de estas Escuelas Sociales, al efecto de servir mejor la docencia sobre temas jurídico-laborales que tenían encomendada, comenzaron a publicar artículos de revista, monografías y manuales relativos a las asignaturas que impartían. Y estas obras constituyen el primer cuerpo de doctrina habido en España sobre lo que convencionalmente llamamos hoy «Derecho del Trabajo»<sup>12</sup>.

De entre estos profesores laboralistas de Escuelas Sociales de la época, cabe recordar especialmente algunos nombres ilustres<sup>13</sup>. Así, José CASTAN TOBENAS, Catedrático de Derecho Civil y profesor de la Escuela Social de Valencia, que publicó en 1929 una obra significativamente titulada «El Derecho Laboral (Apuntes para su construcción científica)»<sup>14</sup>. También, Carlos GARCIA OVIEDO, Catedrático de Derecho Administrativo y profesor de la Escuela Social de Sevilla, que publicó en 1934 unas «Consideraciones jurídicas acerca del Derecho del Trabajo»<sup>15</sup>, anticipo parcial de su *Tratado Elemental de Derecho Social*, cuya 1ª edición se publicó en Madrid, también el propio año 1934<sup>16</sup>. Y por último, Alejandro GALLART FOLCH, profesor de la Escuela Social de Barcelona, autor de alguna espléndida

<sup>11</sup> Cfr. Real Decreto de 19 octubre 1930, por el que se transforma el Servicio de Cultura Social del Ministerio de Trabajo y Previsión en un Instituto con propia personalidad y se regulan las enseñanzas en las Escuelas Sociales.

<sup>12</sup> La aparición de este primer «cuerpo de doctrina» estimuló la publicación de obras generales sobre nuestra disciplina, pero creadas al margen de la docencia impartida en las Escuelas Sociales, y concebidas bien con finalidad igualmente docente (cfr., por ejemplo, C. BERNALDO DE QUIROS, *Derecho Social*, Reus [Madrid, 1932], 176 págs., que firma como «Jefe del Servicio de Política Social del Ministerio de Trabajo y Previsión», y constando su utilidad como temario de oposiciones a los cuerpos de funcionarios del propio Ministerio; J. M. ALVAREZ, *Derecho Obrero*, Reus [Madrid, 1933], 378 págs., que firma como «Profesor de la asignatura en la Escuela Elemental de Trabajo de Oviedo»; o P. CALLEJO DE LA CUESTA, *Derecho Social*, Librería General de Victoriano Suárez [Madrid, 1935], 332 págs., orientado a responder «el programa de oposiciones a la judicatura»), bien con una finalidad confesada meramente práctica (en el caso, por ejemplo, de J. DE HINOJOSA FERRER, *El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado [Madrid, 1933], 308 págs., que era Juez de 1ª Instancia e hijo del catedrático de Historia del Derecho Eduardo DE HINOJOSA).

<sup>13</sup> Cfr., además, L. MARTIN-GRANIZO y M. GONZALEZ-ROTHVOSS, *Derecho Social*, 2ª edición, Reus (Madrid, 1932), 399 págs., profesores ambos de la Escuela Social de Madrid; y A. MADRID, *Derecho Laboral Español*, Victoriano Suárez (Madrid, 1936), 380 págs., del que sólo consta su condición de «abogado», aunque no deja de resultar significativo que en este libro afirme que «en el momento actual se encuentran suprimidas las Escuelas Sociales por D. de 30 de octubre de 1935 habiendo sido sustituidas (¿hasta cuándo?) por una sola Escuela de Enseñanzas Sociales en Madrid, donde se admite la enseñanza libre para todos los nacionales, cualquiera que sea su residencia» (pág. 345).

<sup>14</sup> *Revista Laboral*, núm. 3 (1929), págs. 37-43, concluyendo —a propósito de «La cuestión de la autonomía del derecho laboral»— que «hoy por hoy, es un hecho indudable que la reglamentación del trabajo se desenvuelve completamente fuera de las clásicas estructuras del derecho privado» (pág. 42).

<sup>15</sup> *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 164-núm. 1, págs. 5-35, afirmando que se trata de «un derecho obrero propiamente dicho» (pág. 12), de «un Derecho tutelar» (pág. 16), de «un Derecho público» (pág. 17) y de «un Derecho social» (pág. 18).

<sup>16</sup> Ed. Victoriano Suárez, 795 págs. Según J. CASTAN, «tiene este Tratado el indudable mérito de constituir el primer ensayo de libro sistemático sobre una disciplina que cuenta ya en el extranjero con copiosa literatura» (cfr. su recensión del mismo en *Revista de Derecho Privado*, núm. 266 [1935], pág. 413).

monografía que todavía conserva intacto buena parte de su interés doctrinal<sup>17</sup>, y sobre todo del mejor manual de Derecho del Trabajo de aquel momento, titulado *Derecho Español del Trabajo*, publicado en Barcelona en 1936<sup>18</sup>.

§3. La segunda etapa, que es la etapa de consolidación de nuestra ciencia, comprende en términos generales desde 1944 hasta 1983, y viene a coincidir prácticamente en su integridad con el franquismo y la transición política inmediatamente subsiguiente a dicho régimen.

Es una etapa marcada por un acontecimiento trascendental para nosotros, que fue la incorporación del Derecho del Trabajo a la enseñanza propiamente universitaria<sup>19</sup>. En efecto, en 1944 se produjo la inclusión de una asignatura con ese mismo nombre en el plan de estudios de las Facultades de Derecho españolas<sup>20</sup>. Y esta inclusión se consolidó definitivamente al aprobarse el plan de estudios de 1953, todavía vigente en algunas Facultades de Derecho —como la nuestra de A Coruña—, que confirmó la ubicación de la asignatura «Derecho del Trabajo» en el cuarto curso de la Licenciatura en Derecho<sup>21</sup>.

En 1965 se autorizaron planes «especiales», distintos del general, en las Facultades de Derecho de Sevilla y Valencia<sup>22</sup>, que multiplicaron la docencia en ellas del Derecho del Trabajo, al desdoblarse en «Parte general y contratos de trabajo», asignatura de carácter común impartida en tercer curso, y «Seguridad Social» y «Derecho Sindical», asignaturas de iniciación a la especialización impartidas en cuarto o quinto cursos<sup>23</sup>.

Lógicamente, esta incorporación del Derecho del Trabajo a la Universidad provocó la aparición de iuslaboralistas universitarios, siendo

<sup>17</sup> Por ejemplo, su libro *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Bosch (Barcelona, 1932), 311 págs.

<sup>18</sup> Ed. Labor, SA, 431 págs.

<sup>19</sup> Ya en 1932 se jaleaba «la necesidad, que estimo apremiante, de incluir en la carrera de Derecho una asignatura que estudie el aspecto jurídico de la llamada cuestión social, o más concretamente dicho, el derecho corporativo y del trabajo» (cfr. M. ROYO MARTINEZ, «Una innovación necesaria en la carrera de Derecho», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. CLXI [1932], pág. 754). Según J. CASTAN TOBEÑAS, «El Derecho Social. En torno a los diversos criterios de definición y valoración de esta nueva categoría jurídica», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 169-núm. 6 (1941), pág. 537, «hoy por hoy no figura en el cuadro de enseñanzas de la Licenciatura, en las Facultades de Derecho, el estudio del Derecho del Trabajo, y sólo hay, en el Doctorado, una cátedra de *Política social y legislación comparada del trabajo* de escasa eficacia por su contenido extensísimo».

<sup>20</sup> Por Decreto de 7 julio de dicho año, de ordenación de la Facultad de Derecho.

<sup>21</sup> Cfr. Decreto de 11 agosto de dicho año (artículo 10).

<sup>22</sup> Cfr. Orden Ministerial de 13 agosto de dicho año.

<sup>23</sup> Para más detalles, véanse Resoluciones de la Dirección General de Enseñanza Universitaria de 16 octubre 1967 y 11 enero 1968, aprobando los cursos cuarto y quinto de los planes de estudios de las Facultades de Derecho de las Universidades de Sevilla y Valencia, respectivamente. Sobre el tema, M.R. ALARCON CARACUEL, «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en el Vol. *La enseñanza del Derecho en España*, Tecnos (Madrid, 1987), págs. 206 ss.

Eugenio PEREZ BOTIJA, catedrático de la Universidad de Madrid, el primer catedrático español de Derecho del Trabajo, aunque en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de dicha Universidad<sup>24</sup>.

Las primeras cinco hornadas de oposiciones a cátedras universitarias de Derecho del Trabajo en nuestras Facultades de Derecho tuvieron lugar en 1956, 1958, 1962 y 1969 (dos). En la de 1956, Gaspar BAYON CHACON ganó la cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid<sup>25</sup>. En la de 1958, Manuel ALONSO OLEA la de la Universidad de Sevilla (luego permutada por la de Murcia, para acabar profesando definitivamente en la segunda cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid)<sup>26</sup>, y Manuel ALONSO GARCIA la de la Universidad de Barcelona<sup>27</sup>. En la de 1962, Efrén BORRAJO DACRUZ la de la Universidad de Valencia (luego obtuvo la de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid, vacante tras el fallecimiento de su primer titular)<sup>28</sup>, y Miguel RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER la de la Universidad de Murcia (que permutó luego por la de Sevilla)<sup>29</sup>. Y en las dos de 1969, Luis Enrique DE LA VILLA GIL la de la Universidad de Valencia<sup>30</sup>, Fernando SUAREZ GONZALEZ la de la Universidad de Oviedo<sup>31</sup>, Alfredo MONTOYA MELGAR la de la Universidad de Murcia<sup>32</sup>, José CABRERA BAZAN la de la Universidad de Santiago de Compostela<sup>33</sup>, y Juan RIVERO LAMAS la de la Universidad de Zaragoza<sup>34</sup>.

<sup>24</sup> Por Decreto de 7 julio 1944, de ordenación de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, se había dotado en dicha Facultad de la Universidad de Madrid una cátedra «de Política Social y Derecho del Trabajo» (artículo 56). E. PEREZ BOTIJA era originariamente administrativista, habiendo ganado en 1940 la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia.

<sup>25</sup> Cfr. el vol. *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos (Madrid, 1980), 582 págs.

<sup>26</sup> Cfr. el vol. *La obra científica de Manuel Alonso Olea (En sus XXV años como catedrático de Derecho del Trabajo)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad (Murcia, 1983), 211 págs; también, el vol. *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al Profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1990), 519 págs.; y J. MARTINEZ GIRON, «Don Manuel Alonso Olea, In Memoriam», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 7 (2003), págs. 949 ss.

<sup>27</sup> Cfr. el vol. *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Marcial Pons (Madrid, 1995), 571 págs.

<sup>28</sup> Cfr. el vol. *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1999), 671 págs.

<sup>29</sup> Cfr. el vol. *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley-Actualidad (Madrid, 2006), 1143 págs.

<sup>30</sup> Cfr. el vol. *El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova (Valladolid, 2001), 1068 págs.

<sup>31</sup> Cfr. el vol. *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2003), 711 págs.

<sup>32</sup> Cfr. el vol. *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (Madrid, 1996), 413 págs.

<sup>33</sup> Cfr. el vol. *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales-Tecnos (Madrid, 1999), 378 págs.

<sup>34</sup> Cfr. *Proyecto Social. Revista de la Escuela Universitaria de Graduados Sociales de Teruel*, núm. 3 [«En homenaje al profesor Dr. Juan Rivero Lamas (Por sus 25 años al frente de la Cátedra de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza)»] (1995), 245 págs.

Provocó, también, el que comenzase a investigarse el Derecho del Trabajo con instrumentos típicamente universitarios, como son las tesis doctorales, siendo la primera tesis doctoral publicada en España sobre temas jurídico-laborales, en 1953, la de Manuel ALONSO OLEA.

Esta tesis doctoral, de una modernidad que debió sorprender en su época, trataba de «La configuración de los sindicatos norteamericanos»<sup>35</sup>, y fue juzgada, según se hace constar en ella, por un tribunal «formado por los Catedráticos señores GUASP, GASCON Y MARIN, JORDANA, MALDONADO y CONDE».

Y provocó, sobre todo, el que se formase un sólido cuerpo de doctrina iuslaboralista hecha en la Universidad, con grandes manuales, monografías y estudios de todo tipo, que acabó imponiéndose a la doctrina iuslaboralista que continuaba haciéndose todavía en las Escuelas Sociales<sup>36</sup>.

Monografías de la época sobre las que no pasa el tiempo, por ejemplo, son las dos de M. ALONSO OLEA, que aún firma como profesor adjunto de Derecho del Trabajo, sobre *Pactos colectivos y contratos de grupo*, de 1955<sup>37</sup>, y sobre *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, de 1957<sup>38</sup>.

En cuanto a los manuales, marcó las diferencias universitarias en su día E. PEREZ BOTIJA, *Curso de Derecho del Trabajo*, 1ª edición de 1948<sup>39</sup>; y luego, E. PEREZ BOTIJA y G. BAYON CHACON, *Manual de Derecho del Trabajo*, 1ª edición (en dos volúmenes) de 1957-1958<sup>40</sup>. Y rompedor y ordenador, M. ALONSO OLEA, *Instituciones de seguridad social*, 1ª edición de 1959<sup>41</sup>, que firma ya como catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

<sup>35</sup> En Revista de Estudios Políticos, núm. 70 (1953), págs. 107-151, y núm. 71 (1953), págs. 41-92.

<sup>36</sup> En cuanto a los manuales, véanse A. DE AGUINAGA TELLERIA, *Teoría del Derecho del Trabajo. Conceptos fundamentales* (Madrid, 1954), 147 págs., que firma como «Doctor en Derecho, Graduado Social, Inspector General Técnico de Trabajo, Profesor de la Escuela Social de Madrid y del Real Colegio de Estudios Superiores de María Cristina de El Escorial»; y M. HERNAINZ MARQUEZ, *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*, 7ª edición, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1955), 957 págs., que firma como Inspector Fiscal, 150 Magistrado de Trabajo y profesor de la Escuela Social de Granada. Monografía que aún resulta útil es la de M. UCELAY REPOLLES, *Previsión y seguros sociales*, Gráficas González (Madrid, 1955), 713 págs., también profesor de la Escuela Social de Madrid.

<sup>37</sup> Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 213 págs. En el libro «se hace constar que este trabajo, una primera versión del cual fue escrito y presentado para oposiciones a Cátedra de Universidad, se publica al amparo de la Orden del Ministerio de Educación Nacional de 8 de octubre de 1954, transcurrido el tiempo y cumplidos los requisitos establecidos en la misma» (pág. 12).

<sup>38</sup> Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 261 págs.

<sup>39</sup> Tecnos, Madrid, 548 págs. Según M. ALONSO OLEA, «La personalidad científica de Eugenio Pérez Botija», en el vol. *Estudios en memoria del profesor Eugenio Pérez Botija*, t. I, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1970), se trata de su «obra básica», en la que «está el germen de nuestra disciplina científicamente concebida», visto que en ella se «superó el dilema de si el Derecho del Trabajo era un Derecho público o un Derecho privado» y, además, porque «en este libro es donde se da el salto desde la Política Social al Derecho Positivo» (págs. 46-47). El *Curso* en cuestión llegó a alcanzar una 6ª edición, Tecnos (Madrid, 1960), 608 págs.

<sup>40</sup> Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 836 págs. Este *Manual* llegó a alcanzar una 12ª edición (revisada y puesta al día por F. VALDES DAL-RE), Marcial Pons (Madrid, 1978-1979).

<sup>41</sup> Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 262 págs.



La más lúcida reflexión crítica hecha pública en la época sobre bibliografía iuslaboralista española y extranjera, en M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 1ª edición de 1962<sup>42</sup>, en la que se afirma que «los antecedentes inmediatos de este libro, si de tales puede hablarse, están en los estudios sobre concepto, método y fuentes del Derecho del Trabajo que hube de escribir para las oposiciones a cátedras de la disciplina»<sup>43</sup>.

§4. La etapa de expansión es la etapa actual, y comienza con la promulgación de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 agosto, de Reforma Universitaria, recientemente derogada por la vigente Ley Orgánica 6/2001, de 21 diciembre, de Universidades (popularmente llamada LOU). Es una etapa caracterizada por el crecimiento sin precedentes del cuerpo de doctrina universitaria relativo a temas jurídico-laborales y de Seguridad Social.

En materia de revistas especializadas de ámbito nacional, baste indicar —frente a la etapa anterior— que se ha cuadruplicado su número, habiéndose pasado de las sólo tres tradicionales (*Revista de Trabajo*, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social* y *Revista de Política Social*) a la existencia de más de una decena de ellas (*Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, *Actualidad Laboral*, *Relaciones Laborales*, *Documentación Laboral*, *Temas Laborales*, *Tribuna Social*, *Aranzadi Social*, *Revista de Derecho Social*, *Justicia Laboral*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, etc.).

Este crecimiento espectacular explica asimismo la necesidad actual, en tantos casos, de realizar los manuales de la disciplina precisamente en coautoría<sup>44</sup>. Una prueba elocuente de ello, por ejemplo, en el fundamental *Derecho del Trabajo* de M. ALONSO OLEA, cuya 1ª edición apareció en 1971<sup>45</sup>, pero publicado desde la *Actualización* a la 11ª edición de 1990, y hasta la actualidad, en coautoría con M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE<sup>46</sup>.

Hoy, además, ya no resulta ningún hecho insólito la cita de doctrina científica iuslaboralista con nombres y apellidos por parte de la jurisprudencia laboral, aunque sólo en la creada por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos<sup>47</sup>. Todo ello, a diferencia de lo que ocurría en la etapa anterior, en la que aparentemente sólo cabe mencionar una sentencia de 1968 con cita nominal de un autor (argentino, para mayor sorpresa)<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 194 págs.

<sup>43</sup> Págs. 1-2. La citada «selección bibliográfica» crítica (con referencias, aparte de a España y a lo que denomina bibliografía «internacional», también a Hispanoamérica, Francia, Italia, Alemania, Gran Bretaña, Estados Unidos e incluso Rusia), en págs. 179-194.

<sup>44</sup> Una excepción clásica, por su carácter omnicomprensivo, su pedagogía extrema y sobre todo por su autoría tenazmente individual, es A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Tecnos (Madrid, 2005), 813 págs.

<sup>45</sup> Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 585 págs.

<sup>46</sup> Cfr. ahora M. ALONSO OLEA y M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23ª edición, Civitas (Madrid, 2005), 1299 págs.

<sup>47</sup> Acerca del tema, M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª edición, Civitas (Madrid, 2002), pág. 28, nota 19, ha escrito con toda su autoridad lo siguiente: «En realidad la ignorancia mutua es fingida; pero los serios de ambos gremios la mantendrán, y harán bien, mientras por ambos no se abandone el silencio, y pasen a citarse nominativamente —la cita impersonal, la *jurisprudencia* es muy frecuente en la doctrina; la *doctrina* siempre impersonal en la jurisprudencia lo es mucho menos— en sus sentencias los unos, en sus libros los otros. Entre tanto son el Juez y el Magistrado los que en general se condenan a ser desconocidos *qua* juristas».

<sup>48</sup> Se trataba de TISSEMBAUM, expresamente citado en una STCT de 13 febrero 1968 (*Información Laboral* [Ed. Lex Nova] de 1968, ref. 997), a propósito de la distinción dogmática entre conflictos individuales y colectivos.

Como es lógico, dicho crecimiento está cuantitativamente condicionado por el fenómeno de la creación de nuevas Universidades Públicas nacionales —en las que acabaron integrándose las viejas Escuelas Sociales, ahora llamadas Escuelas Universitarias de Relaciones Laborales<sup>49</sup>—, pues a partir de 1983 casi se duplicó su número hasta llegar a las 48 actuales, con la lógica dotación de las correspondientes plazas de profesores universitarios funcionarios y, entre ellos, los encargados de la docencia en lo que ahora se denomina legalmente área de conocimiento de «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social»<sup>50</sup>.

En los nuevos planes de estudios universitarios estructurados por créditos, se adscriben exclusivamente a esta área de conocimiento, en la Licenciatura en Derecho, la materia troncal «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social» (con 7 créditos)<sup>51</sup>; y entre otras varias Diplomaturas y Licenciaturas, en la Diplomatura en Relaciones Laborales, las materias troncales «Derecho del Trabajo» (con 12 créditos), «Derecho de la Seguridad Social» (con 10 créditos) y «Derecho sindical» (con 10 créditos)<sup>52</sup>.

Pero se trata, también, de un crecimiento cualitativamente condicionado por el peculiar sistema de acceso a los cuerpos estatales de profesorado universitario funcionario, pues desde 1983 lo que tradicionalmente más viene pesando para el acceso en las áreas de conocimiento jurídicas a los cuerpos estatales de profesores universitarios doctores —esto es, catedráticos de universidad, profesores titulares de universidad y catedráticos de escuela universitaria<sup>53</sup>— es la trayectoria investigadora, materializada en publicaciones científicas actuales y potenciales<sup>54</sup>, de los eventuales aspirantes.

---

<sup>49</sup> El proceso lo inició el Real Decreto 1524/1986, de 13 junio, por el que se dispuso la incorporación a la Universidad de las enseñanzas de Graduado Social.

<sup>50</sup> Cfr. Anexo («Catálogo de áreas de conocimiento») del Real Decreto 1888/1984, de 26 septiembre, por el que se regulan los concursos para la provisión de plazas de los cuerpos docentes universitarios; y Anexo II («Catálogo de áreas de conocimiento a los efectos de las pruebas de habilitación y concursos de acceso a Cuerpos Docentes Universitarios») del Real Decreto 774/2002, de 26 julio, por el que se regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a Cuerpos de Funcionarios Docentes Universitarios y el régimen de los concursos de acceso respectivos.

<sup>51</sup> Cfr. Real Decreto 1424/1990, de 26 octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Derecho y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél, parcialmente modificado por Real Decreto 1561/1997, de 10 octubre, y por Real Decreto 861/2001, de 20 julio.

<sup>52</sup> Cfr. Real Decreto 1429/1990, de 26 octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Diplomado en Relaciones Laborales y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél.

<sup>53</sup> Tras la LOU, se ha producido en nuestra área de conocimiento la fusión de los cuerpos de profesores titulares de universidad y de catedráticos de escuela universitaria, visto lo que dispone el Anexo III del Real Decreto 774/2002, citado.

<sup>54</sup> Tras la LOU, la tercera y última prueba de la habilitación de profesores titulares de universidad y catedráticos de escuela universitaria, y la segunda y última de la de catedráticos de universidad, consiste en la exposición o presentación y debate con la comisión juzgadora «de un trabajo original de investigación» (artículos 59.2 y 60.2).

Acentúan igualmente este factor cualitativo los popularmente llamados «sexenios» —a través de los cuales se certifica oficialmente la calidad de la actividad investigadora realizada (y en las áreas de conocimiento jurídicas, publicada) durante el período de seis años de que se trate—, que comenzaron siendo un mero complemento retributivo, pero que han acabado convirtiéndose tras la LOU en verdadero elemento de jerarquización del profesorado universitario funcionario, al exigirse tener al menos dos de tales «sexenios» para poder participar como miembro en las comisiones de habilitación nacional de catedráticos de universidad, y al menos uno, en las de profesores titulares de universidad y profesores titulares de escuela universitaria (y también, para poder participar como miembro en las correspondientes comisiones de concursos internos de acceso a todos esos cuerpos)<sup>55</sup>.

**§5.** Para concluir, alguna explicación debe darse acerca del por qué del nacimiento tan tardío de la ciencia española del Derecho del Trabajo; esto es, por qué se trata de una ciencia radicalmente contemporánea, nacida en el pasado siglo XX, como se dijo, y no antes.

Pues bien, hasta el siglo XVIII dicho nacimiento resultó imposible por falta de base o sustrato que permitiesen teorizar, dado que hasta 1783 el «trabajo manual»<sup>56</sup> fue sistemáticamente considerado en España como una actividad vil y despreciable<sup>57</sup>, no susceptible de poder dar lugar por ello mismo a ninguna ciencia rigurosa sobre él, que debiese enseñarse.

Esta tradicional indignidad y vileza del trabajo manual hunde sus raíces en la propia etimología de la palabra «trabajar», que viene «del latín vulgar TRIPALIARE “torturar”»,

<sup>55</sup> Siempre según la LOU, la denominación oficial del «sexenio» es la de «período de actividad investigadora de acuerdo con las previsiones del Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, de retribuciones del profesorado universitario, o norma que lo sustituya» (artículo 57.4).

<sup>56</sup> Quienes desempeñaban un trabajo intelectual puro (por ejemplo, los médicos) eran tradicionalmente calificados en la legislación española como «profesores»; y con este sentido, utiliza todavía el vocablo nuestro Código Civil (artículos 1967-2º y 1494, este último claramente referido al veterinario). Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, *La contratación laboral de servicios profesionales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad (Santiago de Compostela, 1988), págs.13-14.

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, la ley 25 del título 21 de la Partida 2ª, del siglo XIII, relativa a por qué razones pierde el caballero honra de caballería, según la cual esta honra se perdía «si usase públicamente el mismo de mercadería, o obrase de algún vil menester de manos, por ganar dinero, no seyendo cautivo»; o Declaración de Juan II en las Cortes de Valladolid celebradas en 1447 (luego reproducida como ley 3 del título 1 del libro 6 de la Nueva Recopilación de las Leyes de España de 1567), relativa a ser «público, y notorio, que... [los caballeros] no viven por oficios de sastres, ni de pellejeros, ni de carpinteros, ni de pedreros, ni herreros, ni tundidores, ni barberos, ni especieros, ni recatones, ni zapateros, ni usando otros oficios bajos, y viles»; o Pragmática de Carlos II de 13 diciembre 1682 (reproducida como auto acordado 2º del título 12 del libro 5 de la Nueva Recopilación, citada), en la que se afirma que «el mantener, ni haber mantenido fábricas... no ha sido, ni es contra la calidad de la Nobleza... con tanto que, los que hubieren mantenido, o en adelante mantuvieren, u de nuevo tuvieren fábricas, ni labren ellas por sus propias personas, sino por las de sus menestrales y oficiales». Sobre el tema de «la minusvaloración del trabajo en España», clásico, véase E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 13ª edición, Tecnos (Madrid, 2003), pág. 80.

derivado de TRIPALIUM “especie de cepo o instrumento de tortura”, compuesto de TRES y PALUS por los tres maderos que conformaban dicho instrumento»<sup>58</sup>.

A la indignidad y vileza en cuestión puso fin formalmente la Real Cédula de Carlos III de 18 marzo 1783, sobre «habilitación para obtener empleos de República los que ejercen artes y oficios, con declaración de ser éstos honestos y honrados»<sup>59</sup>.

Esta norma fue promulgada en un contexto de pensamiento ilustrado, caracterizado por su confianza absoluta precisamente en el trabajo manual (las «artes», se decía entonces) como factor decisivo para alcanzar «la Felicidad de la Nación»<sup>60</sup> y, además, por su proclamación del «derecho que tiene el hombre a trabajar» —también novedad del siglo XVIII— como un «derecho absoluto, que abraza todas las ocupaciones útiles, y que tiene tanta extensión como el de vivir o conservarse»<sup>61</sup>.

Y durante todo el siglo XIX, por la sencilla razón de que no había materiales jurídico-laborales sobre los que poder construir ninguna ciencia, pues las leyes laborales significativas empezaron a promulgarse en España a partir de 1900; y además, porque sólo a partir de 1908 pudo comenzar a haber sentencias propiamente laborales, tras la puesta en funcionamiento de nuestros tribunales industriales<sup>62</sup>. Leyes y sentencias, específicamente laborales, que constituyen el peculiar objeto estudiado por nuestra ciencia.

A pesar de su dignificación formal en 1783, el trabajo manual o «mecánico»<sup>63</sup> continuó considerándose socialmente como indigno y despreciable durante mucho tiempo

<sup>58</sup> Cfr. J. COROMINAS, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, vol. IV, Gredos (Madrid, 1954), pág. 520.

<sup>59</sup> Aparece reproducida como ley 8 del título 23 del libro 8 de la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805, según la cual «Declaro, que no sólo el oficio de curtidor, sino también los demás artes y oficios de herrero, sastrero, zapatero, carpintero y otros a este modo son honestos y honrados: que el uso de ellos no envilece la familia ni la persona del que los ejerce; ni la inhabilita para obtener los empleos municipales de la República en que estén vecindados los artesanos o menestrales que los ejerciten; y que tampoco han de perjudicar las artes y oficios para el goce y prerrogativas de la hidalguía..., aunque los ejercieren por sus mismas personas, siendo exceptuados de esta regla los artistas o menestrales, o sus hijos que abandonaren su oficio o el de sus padres, y no se dedicaren a otro, o a cualesquiera arte o profesión con aplicación o aprovechamiento, aunque el abandono sea por causa de riqueza y abundancia; pues en tal caso, viviendo ociosos y sin destino, quiero, les obsten los oficios y estatutos como hasta de presente...».

<sup>60</sup> Cfr. Conde de CAMPOMANES, «Discurso sobre el fomento de la industria popular» de 1774, citado por la edición de J. REEDER, Instituto de Estudios Fiscales (Madrid, 1975), pág. 123. Este concepto, tan de moda en la época, trascendió incluso a la Constitución de 1812, cuyo art. 13 afirmaba que «el objeto del Gobierno es la Felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bien estar de los individuos que la componen».

<sup>61</sup> Cfr. M.G. DE JOVELLANOS, «Informe sobre el libre ejercicio de las artes» de 1785, citado por V. DE LINARES Y PACHECO (editor), *Obras del excelentísimo señor don Melchor Gaspar de Jovellanos*, t. VI, Imp. de D. Francisco de Oliva (Barcelona, 1840), pág. 226. En este punto, la influencia de TURGOT sobre JOVELLANOS resulta evidente; y así lo puso de relieve —señalando, además, el «indiscutible fondo calvinista» de esta tesis— G. BAYON CHACON, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Tecnos (Madrid, 1955), pág. 267.

<sup>62</sup> En sentido estricto, se trataba todavía de sentencias «obreras». Acerca de la transición en España de la legislación obrera a la legislación propiamente laboral, véase *infra*, Tema 6, §4.

<sup>63</sup> El artículo 660.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigente hasta prácticamente anteayer, entendía todavía —a efectos de la tacha de testigos— «por criado... el que viva en las casas del litigante y le preste en ellas *servicios mecánicos* mediante un salario fijo, y por dependiente el que le preste habitualmente *servicios retribuidos* al que lo hubiere presentado por testigo, aunque no viva en su casa». La LCT-1931 todavía reputaba «trabajadores», entre otros varios, «los obreros y operarios especializados o no en oficios, profesiones *manuales o mecánicas*, y los que ejerzan trabajos triviales ordinarios» (artículo 6).

después<sup>64</sup>, coexistiendo esta indignidad social suya con el mantenimiento —vergonzoso— del fenómeno de la esclavitud negra en nuestras colonias ultramarinas de Cuba y Puerto Rico; esclavitud que no fue definitivamente abolida por España hasta 1886<sup>65</sup>.

Lo que se enseñaba en las universidades españolas del siglo XIX, a propósito del trabajo obrero, lo evidencian los tratados, manuales, cursos, etc., sobre «economía política» publicados en España en aquella época. En ellos, con absoluta frialdad y en congruencia con el ultraliberalismo económico entonces dominante en Europa, se explicaba —obviando el tema de la «cuestión social»— que existe «un verdadero mercado para el trabajo de los obreros»<sup>66</sup>, en el que «el precio de los jornales, como el de todas las cosas, se arregla por el debate contradictorio entre el empresario que demanda el trabajo y el obrero que lo ofrece»<sup>67</sup>, o, también, que «el salario, como cualquier otra mercancía, tiene su precio natural y su precio corriente o del mercado»<sup>68</sup>; todo ello, porque entonces se consideraba «axioma» la afirmación relativa a «que el trabajo nunca es tan productivo como cuando es enteramente libre, y por consiguiente los reglamentos coercitivos y las medidas penales dirigidas a imponerle condiciones y a intervenir contra la voluntad de los particulares, es contrario al adelanto y desarrollo de la producción»<sup>69</sup>.

Con todo, en alguno de estos libros también se advertía que «el trabajador no tiene más renta que su salario; éste, pues, debe ser suficiente para satisfacer todas sus necesidades», pues «si así no fuera, él no serviría sino para aumentar una población miserable, inquieta, criminal, enemiga del poder, hostil a todos los derechos»<sup>70</sup>.

<sup>64</sup> Lo prueba elocuentemente, por ejemplo, en el plano estrictamente jurídico, una STS (Sala 1ª) de 25 febrero 1860, rechazando la demanda de cierto señorito de la época a quien califica expresamente de «holgazán» (cfr. resultado 2º), que aducía —para pretender la condena judicial de sus padres a alimentarlo— el argumento de que «en la posición de su padre, que era un propietario acomodado, no correspondía que su hijo fuera un mero bracero o jornalero»; argumento que el TS rechazó, visto que «es mayor de edad, tiene la robustez necesaria para dedicarse al trabajo y sabe el oficio de cerrajero, que aprendió y practicó en los talleres de su padre; por todo lo cual no está éste obligado a alimentarlo, a no ser en caso de imposibilidad física» (considerando 2º).

<sup>65</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, *Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1857-1891)*, Civitas (Madrid, 2002), especialmente págs. 12 ss.

<sup>66</sup> M. COLMEIRO, *Tratado Elemental de Economía Política*, vol. I (Madrid, 1845), pág. 250.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pág. 253.

<sup>68</sup> M. CARRERAS Y GONZALEZ, *Tratado didáctico de Economía Política* (Madrid, 1881), pág. 330.

<sup>69</sup> A. BORREGO, *Principios de Economía Política* (Madrid, 1844), pág. 16. Aplicando este axioma, J. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *Tratado de economía política aplicada a España* (Madrid, 1831), págs. 126-127, afirma lo siguiente: «por lo general el salario de los obreros, es tan reducido, que apenas excede de lo absolutamente indispensable para su subsistencia y para la de su familia, reglada por los usos y costumbres del país, lo que consiste en que, si subiera demasiado, favorecería la multiplicación de los obreros, y les perjudicaría a todos, pues sus servicios serían más ofrecidos que demandados, y volverían a bajar aún más de lo que estaban».

<sup>70</sup> Véase A. FLOREZ DE ESTRADA, *Curso de Economía Política*, 5ª edición (Madrid, 1840), pág. 385.



---

## TEMA 2

### LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

---

Xosé Manuel Carril Vázquez

**Sumario:** §1. Las fuentes de conocimiento del Derecho del Trabajo. §2. Las normas laborales constitucionales. §3. Las normas laborales internacionales. §4. Las normas laborales estatales. §5. Las normas laborales autonómicas. §6. Las normas sectoriales. §7. Las normas laborales consuetudinarias. §8. La jurisprudencia laboral. §9. La desasosegante inestabilidad de las fuentes normativas laborales con rango de ley.

§1. Como se sabe, la expresión «Fuentes del Derecho» es una metáfora jurídica<sup>1</sup>, que puede admitir muy diversos significados. Aquí la utilizamos en el sentido de fuentes de conocimiento del Derecho del Trabajo, para aludir a aquellos lugares o sedes —por proseguir con la metáfora— donde cabe buscar y encontrar criterios de justicia con los que poder resolver conflictos de trabajo.

El otro gran sentido posible de la metáfora se refiere a las denominadas «fuentes de producción», esto es, los sujetos o fuerzas sociales con poder para crear Derecho<sup>2</sup>, que en el caso del Derecho del Trabajo obligaría a referirse, por ejemplo, al empresario o sus representantes y a los sindicatos<sup>3</sup>.

Así conceptuadas las fuentes, el artículo 3 del ET no resulta un precepto útil a efectos de determinar cuáles sean las fuentes del Derecho del Trabajo —a pesar de que su rúbrica es la de «Fuentes de la relación laboral»—, pues las mencionadas por él ni son todas las que están<sup>4</sup> ni están todas las que son. En realidad, las fuentes de conocimiento del Derecho del Trabajo están reguladas en la LPL, y, más en concreto, en sus artículos 191.c), 205.e) y 217, que agrupan todas esas fuentes de conocimiento del Derecho del Trabajo en dos grandes apartados genéricos.

---

<sup>1</sup> Empleada por el Código Civil para rubricar el Capítulo I de su Título Preliminar.

<sup>2</sup> Por todos, véase F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas (Madrid, 1984), págs. 328 y 329.

<sup>3</sup> Véase M. ALONSO OLEA y M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23<sup>a</sup> edición, Civitas (Madrid, 2005), pág. 606.

<sup>4</sup> La «voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo», mencionada en el apartado l.c) de dicho precepto, no es verdadera fuente del Derecho del Trabajo.

Por supuesto, este planteamiento relativo a las fuentes no resulta novedoso. Se apoya en la conocida polémica doctrinal, mantenida en 1947 por Alvaro D'ORS frente a Federico DE CASTRO, en la que el primero concluía —con aplastantes razonamientos— que las fuentes del Derecho no estaban reguladas en el Código Civil (cuyo articulado ni siquiera mencionaba la jurisprudencia)<sup>5</sup>, sino en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a propósito del recurso de casación por infracción de «ley» o de «doctrina legal» (esto es, de jurisprudencia)<sup>6</sup>.

Estos dos grandes apartados genéricos se refieren, de un lado, a las normas laborales, que pueden ser, a su vez, constitucionales, internacionales, estatales, autonómicas, sectoriales y consuetudinarias; y de otro lado, a la jurisprudencia laboral.

Estas son las denominadas fuentes de conocimiento «directas», por oposición a la doctrina científica o de los autores, que tiene el carácter de fuente de conocimiento «indirecta», a pesar de que la «función de la doctrina científica en orden a la fijación de unos criterios de entendimiento y aplicación de la norma jurídica es, evidentemente, de superlativa importancia»<sup>7</sup>.

**§2. Las normas laborales constitucionales son, en principio, los preceptos de contenido laboral recogidos en la CE, que en 2003 cumplió sus veinticinco años. Al igual que la generalidad de Constituciones europeas posteriores a la segunda guerra mundial, la nuestra contiene múltiples referencias a aspectos laborales<sup>8</sup>, sobre todo en su Título I.**

Más en concreto, en sus artículos 25, 28, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 49 y 50. Otras, no menos importantes, aparecen recogidas en su Título Preliminar (artículos 1.1 y 7), en su título VII (artículo 129) y en su título VIII (artículos 148 y 149).

Los preceptos constitucionales más importantes para el ciudadano-litigante, también desde el punto de vista laboral, son los mencionados en el artículo 53.2 de la CE —esto es, los artículos 14 a 29, ambos inclusive, más el artículo 30, en lo que se refiere a la objeción de conciencia—, puesto que permiten a los tribunales laborales declarar nulas las actuaciones

<sup>5</sup> La única mención a la misma aparecía entonces contenida en su disposición final tercera, según la cual «en vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro, y de la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, la Comisión de codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir».

<sup>6</sup> Véase A. D'ORS, «De la “prudentia iuris” a la “jurisprudencia del Tribunal Supremo” y al Derecho Foral», en sus *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Roma, 1973), págs. 55 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. A. MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 26ª edición, Tecnos (Madrid, 2005), pág. 213.

<sup>8</sup> Véase M. ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, Civitas (Madrid, 1982), págs. 22 y ss.; y del mismo autor, «La Constitución española como fuente del Derecho del Trabajo», en el Volumen *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 3 y ss.



realizadas en contravención de los derechos fundamentales y libertades públicas que dichos concretos preceptos constitucionales regulan.

Subraya esta importancia, pero ahora desde el punto de vista específico del trabajador, el hecho de que las dos únicas remisiones relativamente concretas que el ET hace a la CE, se refieran expresamente a la conducta que tuviese por «móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» (artículos 53.4 y 55.5)<sup>9</sup>.

De estos diecisiete preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, solamente dos tienen un contenido específicamente laboral. Son el artículo 25.2, cuando declara que el «condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma... tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social»<sup>10</sup>. Y también y sobre todo, el artículo 28, cuyo apartado 1 afirma en parte el derecho que «todos tienen... a sindicarse libremente», y cuyo apartado 2 reconoce en lo esencial el «derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses».

Desde el punto de vista jurídico-laboral, estos diecisiete preceptos constitucionales —como todos los contenidos en el Título I de la CE— se han clasificado doctrinalmente en dos grandes apartados, que son: 1) el relativo a derechos fundamentales y libertades públicas «específicos» (esto es, los citados artículos 25.2 y 28), dado que constituyen «derechos constitucionales específicamente laborales... de que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios (o sus representantes) en tanto que sujetos de una relación laboral»<sup>11</sup>; y 2) el relativo a derechos fundamentales y libertades públicas «inespecíficos» (esto es, los quince restantes), que son «derechos constitucionales de carácter general y, por ello no específicamente laborales»<sup>12</sup>, aunque «ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores»<sup>13</sup>.

**§3.** Las normas laborales internacionales son los preceptos laborales contenidos en lo que el Código Civil y la CE denominan «tratados internacionales» —el ET silencia su existencia—, que sólo adquieren eficacia, en principio, tras su publicación en el BOE<sup>14</sup>. Entre estos tratados o convenios de carácter internacional existen no sólo los que España estipula por su cuenta con otros Estados distintos, que suelen ser

<sup>9</sup> Otra referencia expresa del ET a la CE, pero meramente genérica, aparece en su artículo 2.2 («la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución»).

<sup>10</sup> A pesar de su privilegiada ubicación sistemática, este precepto ha sido degradado por las SsTC 172/1989, de 19 octubre; y 17/1993, de 18 enero.

<sup>11</sup> Cfr. M.C. PALOMEQUE LOPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1991), pág. 31.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Véanse el artículo 96.1 de la CE y el artículo 1.5 del Código Civil.

convenios de carácter bilateral, sino también los convenios de la OIT, de carácter multilateral, que España ratifica sistemáticamente.

Si se prescinde de los relativos a materias de Seguridad Social, los convenios internacionales que España suele estipular por su cuenta con otros Estados se refieren sobre todo a la regulación y ordenación de flujos de inmigrantes, como el suscrito, por ejemplo, entre los Reinos de España y Marruecos el año 2001<sup>15</sup>.

En cuanto a la ratificación de convenios de la OIT por España, hubo un antes y un después, que está marcado por la ratificación en 1977 de los convenios números 87 de 1948 y 98 de 1949 de la OIT, ambos relativos en sustancia a la libertad sindical, que no pudieron ser ratificados por nuestro país hasta la desaparición del franquismo.

En cualquier caso, téngase en cuenta que un convenio de la OIT no puede por sí solo fundamentar un recurso de amparo ante el TC, a diferencia de lo que ocurre con los preceptos constitucionales mencionados en el artículo 53.2 de la CE<sup>16</sup>.

Mención aparte merecen los reglamentos y directivas de contenido laboral de la Unión Europea, de importancia creciente sobre todo a partir de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht de 1992, y que obligan en España por el solo hecho de su publicación en el DOCE.

Según el artículo 254 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 2002, los reglamentos y directivas «se publicarán en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas» y «entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación»; todo ello, sin necesidad de su publicación en los periódicos oficiales de los Estados miembros, «que la jurisprudencia comunitaria desaconsejó con intensidad»<sup>17</sup>.

**§4. Las normas laborales aprobadas por el Estado**—esto es, por las Cortes Generales, por el Gobierno de la Nación o por sus Ministros— son, sin duda, las fuentes normativas laborales más importantes<sup>18</sup>. Y se caracterizan por poseer una extraordinaria inestabilidad, pues están sujetas a un continuo proceso de derogaciones y cambios.

Esta inestabilidad explica que las principales fuentes normativas laborales con rango de ley formal sean precisamente Reales Decretos Legislativos aprobando textos refundidos de leyes, de los cuales los más importantes en Derecho del Trabajo estricto son los tres siguientes: 1) el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, aprobando el vigente texto

<sup>15</sup> Existen otros estipulados con Rumania, Colombia, la República Dominicana, Ecuador, etc.

<sup>16</sup> Véase STC 84/1989, de 10 mayo.

<sup>17</sup> Cfr., con cita expresa de jurisprudencia comunitaria al respecto, M. ALONSO OLEA y M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23<sup>a</sup> ed., cit., pág. 756.

<sup>18</sup> Sobre el tema, véase J.M. GOERLICH PESET, «Ley y reglamento en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: las previsiones constitucionales y su evolución», en el Volumen *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, cit., págs. 143 y ss.

refundido del ET —que fue inicialmente promulgado en 1980, con el rango de ley ordinaria<sup>19</sup>—, el cual es la más importante de las normas laborales sustantivas, y que consta —aparte sus disposiciones extravagantes<sup>20</sup>— de 93 artículos, agrupados en tres Títulos<sup>21</sup>; 2) el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril, aprobando el vigente texto refundido de la LPL, que es la ley de enjuiciamiento laboral, constando —aparte también sus disposiciones extravagantes<sup>22</sup>— de 303 artículos<sup>23</sup>, agrupados en cuatro Libros; y 3) el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, aprobando el vigente texto refundido de la LISOS, que es la norma reguladora de los procedimientos administrativos sancionadores aplicados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Salvo el caso concreto de la LPL —que es una ley «pura», en el sentido de que no necesita normas reglamentarias de desarrollo—, las fuentes normativas laborales con rango de ley precisan para su aplicación de la promulgación de numerosas normas reglamentarias (Reales Decretos y Ordenes Ministeriales). Estos reglamentos laborales se aprueban usualmente con vocación de permanencia —y algunos de ellos incluso tan permanentes, que sólo pueden ser modificados por normas con rango de ley, como es el caso de los Reales Decretos reguladores de las llamadas relaciones laborales especiales<sup>24</sup>—, aunque también existen reglamentos laborales meramente contingentes, como los Reales Decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional, promulgados en cumplimiento de lo que dispone el artículo 27.1 del ET.

Excepcionalmente, existen reglamentos laborales autónomos, no dictados en desarrollo de ninguna ley, como el Real Decreto 3255/1983, de 21 diciembre, aprobando el Estatuto del Minero.

A pesar de que se trata de tres normas muy recientes, han padecido ya multitud de modificaciones, que aconsejarían incluso la promulgación de

<sup>19</sup> Se trata de la ley ordinaria 8/1980, de 10 de marzo, promulgada en desarrollo del artículo 35.2 de la CE, según el cual la «ley regulará un estatuto de los trabajadores». Véase J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, «Pre e intrahistoria del Estatuto de los Trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.100 (2000), págs. 19 y ss.

<sup>20</sup> Que son actualmente 13 adicionales, 11 transitorias, una derogatoria y 5 finales.

<sup>21</sup> Téngase en cuenta que la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, ha añadido un nuevo artículo 57bis al ET. Los Títulos en cuestión tratan, respectivamente, «De la relación individual de trabajo» (artículos 1 a 60), «De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa» (artículos 61 a 81), y «De la negociación colectiva y de los convenios colectivos» (artículos 82 a 92).

<sup>22</sup> Que son actualmente 8 adicionales y 4 transitorias.

<sup>23</sup> La supresión del contenido de sus artículos 25 y 26 se compensa con el antiestético añadido de sus artículos 138bis y 145bis.

<sup>24</sup> Téngase en cuenta que la originaria disposición adicional 2ª del ET-1980 otorgaba al Gobierno un plazo de dieciocho meses para regular dichas relaciones; plazo que transcurrió estérilmente, salvo en el caso de dos ellas, lo que obligó a la Ley 32/1984, de 2 agosto, a conceder al Gobierno un nuevo plazo máximo de doce meses, a contar a partir de la entrada en vigor de la misma. Y de ahí, por ejemplo, la modificación del artículo 15 del Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto, regulador de la relación laboral especial del personal de alta dirección, precisamente por una ley (que fue la Ley 11/1994, de 19 mayo).

nuevos textos refundidos de las mismas. De esta inestabilidad se salva, sin embargo, la LOLS, promulgada en desarrollo directo del artículo 28.1 de la CE, regulador de la libertad sindical —lo que explica su rango formal de ley «orgánica»—, inmodificado su articulado desde 1985<sup>25</sup>, tras haber sido confirmada su constitucionalidad por la STC 98/1985, de 29 julio.

La LOLS ha potenciado el hecho sindical hasta tal punto, que es frecuente que las normas laborales con rango de ley se limiten a dar forma jurídica a acuerdos estipulados entre los sindicatos más representativos y sus interlocutores patronales. Esta es la comúnmente llamada hoy «legislación negociada»<sup>26</sup>, usualmente materializada en Reales Decretos-Leyes, dictados siempre con prisas, pero no necesariamente por razones de extraordinaria y urgente necesidad<sup>27</sup>.

Norma laboral con rango de ley verdaderamente petrificada es el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, sobre relaciones de trabajo, que constituye la norma actualmente reguladora en España del ejercicio del derecho de huelga. Contribuyó a su petrificación la STC 11/1981, de 8 abril, depurando su constitucionalidad, pues dicho Real Decreto-Ley es no sólo anterior a la CE, sino incluso anterior a las primeras elecciones democráticas que hubo en España después del franquismo.

**§5.** Dado el tenor del artículo 149.1.7ª de la CE, según el cual «el Estado tiene competencia exclusiva», entre otras materias, sobre la «legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas», resulta aparentemente imposible la existencia en España de normas laborales autonómicas, puesto que la expresión «legislación laboral» empleada por dicho precepto constitucional comprende tanto las leyes laborales como los reglamentos de desarrollo de esas mismas leyes, que sólo el Estado puede promulgar<sup>28</sup>.

Así lo declaró tempranamente la STC 18/1982, de 4 mayo, pues «si ello no fuera así, se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia [laboral], que sólo mediante una colaboración entre ley y reglamento... puede lograrse».

El Estado puede, sin embargo, autorizar a las Comunidades Autónomas para que dicten reglamentos de desarrollo de las leyes estatales<sup>29</sup>. Es el caso, por ejemplo, de la LOU, cuyo artículo 48.1 —precepto que, por cierto, no

<sup>25</sup> Sus disposiciones extravagantes si han padecido, en cambio, sendas modificaciones, operadas por la Ley 11/1994 y por la Ley Orgánica 14/1994, ambas de 19 mayo.

<sup>26</sup> Sobre el tema, véase J. MONTALVO CORREA, «Diálogo Social y Relaciones Laborales», en el Volumen *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, cit., págs. 185 y ss.

<sup>27</sup> Sobre el tema, véase G. BARREIRO GONZALEZ, «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los Decretos-Leyes», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17 (2003), págs. 45 y ss.

<sup>28</sup> Véase J. LOPEZ LOPEZ, *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Marcial Pons (Madrid, 1993), págs. 15 y ss.

<sup>29</sup> Véase artículo 150.3 de la CE.

tiene rango de ley orgánica— prevé que las Comunidades Autónomas puedan promulgar reglamentos laborales reguladores del régimen jurídico de los profesores universitarios contratados<sup>30</sup>. También, es el caso del artículo 37.2 del ET —asimismo mera ley ordinaria— que contempla otro supuesto de norma reglamentaria autonómica laboral, a propósito de los descansos festivos<sup>31</sup>.

Lo que no cabe en absoluto, según la STC 35/1982, de 14 junio, es que una Comunidad Autónoma pueda dictar una norma laboral, aunque «se limitase a reproducir la contenida en la legislación estatal», pues «sería constitucionalmente ilegítima en cuanto emanada de poder incompetente».

Con independencia de todo ello, el TC ha confirmado, a su vez, que las Comunidades Autónomas pueden tener su propia política laboral, dado que —como ocurre en la hipótesis del citado artículo 149.1.7ª de la CE— «cuando... la reserva estatal es sólo de ciertas potestades, correspondiendo otras a las Comunidades Autónomas que deseen asumirlas, éstas, en el ejercicio de su autonomía, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política propia sobre esa materia»<sup>32</sup>.

Los logros más llamativos alcanzados por la política «laboral» propia que las Comunidades Autónomas pueden constitucionalmente tener, se refieren fundamentalmente a lo siguiente: 1) el fomento del empleo —sobre todo indefinido—, mediante la concesión de subvenciones a los empresarios contratantes, con cargo a los presupuestos autonómicos<sup>33</sup>; y 2) «lograr la armonía de las relaciones laborales y disminuir los conflictos»<sup>34</sup>, creando —incluso mediante leyes autonómicas— organismos administrativos específicos al efecto, usualmente llamados Consejos autonómicos de Relaciones Laborales<sup>35</sup>.

**§6.** Fuentes específicas sólo del Derecho del Trabajo son las comúnmente llamadas normas sectoriales, radicalmente caracterizadas porque su ámbito de aplicación no es general —a diferencia de lo que ocurre con las leyes y reglamentos—, sino específico, puesto que sólo

<sup>30</sup> Sobre el tema, por ejemplo, véase el Decreto autonómico gallego 266/2002, de 6 septiembre, de contratación laboral del profesorado universitario (ayudantes, ayudantes doctores, colaboradores, contratados doctores, asociados, visitantes y eméritos).

<sup>31</sup> Por su parte, la constitucionalidad del citado artículo 37.2 del ET-1980 fue confirmada por la STC 7/1985, de 25 enero.

<sup>32</sup> Véase STC 35/1982, citada.

<sup>33</sup> Esta política autonómica la tiene en cuenta incluso el propio Estado, cuando procede a fijar sus programas anuales «de fomento del empleo». La primera norma estatal al respecto fue el Real Decreto-Ley 9/1997, de 6 mayo, que trata el tema bajo la rúbrica «incompatibilidades».

<sup>34</sup> Cfr. STC 35/1982, citada.

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo, la Ley del Parlamento de Galicia 7/1988, de 12 julio, reguladora del Consello Galego de Relacións Laborais. Acerca de estos Consejos autonómicos y la constitucionalidad de sus peculiares competencias, véanse SsTC 35/1982, citada, y 17/1986, de 4 febrero.

se aplican en sectores económicos concretos (construcción, hostelería, banca, etc.) o en empresas concretas.

Tradicionalmente, normas sectoriales muy importantes fueron las llamadas «Reglamentaciones Nacionales del Trabajo» y, a partir de 1964, también «Ordenanzas Laborales», aprobadas formalmente por medeo de Orden Ministerial, y que regulaban las condiciones de trabajo precisamente por sectores económicos o ramas de la producción (banca, hostelería, construcción, etc.) —de ahí su naturaleza «sectorial»—, aunque por excepción también las había de empresa (por ejemplo, la de RENFE). Pero caducaron irremisiblemente a partir de 1 enero 1996<sup>36</sup>.

De entre estas normas laborales sectoriales<sup>37</sup>, las más importantes son los **convenios colectivos**, genéricamente definibles como acuerdos entre el empresario o sus representantes, de un lado, y los representantes de los trabajadores, del otro, para regular las condiciones reales de trabajo (salario, jornada, funciones de cada puesto de trabajo, etc.) durante un cierto tiempo (por ejemplo, dos o tres años) y en un ámbito de aplicación (sector o empresa) determinado.

La definición doctrinal más clásica de convenio colectivo sigue siendo la de Francesco CARNELUTTI, según el cual —haciendo hincapié en su naturaleza de contrato normativo— «el convenio colectivo es un híbrido, que tiene el cuerpo del contrato y el alma de la ley (*il contratto collettivo è un ibrido, che ha il corpo del contratto e l'anima della legge*)»<sup>38</sup>.

A pesar de tener su origen en un acuerdo o pacto, los convenios colectivos poseen verdadera **eficacia normativa**, aunque esta última admita luego la existencia de diversos grados. Y esta eficacia normativa suya explica, al igual que ocurre con las normas legales en sentido estricto, que también los convenios colectivos deban publicarse en periódicos oficiales para poder entrar en vigor, pudiendo ser este periódico el Boletín Oficial de la Provincia (BOP), si no rebasan el territorio de la provincia en cuestión, el Diario Oficial Autonómico de que se trate, si rebasan el territorio de una provincia pero no el de la correspondiente Comunidad Autónoma, o el BOE, si rebasasen el territorio de una Comunidad Autónoma o se aplicasen incluso en todo el Estado<sup>39</sup>.

Por su grado de eficacia, cabe distinguir dos tipos distintos de convenios colectivos. En primer lugar, los llamados convenios colectivos «estatutarios», negociados al amparo de las

---

<sup>36</sup> Véase *infra*, Tema 6, §5.

<sup>37</sup> Téngase en cuenta la posibilidad que el Gobierno tiene de dictar normas para la «regulación de condiciones por rama de actividad», al amparo de la disposición adicional séptima del ET.

<sup>38</sup> Cfr. su *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, 1ª ed., Cedam (Padova, 1928), pág. 108.

<sup>39</sup> Cfr. artículo 90.3 del ET.

normas que en el ET regulan los convenios colectivos, y que poseen eficacia normativa «general» o «*erga omnes*» (así denominada esta eficacia normativa, porque dentro de su concreto ámbito sectorial o empresarial de aplicación vincula a «todos» los empresarios y trabajadores incluidos en él). En segundo lugar, los llamados convenios colectivos «extraestatutarios», negociados al margen de las normas que en el ET regulan los convenios colectivos, y que poseen eficacia normativa «limitada» (así denominada porque dentro de su concreto ámbito sectorial o empresarial de aplicación sólo vinculan a quienes están afiliados a los sujetos pactantes de los mismos)<sup>40</sup>.

La eficacia normativa de los convenios colectivos, tanto si se trata de convenios colectivos «estatutarios» o «extraestatutarios», está directamente garantizada y protegida por la expresión «fuerza vinculante de los convenios», que utiliza el artículo 37.1 de la CE<sup>41</sup>.

§7. Frente a las fuentes del Derecho del Trabajo que acabamos de mencionar —respecto de las que rige, al tratarse de fuentes publicadas, el principio *iura novit curia*<sup>42</sup>—, la costumbre laboral se caracteriza por su falta de constancia escrita, lo que obliga a alegar y probar su existencia en juicio, si es que se pretende que los tribunales laborales lleguen a aplicarla. También se caracteriza por su ámbito de aplicación más reducido, en principio, que el de esas otras fuentes ya mencionadas, pues el ET se refiere a ella denominándola «usos y costumbres *locales y profesionales*»<sup>43</sup>.

Por supuesto, la costumbre laboral puede tener ámbito de empresa. Lo confirma el ET, al referirse en su artículo 64.1.9º.a) a los «usos de empresa en vigor»; y también, la LPL, al prever expresamente la posibilidad de plantear proceso de conflicto colectivo que verse «sobre la aplicación e interpretación de una... práctica de Empresa» (artículo 151). Según la jurisprudencia laboral tradicional, el uso normativo con valor de costumbre puede tener incluso un ámbito menor que el de la empresa, cabiendo que se dé «en un ámbito que —como el de la unidad productiva definida por el artículo 1.5 del ET— resulta inferior al local», pues esta unidad productiva mínima (esto es, el centro de trabajo) constituye «círculo razonable de afectados»<sup>44</sup>.

No puede dudarse de su eficacia normativa, sobre todo cuando son precisamente las disposiciones legales —con toda su eficacia normativa— las que expresamente se remiten a ella, dando lugar a lo que

<sup>40</sup> Véase *infra*, Tema 31.

<sup>41</sup> Cfr. STC 58/1985, de 30 abril. Sobre la asimilación de los laudos arbitrales a los convenios colectivos, desde el punto de vista de su eficacia, véase *infra*, Tema 33, §3.

<sup>42</sup> A propósito de los convenios colectivos —que pueden publicarse, como acaba de decirse, no sólo en el BOE—, la STC 151/1994, de 23 mayo, afirma que los «diarios oficiales autonómicos satisfacen esta exigencia de publicidad de las normas», por lo que los convenios colectivos publicados en ellos resultan cubiertos por el «principio... “iura novit curia”, cuando menos, para los órganos judiciales cuya competencia no excede del ámbito territorial de aquéllos». Lo mismo ha declarado una STSud de 20 noviembre 2000 (Ar. 1423), a propósito de los convenios colectivos publicados en los boletines provinciales.

<sup>43</sup> Cfr. su artículo 3.1.d). Sobre el tema, véase A.V. SEMPERE NAVARRO, «Notas sobre la costumbre laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 10 (1982), págs. 195 y ss.

<sup>44</sup> Cfr. STCT de 7 abril 1983 (Ar. 3744), y los comentarios al respecto de M. ALONSO OLEA y M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., cit., pág. 848.

el ET denomina «usos y costumbres... que cuenten con una recepción o remisión expresa»<sup>45</sup>. Pero incluso sin esta recepción o remisión expresa, también es claro que la costumbre laboral probada en juicio posee esa misma eficacia —y por eso, desde siempre fue considerada «ley», a los efectos de la casación laboral por infracción de ley<sup>46</sup>—, aun cuando en esta hipótesis «los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales»<sup>47</sup>.

El ET se remite expresamente a la costumbre en sus artículos 20.2 (a propósito del cumplimiento de la obligación de trabajar), 29.1 (a propósito de la liquidación y pago del salario) y 49.1.d) (a propósito del preaviso para la dimisión del trabajador).

**§8.** Aparte las normas laborales, la jurisprudencia laboral es también fuente y, además, fuente principalísima de conocimiento del Derecho del Trabajo, según reconocen expresamente los citados artículos 191.c), 205.e) y 217 de la LPL, que impiden a los jueces y tribunales laborales incurrir en su «infracción».

Revela la extraordinaria importancia que posee la jurisprudencia laboral, el dato de que al legislador no le quede a veces más remedio que elevarla a rango de ley. Tal es el caso, por ejemplo, de la reiteradísima jurisprudencia laboral relativa a los denominados convenios colectivos «extraestatutarios» o «de eficacia limitada», legalizada por los artículos 151 y 163.1 de la LPL, allí donde se refieren al «convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia».

A pesar de que el artículo 1.6 del Código Civil ciñe conceptualmente la jurisprudencia sólo a la creada por el Tribunal Supremo, en lo laboral es jurisprudencia no sólo la de la Sala de lo Social, o Sala 4<sup>a</sup>, del TS, cuando resuelve recursos laborales de casación, sino también la que crean las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos, cuando resuelven recursos de suplicación, que son los más importantes recursos laborales extraordinarios, precisamente por ser los más frecuentes.

Continúa teniendo todavía altísimo interés doctrinal la jurisprudencia sentada en su día por el Tribunal Central de Trabajo, extinguido en 1989. A pesar de que sus sentencias no pueden invocarse ante la Sala 4<sup>a</sup> del TS como «sentencias de contraste», a los efectos

<sup>45</sup> Cfr. su artículo 3.4.

<sup>46</sup> Al respecto, véase J. MONTERO AROCA, *El proceso laboral*, t. II, Bosch (Barcelona, 1981), pág. 32, apuntando igualmente que «más complejo es el problema de la ley extranjera, pero si ha sido probada en la instancia, debe entenderse incluida».

<sup>47</sup> Véase artículo 3.4 del ET. Según una STSJ País Vasco de 7 marzo 2006 (Jur. 131455), «el artículo 191-c) de la Ley de Procedimiento Laboral recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, debiendo entenderse el término norma en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (*incluyendo la costumbre acreditada*, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado)».



de la casación laboral para unificación de doctrina —lo mismo ocurre, por cierto, con las sentencias del TC—, la Sala 4ª del TS continúa todavía citándolas como precedentes, sobre todo en temas de Derecho colectivo del Trabajo<sup>48</sup>; todo ello, quizá por causa de que durante mucho tiempo en materia de conflictos colectivos no podía haber más jurisprudencia laboral que la sentada por el Tribunal Central de Trabajo, puesto que sus sentencias sobre dicho tema resultaban irrecurribles ante la Sala de lo Social de TS, por la vía del recurso en interés de la ley<sup>49</sup>.

Tiene también altísimo valor para los laboristas la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, o Sala 3ª, del TS, cuando conoce de recursos sobre impugnación de actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral.

Además, a pesar de que en otras ramas del ordenamiento jurídico se haya interpretado que el artículo 1.6 del Código Civil exige dos o más sentencias —en lo laboral, ya sabemos que no sólo del TS— para que pueda hablarse de que existe verdadera jurisprudencia reiterada, en lo laboral hay que tener en cuenta: 1) que una sola sentencia de las Salas de lo Social de los TtSsJ autonómicos o del TS siempre resulta útil —resulta incluso preceptiva una sola «sentencia de contraste», para interponer recurso de casación para la unificación de doctrina<sup>50</sup>—, pues constituye jurisprudencia en formación, debiendo tenerse en cuenta —por pura lógica— que para que pueda haber al menos dos sentencias idénticas o análogas primero tuvo siempre que haber una; y 2) que la denominada jurisprudencia reiteradísima, relativa a centenares de sentencias idénticas o análogas sobre un mismo asunto, tiene un grado de eficacia superior al que posee la jurisprudencia meramente reiterada, pues litigar ignorando la existencia de la misma constituye «notoria temeridad» del litigante, eventualmente reprimible con las multas que regula al respecto la LPL<sup>51</sup>.

En este sentido, cabe citar jurisprudencia laboral relativa a que «dada la jurisprudencia constante de esta Sala sobre el extremo objeto del recurso, no puede menos de estimarse que la Sociedad recurrente obró con notoria temeridad»; o también, a que «en este supuesto la temeridad es evidente, pues... la tesis [del demandado y recurrente]... ha sido una tesis rechazada a lo largo de bastantes años por varios centenares de sentencias del Tribunal Central»<sup>52</sup>.

**§9.** Quizá el problema más grave a que se enfrenta el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, que acaba de describirse, sea el de la

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, STS de 31 marzo 2000 (Ar. 7403), a propósito del cierre patronal.

<sup>49</sup> Véase M. ALONSO OLEA, «Prólogo» a C. RODRIGUEZ DEVESA, *Ley de procedimiento laboral y su jurisprudencia (Texto refundido de 7 de abril de 1995)*, 6ª edición, Trivium (Madrid, 1996), pág. 13.

<sup>50</sup> Véase ATS (Sala General) de 15 marzo 1995 (Ar. 2016). Sobre esto, véase *infra*, Tema 42, §7.

<sup>51</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «La temeridad al litigar en la nueva ley de procedimiento laboral», *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 1 (1991), págs. 393 y ss.

<sup>52</sup> *Ibidem*, págs. 401 y 402.

desasosegante inestabilidad de las fuentes normativas laborales con rango de ley. En efecto, no es hoy nada infrecuente que las leyes laborales padezcan cambios no sólo con periodicidad anual —operados por las popularmente llamadas leyes «de acompañamiento»<sup>53</sup>, que venían promulgándose hasta 2004—, sino incluso con una periodicidad todavía mucho más corta, pudiendo citarse el caso de alguna ley laboral que en menos de dos años ha llegado a ser modificada hasta siete veces distintas.

Se trata de la Ley 14/1994, de 1 junio, reguladora de las empresas de trabajo temporal, que en el período de tiempo comprendido entre 6 agosto 1999 y 11 julio 2001 fue modificada por cinco Leyes, un Real Decreto Legislativo (operando una modificación de mero ajuste formal) y un Real Decreto-Ley.

Esta inestabilidad desasosiega, por causa de que las fuentes distintas de las leyes laborales —reglamentos, convenios colectivos y jurisprudencia— no pueden seguir acompasadamente ese frenético ritmo de cambios, creándose así graves problemas de inseguridad jurídica, con violación por ello mismo del principio de «seguridad jurídica» que proclama el artículo 9.3 de la CE.

De ahí también la necesidad actual de manejar cuasi-forzosamente repertorios legislativos laborales publicados por «particulares» (editoriales Netbiblo, Civitas, Aranzadi, Tecnos, etc.), dada la imposibilidad de tener a mano versiones «oficiales», publicadas en periódicos oficiales, puestas al día de las leyes laborales y de sus reglamentos, con sus múltiples enmiendas.

Por ello, parece letra muerta lo previsto —ya desde 1980— en la disposición adicional octava del ET, a propósito de la elaboración por el Gobierno de un «Código de Trabajo»<sup>54</sup>.

Si el Gobierno se animase a cumplir de una vez este último precepto del ET, lo correcto sería elaborar un Código de Derecho del Trabajo «constante», al modo del *Code du Travail* francés, tal y como resulta gratuitamente accesible a través del sitio [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>53</sup> Oficialmente denominadas leyes «de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», que constituyen el *pendant* de las leyes anuales de presupuestos. Véase M. ALONSO OLEA, «En general, sobre las leyes de “acompañamiento” y en especial sobre la de 1996 para 1997», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 1 (1997), págs. 13 y ss.

<sup>54</sup> Según el cual, el «Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, recogerá en un texto único denominado Código de Trabajo, las distintas leyes orgánicas y ordinarias que, junto con la presente, regulan las materias laborales, ordenándolas en Títulos separados, uno por Ley, con numeración correlativa, respetando íntegramente su texto literal» (párrafo 1º); además, «asimismo se incorporarán sucesiva y periódicamente a dicho Código de Trabajo todas las disposiciones generales laborales mediante el procedimiento que se fije por el Gobierno en cuanto a la técnica de incorporación, según el rango de las normas incorporadas» (párrafo 2º). Sobre la gestación del Código portugués del Trabajo de 2003 —fenómeno que no deja de interesar en España—, véase A. MOREIRA, «Código do trabalho. Anteproyecto. Breve apreciação crítica», *Minerva. Revista de Estudos Laborais*, núm. 1 (2002), págs. 9 y ss.

---

## TEMA 3

### LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Concepto y caracteres. §2. El principio de jerarquía normativa. §3. El principio de norma más favorable. §4. El principio de absorción y compensación. §5. El principio de condición más beneficiosa adquirida. §6. El principio de irrenunciabilidad de los derechos. §7. Su debilitamiento por el impacto de principios economicistas.

§1. Como acaba de verse, las fuentes del Derecho del Trabajo —y especialmente, las fuentes normativas— son extraordinariamente complejas. Por eso, puede resultar difícil en ocasiones buscar y encontrar el criterio de justicia que permita resolver un concreto conflicto de trabajo. Pero para facilitar esta búsqueda y localización existen en el propio sistema de fuentes unos mecanismos de ayuda singulares, que son los principios del Derecho del Trabajo<sup>1</sup>.

Estos principios lo son del Derecho «sustantivo» del Trabajo, pues el Derecho Procesal del Trabajo posee sus propios principios<sup>2</sup>.

Distintos de estos principios del Derecho del Trabajo son, además, los principios específicos de la Política Social. Muchos de estos otros principios —cuyos destinatarios principales son los poderes públicos legislativo y ejecutivo— aparecen mencionados en el Capítulo III del Título I de la CE (cuya rúbrica es «De los *principios* rectores de la *política social* y económica»), como el principio de tendencia al pleno empleo (artículo 40.1), el de suficiencia de las prestaciones sustitutorias del salario (artículo 41) o el de vivienda accesible para todos (artículo 47), aunque algún otro aparezca también recogido en la Sección 2ª del Capítulo II de su Título I, como el principio de suficiencia del salario (artículo 35.1).

La legislación laboral infraconstitucional positiviza asimismo alguno de estos principios específicos de la Política Social, como en el caso del denominado principio de estabilidad en el empleo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Alguno de los principios «generales del Derecho», que el artículo 1.1 del Código Civil menciona expresamente como fuentes del ordenamiento jurídico, aparece expresamente positivizado en el ET. Por ejemplo, el «principio de la buena fe», mencionado como tal principio en su artículo 89.1. Sobre el artículo 36.5 del ET (que menciona el «principio general de adaptación del trabajo a la persona») y su conexión con el artículo 15 de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales (que menciona los «principios de la acción preventiva»), véase A. MARTÍN VALVERDE, «Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos», en L.E. DE LA VILLA GIL y L. LOPEZ CUMBRE (Directores), *Los principios del Derecho del Trabajo*, CEF (Madrid, 2003), págs. 56 ss.

<sup>2</sup> Véase *infra*, Tema 39, §7.

<sup>3</sup> Sobre él, véase *infra*, Tema 13, §4.

Estos principios se caracterizan porque aparecen contenidos o positivizados en concretos preceptos normativos laborales, fundamentalmente del ET. Se caracterizan, además, porque se trata de principios aplicativos de las fuentes normativas laborales, dado que permiten identificar con relativa seguridad la norma abstracta laboral en la que debe subsumirse un supuesto de hecho concreto. Por último, se trata de principios directos o indirectamente tuitivos o protectores del trabajador y, por tanto, rigurosamente congruentes con la finalidad primordial del Derecho del Trabajo, que ha sido desde siempre la de proteger a la parte débil de la relación laboral<sup>4</sup>.

Esta última nota, tan caracterizadora del Derecho del Trabajo, ya fue rotundamente destacada por los primeros expositores de nuestra disciplina, en los años treinta del siglo pasado. Afirmando, por ejemplo, que —frente a la consideración abstracta del trabajador por el Derecho Civil— el «Derecho del Trabajo lo considera, por el contrario, tal como es: rodeado de infinitas limitaciones, nacidas de su condición económica inferior que le hacen acreedor a una protección especial, a fin de colocarle con respecto al patrono en condiciones de verdadera igualdad»<sup>5</sup>; o también, que el Derecho del Trabajo es «un Derecho tutelar» del obrero<sup>6</sup>; o en fin, que «aparece una legislación, la de trabajo, eminentemente desigual, porque se propone compensar con una superioridad jurídica la inferioridad económica del obrero»<sup>7</sup>.

Más de medio siglo después, nuestra jurisprudencia constitucional todavía continúa realizando afirmaciones parecidas («se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador»; el artículo 14 de la CE no hace inconstitucional la desigualdad normativa laboral, «sino que la impone por su finalidad de pretender igualar a los desiguales... ya que si aquella se suprimiese se acrecentaría el desnivel material en perjuicio del trabajador»; el laboral es un sector del ordenamiento «regido por principios orientados a proteger a la parte más débil», etc.)<sup>8</sup>.

Así caracterizados, los principios del Derecho del Trabajo se reducen a los cinco siguientes: 1) el principio de jerarquía normativa (cfr. *infra*, §2), 2) el principio de norma más favorable (cfr. *infra*, §3), 3) el principio de absorción y compensación (cfr. *infra*, §4), 4) el principio de

<sup>4</sup> Con claro paralelismo respecto de lo que ocurre en el Derecho del Trabajo español, véase P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina (Coimbra, 2002), págs. 213 ss.

<sup>5</sup> Véase J. DE HINOJOSA FERRER, *El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado (Madrid, 1933), pág. 8.

<sup>6</sup> Véase C. GARCIA OVIEDO, «Consideraciones jurídicas acerca del Derecho del Trabajo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 164-I (1934), pág. 16.

<sup>7</sup> Véase A. GALLART FOLCH, *Derecho español del Trabajo*, Labor (Barcelona, 1936), pág. 16.

<sup>8</sup> Véase M.E. CASAS BAAMONDE, «La trascendencia constitucional de los principios de ordenación de las fuentes jurídico-laborales», en L.E. DE LA VILLA GIL y L. LOPEZ CUMBRE (Directores), *Los principios del Derecho del Trabajo*, cit., págs. 352-353. La jurisprudencia constitucional advierte, sin embargo, que no cabe realizar una interpretación *pro operario* de los preceptos de la CE que posibilitan el acceso al recurso de amparo (*ibidem*, pág. 391).

condición más beneficiosa adquirida (cfr. *infra*, §5) y 5) el principio de irrenunciabilidad de los derechos (cfr. *infra*, §6).

El ET pretende regular estos principios en su artículo 3, bajo la rúbrica «Fuentes de la relación laboral», en claro paralelismo con el artículo 1.1 del Código Civil, que también considera «fuentes» del ordenamiento jurídico los «principios generales del Derecho».

La Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, se refiere expresamente a dichos principios positivizados en el ET, afirmando que «en el enjuiciamiento de estas materias y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta Ley, deberán tenerse en cuenta [por el Juez de lo Mercantil] los *principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria* y del proceso laboral» (artículo 8.2º)<sup>9</sup>.

**§2.** El principio de jerarquía normativa es un principio aplicativo de las fuentes normativas laborales, que aparece positivizado en los artículos 3.1 y 3.2 del ET, aunque sólo se le menciona por su nombre en el inciso primero del recién citado artículo 3.2, según el cual «las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al *principio de jerarquía normativa*». Se trata de un principio que permite ordenar las fuentes normativas laborales de acuerdo con su rango. Este orden jerárquico aparece explicitado en el artículo 3.1 del ET, a cuyo tenor: 1) las normas superiores en rango son «las disposiciones legales y reglamentarias del Estado»<sup>10</sup>, teniendo en cuenta —siempre de acuerdo con su rango jerárquico— que la expresión «disposiciones legales» comprende la CE, los Tratados Internacionales, las Leyes (orgánicas u ordinarias) y actos del Gobierno con fuerza de ley (esto es, Reales Decretos-leyes y Reales Decretos Legislativos) y que la expresión disposiciones «reglamentarias» del Estado comprende, a su vez, los Reales Decretos y las Ordenes Ministeriales; 2) tras éstas, vienen a continuación «los convenios colectivos»<sup>11</sup>; y 3) en último lugar se sitúan «los usos y costumbres»<sup>12</sup>.

Este artículo 3.1 del ET entromete entre los convenios colectivos y los usos y costumbres, en su apartado c), «la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo». Se trata de un injerto extravagante, pues esa voluntad individual —que no es fuente del Derecho del Trabajo— resulta totalmente ajena al orden jerárquico de las fuentes normativas laborales.

En cuanto a la mecánica interna de este principio, el inciso segundo del artículo 3.2 del ET se limita a establecerla mencionando únicamente las exigencias que impone la jerarquía normativa en las relaciones entre leyes y

<sup>9</sup> En idéntico sentido, véase artículo 86ter.1.2º de la LOPJ.

<sup>10</sup> Apartado a) de dicho precepto.

<sup>11</sup> Apartado b) de dicho precepto.

<sup>12</sup> Apartado c) de dicho precepto.

reglamentos, al afirmar que «las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar». Es claro, sin embargo, que lo que este precepto afirma respecto de las relaciones entre leyes y reglamentos, resulta igualmente predicable de las relaciones entre disposiciones legales y reglamentarias, de un lado, y convenios colectivos, de otro, lo que permite entender que el ET se vea luego obligado a afirmar que los convenios colectivos se negocian precisamente «dentro del respeto a las leyes» (artículo 85.1)<sup>13</sup>.

La ley se impone siempre al convenio colectivo, que debe respetarla en todo momento. Lo confirmó contundentemente la STC 210/1990, de 20 diciembre, declarando constitucional la modificación legal de la jornada máxima operada en 1983 (hasta reducirla a las cuarenta horas semanales actuales) —a pesar de que esta modificación del ET-1980 afectaba a miles de convenios colectivos—, pues «el convenio colectivo ha de adecuarse a lo establecido en las normas de superior rango jerárquico», imponiéndose así «la duración de la nueva jornada máxima legal... desde la fecha de entrada en vigor de la Ley... a los convenios colectivos vigentes en ese momento», ya que ello «será más o menos oportuno pero difícilmente puede decirse que sea constitucionalmente inadmisibles».

Ejemplo clamoroso y muy importante de reglamento laboral judicialmente declarado ilegal (e inconstitucional) en su conjunto, por la jurisdicción contencioso-administrativa, fue el Real Decreto 2347/1985, de 4 diciembre, por el que supuestamente se desarrollaba el artículo 57 del ET-1980, en materia de infracciones laborales administrativas de los empresarios. Tras su anulación por una STS (Sala 3ª) de 10 noviembre 1986 (Ar. 6647), dicho artículo 57 del ET-1980 fue derogado, por la Ley 8/1988, de 7 abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, precedente normativo inmediato de la LISOS<sup>14</sup>.

Lógicamente, antes de aplicar una concreta fuente normativa laboral, lo primero que hay que hacer es confirmar si dicha concreta fuente viola o no el principio de jerarquía normativa. Si se hubiese producido esta violación, y la norma infractora del orden normativo fuese un reglamento —sometido, por principio, a la ley— o un convenio colectivo —sometido, por principio, a las leyes y reglamentos—, los tribunales laborales pueden inaplicar en el caso concreto las condiciones de trabajo establecidas por la norma infractora inferior, sin necesidad de anularla formalmente, aplicando las condiciones de trabajo establecidas por la norma superior infringida.

<sup>13</sup> Sobre la tipología de las relaciones entre ley y convenio colectivo, véase I. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, *Ley y Autonomía Colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1987), págs. 109 ss.

<sup>14</sup> Sobre esta última, véase *infra*, Tema 35, §1.

Dicha inaplicación está amparada por el tenor de la LOPJ, según la cual «los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa» (artículo 6).

Aunque exista un proceso laboral especial que permite impugnar frontalmente la ilegalidad de los convenios colectivos (proceso denominado precisamente «de impugnación de convenios colectivos»)<sup>15</sup>, la jurisprudencia laboral viene afirmando con toda naturalidad, a propósito de la tramitación de procesos laborales distintos, que «el control de la legalidad de la potestad reglamentaria que el artículo 106 de la Constitución atribuye a los Tribunales, alcanza también a... las disposiciones de un Convenio Colectivo», por lo que «aunque no procede declarar en este procedimiento la nulidad [de cierto precepto de un convenio colectivo]..., sí es obligado estimar su *inaplicación al caso concreto* por adolecer de nulidad»<sup>16</sup>.

**§3.** El principio de norma más favorable —muy potenciado por el Derecho social de la Unión Europea— presupone el principio de jerarquía normativa. Aparece positivizado en el artículo 3.3 del ET y su mecánica aplicativa se apoya en las tres ideas siguientes: 1) las normas de rango jerárquico superior establecen condiciones de trabajo mínimas, que el artículo 3.3 del ET llama «mínimos de derecho necesario»<sup>17</sup>; 2) estas condiciones de trabajo mínimas (por ejemplo, el salario mínimo interprofesional o la jornada máxima legal) pueden ser mejoradas por las normas de rango jerárquico inferior (por ejemplo, por los convenios colectivos); y 3) supuesto que se haya respetado la jerarquía normativa, los tribunales laborales aplicarán siempre lo que el artículo 3.3 del ET llama «la norma más favorable para el trabajador».

Frente a lo que disponen el Código Civil (artículo 10.6) y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (artículo 6) —que parecen normas decimonónicas, a pesar de su fecha (1975 y 1980, respectivamente), pues sientan la regla general anacrónica de que la ley aplicable al contrato de trabajo es la que hayan acordado el empresario y el trabajador individual, como si fuesen sujetos realmente iguales—, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (al territorio de cualquier Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo)<sup>18</sup>, sienta la regla general irreprochablemente actual —respecto de estos trabajadores desplazados— de «la aplicación de condiciones de empleo y de trabajo *más favorables para los trabajadores*» (artículo 3.7, párrafo 1º), «cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral» (artículo 3.1, párrafo 1º); y por tanto, la aplicación de la norma más favorable, ya se trate de la legislación laboral del lugar de prestación de los servicios, ya de la legislación laboral del lugar de celebración del contrato de trabajo.

<sup>15</sup> Véase *infra*, Tema 29, §5 *in fine*.

<sup>16</sup> Véase STS de 12 febrero 2002 (Ar. 3782).

<sup>17</sup> En realidad, este precepto se refiere a los denominados mínimos de derecho necesario «relativo» (siempre mejorables para el trabajador por pacto), por oposición a los llamados mínimos de derecho necesario «absoluto» (inmodificables por pacto en contra). Sobre el tema, véase T. SALA FRANCO, «Los principios de imperatividad legal, de norma mínima y de norma más favorable», en L.E. DE LA VILLA GIL y L. LOPEZ CUMBRE (Directores), *Los principios del Derecho del Trabajo*, cit., págs. 127 ss., poniendo de relieve que en el Derecho del Trabajo las normas sobre mínimos de derecho necesario relativo «son sin duda las más frecuentes».

<sup>18</sup> Sobre la transposición de esta Directiva a nuestra legislación laboral interna, véase *infra*, Tema 21, §4.

La jurisprudencia laboral unificada confirma que el artículo 1.4 del ET —según el cual «la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo», de manera que «dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español»— se halla en la actualidad derogado por el citado Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>19</sup>.

Lógicamente, el orden aplicativo de las fuentes normativas laborales impuesto por este principio es radicalmente inverso al que se desprende del principio de jerarquía normativa, pues primero se aplicarán los convenios colectivos, luego los reglamentos y luego las leyes; y ello, porque cuanto más abajo en el rango jerárquico, lo más natural es que aparezcan establecidas condiciones de trabajo más favorables para el trabajador (o, por decirlo de otro modo, condiciones de trabajo «más reales»).

De ahí la preocupación de la citada Directiva 96/71/CE por garantizar la aplicación a los trabajadores desplazados no sólo de las condiciones de trabajo y empleo fijadas por «disposiciones legales, reglamentarias o administrativas», sino también de las fijadas por «convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general» (artículo 3.1)<sup>20</sup>.

Puede ocurrir, sin embargo, que en el caso concreto llegue a resultar difícil determinar la norma que sea más favorable para el trabajador (por ejemplo, si a un mismo supuesto de hecho cupiese aplicársele dos convenios colectivos distintos). En este tipo de casos, la determinación del convenio colectivo aplicable debe efectuarse —para determinar cuál de los dos convenios resulta más favorable para el trabajador—, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.3 del ET, mediante la comparación de ambos convenios «en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables» —por ejemplo, el salario y el rendimiento o la jornada—, impidiéndose así que se produzca lo que la jurisprudencia laboral denomina «espigueo» de normas<sup>21</sup>, es decir, que el trabajador seleccione aisladamente lo que más le convenga de cada uno de los dos convenios colectivos en cuestión.

El supuesto de hecho mencionado se produce, por ejemplo, en el caso de una empresa de nueva creación a la que teóricamente podrían aplicársele dos convenios colectivos de

---

<sup>19</sup> Véase STSud de 17 enero 2005 (Ar. 776).

<sup>20</sup> Téngase en cuenta, a estos efectos, que «por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general se entenderá aquellos convenios colectivos o laudos arbitrales que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito territorial de aplicación de éstos» (artículo 3.8).

<sup>21</sup> Véase STS de 24 enero 2005 (Ar. 3539).



ámbito funcional distinto. En él, según la jurisprudencia laboral, habría que aplicarle al trabajador demandante el convenio «más favorable en su conjunto», ya que «no puede espigarse de un convenio el salario, de otro las vacaciones, de otro la jornada, etc.»<sup>22</sup>.

La jurisprudencia laboral también confirma que otras situaciones igualmente proclives a que por los trabajadores se pretenda el «espiguelo» entre dos convenios colectivos son las de fusión de empresas<sup>23</sup>, adhesión a otro convenio colectivo<sup>24</sup> o utilización de un convenio colectivo sectorial como supletorio del propio convenio colectivo de empresa<sup>25</sup>.

En cambio, no cabe la utilización del artículo 3.3 del ET para abordar las relaciones entre convenios colectivos estatutarios y «extraestatutarios» —queda excluida, por tanto, la posibilidad de compararlos en conjunto y en cómputo anual para ver cuál es más favorable al trabajador—, dado que «en el orden jerárquico de la relación laboral previsto en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, el puesto que corresponde al pacto colectivo extraestatutario será sin duda el tercero, es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose [en el artículo 3.1.c) del ET] al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito subjetivo no sea individual propiamente dicho»<sup>26</sup>.

**§4.** Frente a los principios estáticos de jerarquía normativa y de norma más favorable, el principio de absorción y compensación tiene un carácter dinámico, pues se refiere a la aplicación de fuentes normativas laborales que se suceden en el tiempo. Se trata de un principio positivizado, aunque sólo a propósito de los salarios —sin duda, la condición de trabajo más importante—, en el artículo 26.5 del ET, según el cual «operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y en cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia».

«Absorción» y «compensación» son como las dos caras de una misma moneda: la «neutralización» de mejoras. En realidad, la «absorción» mira al futuro (esto es, los salarios actuales de los convenios colectivos *absorberán* los incrementos legales de los mismos que se produzcan más adelante), mientras que la «compensación» mira, en cambio, al pasado (esto es, los incrementos legales actuales del salario *compensan* los salarios anteriormente establecidos por los convenios colectivos)<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Véase STSJ País Vasco de 21 junio 1994 (Ar. 2679).

<sup>23</sup> Véase STS de 19 enero 1998 (Ar. 741).

<sup>24</sup> Véase STSJ Cataluña de 7 diciembre 2000 (Ar. 706 de 2001).

<sup>25</sup> Véase STSJ País Vasco de 30 abril 2002 (Ar. 2196).

<sup>26</sup> Véase STS de 18 febrero 2003 (Ar. 3372). Sobre los convenios colectivos «extraestatutarios», véase *infra*, Tema 31.

<sup>27</sup> Sobre la caótica terminología de los convenios colectivos a propósito de este asunto, véase J. MONTALVO CORREA, «Absorción y compensación de salarios en los convenios colectivos. Notas para un estudio», *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de Valencia*, núm. 2 (1971), págs. 5 ss. La terminología jurisprudencial es también heterogénea, hablándose al respecto de «absorción por compensación» (STSJ Cataluña de 8 julio 2002 [Ar. 2864]) o, con un intento incluso de definición, de que «la absorción es la desaparición de un concepto en otro y la compensación es la permanencia de ambos conceptos, pero disminuyendo en uno lo sumado en otro» (STSJ Canarias [Santa Cruz de Tenerife] de 22 julio 2002 [Ar. 2632]). Descartando que quepa diferenciar ambas nociones, véase E. GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, *La compensación y absorción de salarios*, IELSS (Madrid, 1984), págs. 143 ss.

De acuerdo con este precepto, cuando una norma de rango jerárquico superior (por ejemplo, el Real Decreto anual fijando el salario mínimo interprofesional) mejora las condiciones establecidas por otra norma de idéntico rango (esto es, el Real Decreto sobre salario mínimo interprofesional del año anterior), entonces las normas de rango jerárquico inferior a ellas (por ejemplo, un convenio colectivo) no resultan afectadas por dicha modificación o mejora reglamentaria, sino que simplemente la neutralizan (pues opera «la compensación y absorción»), de manera que dicha norma inferior (recuérdese, el convenio colectivo) continuará aplicándose en sus propios términos y sin necesidad de ser modificada, supuesto que siga respetando los nuevos mínimos reglamentarios (esto es, como afirma el artículo 26.5 del ET, por ser entonces «los salarios realmente abonados... más favorables para los trabajadores»).

Dada la frecuencia del supuesto de hecho que acaba de describirse, se explica que el artículo 27.1 del ET afirme que «la revisión del salario mínimo interprofesional no afectará ni a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando éstos, en su conjunto y en cómputo anual, fueran superiores a aquél».

Evidentemente, el principio favorece al empresario, al dotar de estabilidad a las fuentes normativas inferiores, a pesar de los cambios padecidos por las superiores en rango. Pero también favorece a los trabajadores cubiertos sólo por las normas de rango superior (cuyas condiciones mínimas se mejoran), dada la natural tendencia de que los mínimos se aproximen a las condiciones reales de trabajo. Incluso se favorece indirectamente a los trabajadores cubiertos por las normas inferiores no alteradas, que resultan estimulados para demandar una nueva mejora de estas últimas.

Téngase en cuenta que pueden cambiar no sólo disposiciones legales, sino también convenios colectivos (por eso, el artículo 26.5 del ET habla de «orden normativo o *convencional* de referencia»). Se trata de un supuesto de hecho frecuentísimamente previsto por los propios convenios colectivos, en los que suelen incluirse las denominadas «cláusulas de absorción y compensación». Estas cláusulas —que pueden referirse no sólo a la absorción y compensación de salarios, sino también a la absorción y compensación de cualesquiera otras condiciones de trabajo distintas reguladas en el propio convenio colectivo— permiten neutralizar las mejoras individuales (sobre todo salariales) que hubiesen convenido empresario y trabajador individual, en exceso sobre la regulación de las mismas contenida en el convenio colectivo de referencia.

Este supuesto de hecho lo describe gráficamente la jurisprudencia laboral, afirmando lo siguiente: «el incremento del salario mínimo interprofesional es absorbido, y por lo tanto no acrece, el salario superior que percibiera ya un trabajador en base a lo previsto en el convenio o pacto regulador de sus condiciones de trabajo, y, por lo mismo, el incremento salarial previsto en un convenio colectivo es absorbido y queda neutralizado por el salario mayor que

ya percibiera el trabajador afectado como consecuencia de gozar de un acuerdo particular entre él y su empresario»<sup>28</sup>.

La jurisprudencia laboral registra, con relativa frecuencia, «cláusulas de absorción y compensación» no solamente aplicables a los salarios (por ejemplo, cuando se afirma en el convenio colectivo que «las mejoras económicas o de cualquier clase contenidas en el presente convenio, son compensables con las que anteriormente pudieran existir, cualquiera que fuera el origen, la denominación o forma en que estuvieran concedidas»)»<sup>29</sup>.

Siempre según la jurisprudencia laboral, estas cláusulas convencionales cumplen «una función de “flexibilidad político-coyuntural”, en la medida en que el empresario posee la ventaja de poder realizar incrementos salariales voluntarios cuando se producen determinadas condiciones económicas y de empleo, haciéndolos... [neutralizar] una vez tales condiciones han desaparecido»<sup>30</sup>.

§5. También tiene carácter dinámico el principio de condición más beneficiosa adquirida, aunque —a diferencia del de absorción y compensación— no se encuentra claramente positivizado en ningún precepto del ET. En realidad, viene a ser la versión laboral del principio general de respeto a los derechos adquiridos<sup>31</sup>. Lo regulan los convenios colectivos, pero sólo aquéllos que excluyen la posibilidad de absorber o compensar las mejoras de que viniese disfrutando el trabajador, siempre y cuando se trate de mejoras incorporadas por pacto expreso o tácito a su contrato de trabajo. En estos casos, por tanto, se excepciona por el propio convenio colectivo la aplicación del principio de absorción y compensación. Y de ahí que las mejoras individuales en cuestión deban ser abonadas por el empresario —a pesar del cambio habido en el convenio colectivo de referencia— «además y aparte» respecto de las condiciones reguladas en dicho convenio colectivo, al tener el carácter de derechos adquiridos por el trabajador.

La aplicación de este principio presupone, ante todo, que haya pacto entre trabajador y empresario sobre concesión de la mejora<sup>32</sup>. Este pacto puede ser expreso (por ejemplo, «si se concede un plus de 10.000 ptas./mes sobre lo que marque el convenio»)»<sup>33</sup>. Pero también puede

<sup>28</sup> Véase STSud de 28 febrero 2000 (Ar. 2249).

<sup>29</sup> Véase STSJ Andalucía (Sevilla) de 26 enero 1999 (Ar. 843).

<sup>30</sup> Véase STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 6 mayo 1999 (Ar. 2363).

<sup>31</sup> Como recuerda A. OJEDA AVILES, «El principio de condición más beneficiosa», en L.E. DE LA VILLA GIL y L. LOPEZ CUMBRE (Directores), *Los principios del Derecho del Trabajo*, cit., pág. 171, nota 1, «en lo que probablemente sea el único caso de manifestación legal del principio, el artículo 25.2 del Estatuto de los Trabajadores determina que la promoción económica fijada en convenio colectivo o contrato individual se entiende sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente».

<sup>32</sup> Téngase en cuenta que «el artículo 14 de la CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales», de manera que «en la medida ... en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la CE o el ET, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad» (STC 2/1998, de 12 enero, por todas).

<sup>33</sup> Véase STSJ País Vasco de 11 septiembre 2001 (Ar. 967 de 2002).

ser tácito, en cuyo caso la jurisprudencia laboral habla —frente a la «sencilla vía del pacto o acuerdo expreso»— de «la más intrincada, a efectos de prueba, y difícil de la presunción y deducción de tal existencia a través de la reiteración en el tiempo de actos que... han de ser inequívocos y reflejar... los contornos y contenido de esa condición más beneficiosa, la cual, de otro lado, nunca puede ser confundida con las situaciones meramente toleradas o consentidas que, aun de modo reiterado y prolongado en el tiempo, no determinan la adquisición de un derecho para el trabajador»<sup>34</sup>.

Esto sentado, resulta preciso, además, que el convenio colectivo aplicable excluya la neutralización de la mejora individual en cuestión, bien de modo expreso (esto es, si el «Convenio Colectivo citado excluye expresamente la absorción y compensación de los incrementos salariales pactados y fijados en dicho Convenio con las mejoras que por cualquier concepto vinieran ya concediendo las empresas»<sup>35</sup>, bien de modo tácito (por ejemplo, si tienen carácter heterogéneo las mejoras cuya neutralización autoriza el convenio y la mejora individual pactada)<sup>36</sup>. Téngase en cuenta, sin embargo, que las cláusulas que los propios convenios colectivos denominan «de garantía *ad personam*»<sup>37</sup>—al menos en su versión estereotipada— en modo alguno garantizan, a pesar de su nombre, la integridad de estas mejoras<sup>38</sup>.

Por supuesto, si existe verdadera condición más beneficiosa adquirida, el empresario sólo puede eliminarla —supuesto que su mantenimiento alcanzase «un grado de onerosidad que la prudencia empresarial aconsejaba modificar»— empleando «el procedimiento establecido en el artículo 41... del ET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin que le fuera lícito la unilateral supresión del beneficio voluntariamente otorgado»<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Por todas, véase STSJ Madrid de 20 octubre 1993 (Ar. 4666).

<sup>35</sup> Véase STSJ Madrid de 18 septiembre 2001 (Ar. 4446).

<sup>36</sup> A este respecto, véanse STS de 29 marzo 2000 (Ar. 3134), a propósito de una condición más beneficiosa sobre vacaciones, o STS de 19 marzo 2001 (Ar. 4104), a propósito de cierta mejora voluntaria de Seguridad Social.

<sup>37</sup> Por ejemplo, la que propone como modelo el ACV-1997, en su artículo 15 —precisamente con el rótulo «Garantías “ad personam”»—, según el cual «las empresas respetarán las condiciones salariales más beneficiosas que hubieran pactado individual o colectivamente o unilateralmente concedido, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de absorción y compensación regulada en el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores». Sobre el ACV-1997, véase *infra*, Tema 28, §2 *in fine*.

<sup>38</sup> En efecto, si en el convenio sólo consta que «las empresas vienen obligadas a respetar las condiciones particulares que con carácter global y en cómputo anual excedan de las condiciones pactadas en el convenio, manteniéndose estrictamente “ad personam”,... de la redacción de este artículo... se desprende que las condiciones particulares que en cómputo anual excedan de las pactadas en el convenio se han de respetar en cuanto al exceso, *si éste existe después de efectuada la compensación o absorción*, es decir, que es la diferencia a favor del trabajador la que la empresa ha de respetar» (STSJ Andalucía [Sevilla] de 26 enero 1999 [Ar. 843], por todas). Supuesto que el convenio colectivo no excluya la compensación y absorción, la jurisprudencia laboral afirma que «no cabe duda que los derechos o facultades de absorción y compensación que el empresario puede ejercitar cada vez que se modifique el marco legal o convencional de referencia son renunciables», debiendo tenerse en cuenta que «esta renuncia a los derechos del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores puede hacerla el empresario de modo expreso o de modo tácito», existiendo esta última si el empresario no ejercita temporáneamente su derecho, dado que «el derecho del empresario a absorber y a compensar debe ejercitarse inmediatamente después de cada mejora o incremento salarial, pues si se deja transcurrir el tiempo por espacio suficiente, ello se entiende como expresión de la voluntad empresarial de no hacer uso de la absorción autorizada», aunque «tal facultad del empresario... renace cada vez que se produce una alteración del orden normativo o convencional de referencia que implique una mejora salarial» (STSJ Canarias [Las Palmas] de 31 octubre 2005 [Ar. 2962]).

<sup>39</sup> STSud de 19 marzo 2001 (Ar. 4104). Según la propia jurisprudencia laboral unificada, este mismo procedimiento debe utilizarse para la modificación de una condición más beneficiosa adquirida «de naturaleza colectiva», entendiéndose por tal la «establecida de forma genérica para todos los trabajadores de la empresa sin atender a ninguna condición individual de cada trabajador» (cfr. STSud de 9 abril 2001 [Ar. 5112]). Sobre el procedimiento novatorio en cuestión, véase *infra*, Tema 21, §5.

§6. Frente a todos los principios anteriores, el principio de irrenunciabilidad de los derechos es el más tradicional de los principios específicos del Derecho del Trabajo, pues se remonta al año 1900. Hoy aparece enunciado en el artículo 3.5 del ET, según el cual «los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos en las disposiciones legales de derecho necesario» (inciso 1º)<sup>40</sup>.

En esta materia, el punto de partida del Derecho del Trabajo es antitético respecto del Derecho Civil, puesto que el Código Civil sienta la regla general de renunciabilidad de los derechos, afirmando que «la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros» (artículo 6.2).

El principio en cuestión fue establecido por la Ley de accidentes de trabajo de 30 enero 1900, a cuyo tenor «serán nulos y sin valor toda renuncia a los beneficios de la presente ley, y, en general, todo pacto contrario a sus disposiciones» (artículo 19)<sup>41</sup>.

Hasta la promulgación del ET-1980, tanto la LCT-1931 (artículo 57) como la LCT-1944 (artículo 36) positivizaban el principio imponiendo la nulidad de «la renuncia hecha por el trabajador, antes o después de la celebración del contrato, de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidentes en el trabajo, perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato o cualesquiera otros beneficios establecidos por la ley».

Es un principio que presupone el carácter imperativo de las fuentes normativas laborales —esto es, los «mínimos de derecho necesario», anteriormente mencionados—, ya se trate de mínimos establecidos por disposiciones legales o reglamentarias o por los convenios colectivos, pues el artículo 3.5 del ET igualmente afirma que los trabajadores «tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo» (inciso 2º).

El artículo 245 de la LPL amplía el radio de operatividad del principio, al indicar que «se prohíbe la transacción o *renuncia* de los derechos reconocidos *por sentencias favorables al trabajador*».

Lógicamente, lo único prohibido por el precepto son las *renuncias expresas*, pues las renunciaciones tácitas —dejando transcurrir estérilmente los plazos legales para reclamar— no pueden legalmente prohibirse, dado que como regla nadie puede subrogarse en la posición jurídica del trabajador para reclamar judicialmente lo que le es debido.

<sup>40</sup> Sobre él, véase STSud de 28 abril 2004 (Ar. 4361).

<sup>41</sup> La jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, de los años diez y veinte del siglo pasado, relativa a este precepto, consta estudiada en L.E. DE LA VILLA GIL, «El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales», *Revista de Política Social*, núm. 85 (1970), págs. 50 ss.

Sólo por excepción, el artículo 20 de la LPL legitima a los sindicatos para actuar procesalmente en nombre e interés de sus afiliados, incluso sin poder expreso de éstos<sup>42</sup>.

§7. La finalidad de proteger al trabajador, tan tradicional y esencialmente caracterizadora del Derecho del Trabajo, y a la que responden sus diversos principios específicos, viene siendo últimamente trastocada como consecuencia de la proyección sobre el sistema de fuentes normativas laborales de principios economicistas, que han acabado popularizando no sólo en el lenguaje corriente, sino incluso también en nuestras propias fuentes, expresiones tales como, por ejemplo, «mercado de trabajo» —como si el trabajo fuese una mercancía—, «competitividad», «flexibilización», «adaptabilidad», etc. Se trata de un proceso cristalizado sobre todo en las grandes reformas de la legislación laboral operadas en 1994<sup>43</sup>, y que han producido en lo esencial dos consecuencias.

La exposición de motivos de la Ley 11/1994, de 19 mayo, de reforma parcial del ET-1980, la LPL-1990 y la LISOS-1988, constituye un compendio perfecto de toda esta nueva filosofía economicista. En ella, se califica al Derecho del Trabajo —cuyo «esquema de garantías para los trabajadores» corría el riesgo, al parecer, de convertirse en «una regulación puramente formal»<sup>44</sup>— como «normativa reguladora de las principales instituciones del *mercado de trabajo*»<sup>45</sup>, debiendo alcanzarse «el objetivo de la *adaptabilidad y flexibilidad* en las relaciones laborales»<sup>46</sup> y, también, el de «garantizar los elementos básicos de *competitividad* de una empresa»<sup>47</sup>, con la finalidad de hacer frente a «la progresiva internacionalización de la economía, expresada en fenómenos como el acceso al mercado y a la competencia mundial de países hasta entonces alejados del escenario económico, las exigencias de convergencia económica en el contexto europeo, la aceleración del proceso de innovación tecnológica, o los efectos de las fases bajas del ciclo económico»<sup>48</sup>.

En primer lugar, la llamada «desregulación», fenómeno consistente en la llamada hecha por las leyes y reglamentos laborales a los convenios colectivos, a los efectos de que estos últimos procedan a regular materias antes tratadas por las disposiciones legales<sup>49</sup>; todo ello, con la lógica consecuencia de reducción de los «mínimos de derecho necesario» y, también, del consiguiente debilitamiento de los principios de norma

<sup>42</sup> Véase *infra*, Tema 39, §4.

<sup>43</sup> Con reflexiones generales sobre los principios tradicionales del Derecho del Trabajo en la actualidad, véase J. CABEZA PEREIRO y F. FERNANDEZ PROL, «Principios de aplicación de las normas laborales», en el volumen *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 121 ss.

<sup>44</sup> Apartado 2, párrafo 3°.

<sup>45</sup> Apartado 5, párrafo 1°.

<sup>46</sup> Apartado 3, párrafo 1°.

<sup>47</sup> Apartado 3, párrafo 9°.

<sup>48</sup> Apartado 1, párrafo 5°.

<sup>49</sup> En la exposición de motivos de la citada Ley 11/1994 se habla de que «no cabe plantear una fórmula puramente desreguladora en el terreno laboral» (apartado 2, párrafo 1°), sino un «proceso de cesión de la norma estatal en favor de la convencional» (apartado 4, párrafo 3°).

más favorable y de irrenunciabilidad de los derechos. En segundo lugar, y sobre esta base, la posible «regresividad» de los convenios colectivos, reconociéndose expresamente —a partir de 1994— la posibilidad de «derogación y disponibilidad por el convenio del contenido del convenio anterior y de los derechos reconocidos en el mismo»<sup>50</sup>, cabiendo por ello mismo la existencia de convenios colectivos que no sólo no mejoren, sino que incluso empeoren —por razones de competitividad, adaptabilidad, etc.— las condiciones de trabajo que venían aplicándose a los trabajadores.

Constituye hoy un tópico jurisprudencial la afirmación de que «ante una sucesión de Convenios... cabe que el nuevo Convenio Colectivo o pacto sea más regresivo que el anterior lo que significa no sólo que el Convenio Colectivo más moderno puede introducir una regulación menos favorable a los trabajadores, sino que éstos no pueden invocar frente a esa regulación el mantenimiento “ad personam” de las condiciones de trabajo... de la norma convencional anterior más favorable, pero ya derogada»<sup>51</sup>.

En todo este contexto, no extraña el aparente desplome actual del tradicional principio «*pro operario*»—nunca positivizado en ningún concreto precepto de la legislación laboral—, que la jurisprudencia del TS había creado en 1927<sup>52</sup> y que era un principio interpretativo de las fuentes normativas laborales —en teoría, si un precepto laboral admitiese varios sentidos o interpretaciones, ante la duda (*in dubio*), debía escogerse siempre aquel sentido o interpretación que fuesen más favorables para el trabajador (*pro operario*)—, pues la Sala de lo Social del TS aparentemente lo ignora en los casos que resuelve, desde hace ya casi cuatro lustros.

Este hecho se ha justificado, desde un punto de vista técnico, indicando —sobre la base del nuevo contexto economicista aludido— que «los criterios de interpretación del artículo 3.1 del Código Civil y del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tienen preferencia sobre el principio *in dubio pro operario*, que sólo puede jugar cuando, después de haberse agotado los restantes criterios legales, subsiste la duda», de manera que «su espacio queda así notablemente reducido, pues el principio no se aplica cuando surge la duda, sino cuando ésta no ha podido ser superada»<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Esta expresión, en la exposición de motivos de la citada Ley 11/1994 (apartado 4, párrafo 6°).

<sup>51</sup> Véase STS de 2 diciembre 1998 (Ar. 10187), y las que cita. Esta doctrina ha sido dramáticamente oficializada por STSud (Sala General) de 16 julio 2003 (Ar. 7256). Sobre los preceptos legales ahora amparadores del fenómeno, véase *infra*, Tema 30, §6.

<sup>52</sup> Al respecto, a propósito de pleitos sobre accidentes de trabajo, véanse SsTS (Sala 1ª) de 30 marzo y 7 abril 1927, estudiadas por J. GARATE CASTRO, «El principio “in dubio pro operario”», *Revista de Política Social*, núm. 135 (1982), pág. 184.

<sup>53</sup> Véase A. DESDENTADO BONETE, «El principio pro operario», en L.E. DE LA VILLA GIL y L. LOPEZ CUMBRE (Directores), *Los principios del Derecho del Trabajo*, cit., pág. 97, quien reconoce —sobre la base siempre de análisis jurisprudenciales— la mayor vitalidad del principio en el ámbito de la interpretación de la legislación de Seguridad Social, como principio «*in dubio pro beneficiario*» (págs. 100 ss.).





---

## TEMA 4 EL AMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. El trabajo dependiente. §2. Es un trabajo voluntariamente prestado. §3. Por cuenta ajena. §4. En virtud de un contrato. §5. Que es un contrato privado. §6. No regulado por el Derecho común. §7. Los indicios del trabajo asalariado típico.

§1. El Derecho del Trabajo no regula cualquier tipo de trabajo humano, sino sólo el que originariamente se llamaba trabajo «asalariado»<sup>1</sup> y que luego, durante buena parte del siglo XX, acabó denominándose trabajo subordinado o «dependiente»<sup>2</sup>. El ET ya no utiliza hoy la expresión tradicional «trabajo dependiente», pero pretende delimitar este peculiar tipo de trabajo humano —único que le interesa regular— de dos modos distintos, aunque rigurosamente complementarios<sup>3</sup>.

En la legislación laboral vigente, continúa hablando de «trabajadores *dependientes*» la LPL (artículo 243.1); y de «dependencia», también algún reglamento de desarrollo del ET, como el Real Decreto 1424/1985, de 1 agosto, regulador de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, en su artículo 1.2 («... persona que, *dependientemente*, y por cuenta de aquel...») y sobre todo en su artículo 2.2, que expresamente considera la «dependencia» como uno de los «presupuestos configuradores» de la naturaleza laboral de este peculiar tipo de relación.

Fuera de la legislación laboral, presuponen el concepto la Ley 12/1992, de 27 mayo, reguladora del contrato de agencia, al calificar el concreto tipo de mandatario que regula

---

<sup>1</sup> Al amparo de los artículos 1586 y 1587 del Código Civil («los criados de labranza [o simplemente «criados»], menestrales, artesanos y demás *trabajadores asalariados*»).

<sup>2</sup> Al amparo tanto de la LCT-1931 como de la LCT-1944, cuyos respectivos artículos 2, párrafo 1º, afirmaban que «el objeto del contrato a que se refiere esta Ley es todo trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo *dependencia* ajenas, o todo servicio que se preste en iguales condiciones». Por su parte, la Ley de Relaciones Laborales seguía afirmando en 1976 que «todas las actividades laborales retribuidas que se realizan por cuenta y *dependencia* ajenas, salvo las excluidas expresamente en el artículo segundo, se considerarán incluidas en la presente Ley y demás normas reguladoras de las relaciones de trabajo».

<sup>3</sup> Véase A. MONTOYA MELGAR, «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 91 (1998), págs. 709 ss.

como «intermediario independiente» (artículo 1), y al excluir de su ámbito los «representantes y viajantes de comercio dependientes» (artículo 2.1); y también, la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, al referirse a «los créditos por trabajo personal no dependiente» (artículo 91.3°).

En primer lugar, mediante la definición positiva del tradicionalmente llamado «trabajo dependiente», al afirmar en su artículo 1.1 que quienes realizan este tipo de trabajo son, literalmente, «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». Como se ve, se trata de una definición muy abstracta y muy genérica —lo que evidentemente le resta utilidad—, pues pretende aludir con sólo unas pocas palabras a la prácticamente infinita variedad de concretas especies de trabajo humano comprendidas en el ámbito de aplicación del ET, precisamente por tratarse de trabajos «dependientes».

La clave de esta definición legal, también reproducida en el artículo 8.1 del ET, radica en la expresión «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona»; expresión con la que, en realidad, se pretende aludir a la «dependencia». Procede de una STS de 9 febrero 1966 (Ar. 496), relativa a la incompetencia para conocer del concreto supuesto de hecho que enjuiciaba, pues «faltan las notas que siguen siendo típicas [del contrato de trabajo]..., de dependencia y subordinación, si bien limitadas... a que el obrero se halle *situado en la esfera organizativa, rectora y disciplinaria* de su patrono»; afirmación esta última, indicativa de la «dependencia atenuada de los servicios de alta técnica» (esto es, los de abogados, médicos, arquitectos, etc.)<sup>4</sup>, luego convertida en «expresión inveterada de la jurisprudencia»<sup>5</sup>, que por ello mismo acabó reproduciendo, a su modo, el artículo 1.1 del ET-1980<sup>6</sup>.

En segundo lugar, perfilando negativamente o por exclusión los contornos del «trabajo dependiente», mediante la indicación de qué concretos tipos de trabajo humano no resultan comprendidos en esa definición abstracta previa. Estos concretos trabajos excluidos de su ámbito —y, por ello mismo, «no dependientes»— aparecen mencionados en dos preceptos distintos del ET, que son su artículo 1.3 y su disposición final 1ª.

Se trata de dos preceptos que contienen una *casuística* y aparentemente caótica relación de hasta ocho tipos distintos de trabajo, afirmando el artículo 1.3 —a propósito de siete de ellos, correlativamente ordenados

<sup>4</sup> Por todas, STCT de 28 mayo 1974 (Ar. 2587).

<sup>5</sup> Así la califica, por ejemplo, una STCT de 4 marzo 1983 (Ar. 3907).

<sup>6</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, *La contratación laboral de los servicios profesionales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad (Santiago de Compostela, 1988), págs. 29-30.

de la letra a) a la letra g)— que se trata de trabajos que «se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley», mientras que la citada disposición final 1ª se limita a referirse, por su parte, a la exclusión del «trabajo realizado por cuenta propia».

Pues bien, reconduciendo ese aparente caos legal de trabajos excluidos a un cosmos o secuencia lógica —que permita identificar, además, los rasgos definatorios del verdadero trabajo «dependiente»—, resultarían sólo los cinco tipos de trabajos excluidos siguientes: las prestaciones personales obligatorias (cfr. *infra*, §2); los trabajos familiares (cfr. *infra*, §3); los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad (cfr. *infra*, §4); el trabajo prestado en régimen de Derecho Administrativo (cfr. *infra*, §5); y el trabajo por cuenta propia (cfr. *infra*, §6).

§2. El trabajo «dependiente» es, en primer lugar, un trabajo voluntariamente prestado. Y por eso, el artículo 1.3.b) del ET excluye de su ámbito «las prestaciones personales obligatorias».

Se trata de una exclusión tradicional, ya registrada por una STS de 7 julio 1931 (Ar. 3854), según la cual no tenía naturaleza de accidente de trabajo el que cierta persona «sufrió... realizando... prestación personal en un Ayuntamiento», pues «el lesionado en este caso trabajaba en virtud de un precepto legal que impone contribuir con el esfuerzo personal de los vecinos al cumplimiento de servicios de interés y beneficios comunes, encomendados a una entidad administrativa, lo que no puede reputarse consecuencia de un contrato, sino del cumplimiento de un deber».

Lógicamente, esta exclusión no se refiere a la esclavitud (o «trabajo forzoso» por antonomasia), sino a trabajos de utilidad pública que ciertas categorías de personas se ven temporalmente obligadas a realizar bajo la compulsión, si no los realizan, de que se les imponga una sanción por parte de la Administración Pública.

Estas razones de utilidad pública explican que el viejo Convenio núm. 29 de la OIT de 28 junio 1930, ratificado por España en 1932, no considere «trabajo forzoso u obligatorio», a efectos de su prohibición, las citadas «prestaciones personales obligatorias», que describe con toda pulcritud en su artículo 2.2.

De este Convenio parece traer causa la regulación del tema contenida en la CE, la cual exige que la imposición de este tipo de prestaciones sólo puede hacerla una norma con rango de «ley» (artículo 31.3).

También resulta de interés el artículo 9.c) de este mismo Convenio, según el cual no cabe imponer la realización de prestaciones personales obligatorias «sin cerciorarse previamente de que... ha sido imposible procurarse la mano de obra voluntaria para la ejecución de este servicio

o trabajo, a pesar de la oferta de salarios y de condiciones de trabajo iguales, por lo menos, a las que prevalecen en el territorio interesado para trabajos o servicios análogos»<sup>7</sup>.

Un caso relativamente tradicional, por ejemplo, es el de los denominados «trabajos de colaboración social» —definidos en el artículo 213.3 de la LGSS<sup>8</sup>—, respecto de los que la LISOS considera infracción grave de los perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo «negarse a participar» en ellos [artículo 25.4.b)], sancionando tal negativa con la «pérdida de tres meses de prestaciones», en el caso de la primera infracción, y con la «extinción de prestaciones», en el caso de la tercera [artículo 47.1.b)].

Aunque excluidas del ámbito de aplicación de la legislación laboral, estas prestaciones personales obligatorias quedan cubiertas por la legislación de Seguridad Social, al menos a efectos de protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Y precisamente con esta salvedad, el artículo 2.b) de la Ley de Relaciones Laborales —precedente normativo inmediato del citado artículo 1.3.b) del ET— procedió a mencionarlas en 1976, por vez primera en nuestra legislación laboral. En ejecución de este precepto legal, se dictó el todavía vigente Real Decreto 2765/1976, de 12 noviembre, aunque sólo se refiere a accidentes de trabajo o enfermedades profesionales con ocasión o por consecuencia de prestaciones personales obligatorias impuestas en el ámbito de la Administración Local.

Dada igualmente su falta de «voluntariedad», pero ahora relativa al desistimiento, resulta lógico que el Real Decreto 782/2001, de 6 julio, afirme que la pena de «trabajos en beneficio de la comunidad», en los que no existe «relación laboral», aparezca en él regulada «al modo como se protegen las prestaciones personales obligatorias», mediante «su inclusión en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social en los casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional»<sup>9</sup>.

**§3.** El trabajo «dependiente» es, en segundo lugar, un trabajo voluntariamente prestado por cuenta ajena, entendiendo esta última expresión en el sentido primario o elemental —y más tradicional— de

<sup>7</sup> Extrayendo consecuencias, véase J.I. GARCIA NINET y J.J. MORRO LOPEZ, «Prestaciones personales obligatorias», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. I, Edersa (Madrid, 1990), págs. 100 ss.

<sup>8</sup> Según este precepto, «los trabajos de colaboración social que la entidad gestora puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo no implicarán la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que se presten dichos trabajos, manteniendo el trabajador el derecho a recibir la prestación o el subsidio por desempleo que le corresponda» (párrafo 1º); a tal efecto, «la entidad gestora promoverá la celebración de conciertos con las Administraciones Públicas en los que se identifiquen, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, dichos trabajos de colaboración social que, en todo caso, deben reunir los siguientes requisitos: a) Ser de utilidad social y redundar en beneficio de la comunidad. b) Tener carácter temporal. c) Coincidir con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado. d) No suponer cambio de residencia del trabajador» (párrafo 2º).

<sup>9</sup> Cfr. su exposición de motivos, párrafo último. Sobre el tema, véase J.A. BRANDARIZ GARCIA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), págs. 107 ss.

que se preste trabajo no en favor simplemente de «otro» (lo que sólo implicaría «alteridad», pero no necesariamente «ajenidad»), sino en favor precisamente de otro que es un tercero o «ajeno», esto es, de quien no está ligado al que trabaja por estrechos vínculos de parentesco<sup>10</sup>. Y por eso, el artículo 1.3.e) del ET excluye de su ámbito «los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo»<sup>11</sup>.

La «ajenidad» así conceptualizada —el precedente judicial sobre el tema es una STS (Sala 1ª) de 21 enero 1873<sup>12</sup>— resulta ser presupuesto general de la contratación, como lo prueba el dato, por ejemplo, de que los tribunales civiles se nieguen, en principio, a admitir que quepa la existencia de contrato de arrendamiento de servicios profesionales entre parientes muy próximos<sup>13</sup>. A esta concepción tradicional se acomodaba la definición dada por el Real Decreto de 19 abril 1905, aprobando el reglamento de la Ley de Descanso Dominical de 1904, según el cual «se entiende que es trabajo *por cuenta ajena* el que se realiza por orden de un *tercero*, sin más beneficio para el que lo ejecuta que el jornal que reciba» (artículo 3).

Para que se presuma que existe esta exclusión tienen que darse al mismo tiempo las dos circunstancias siguientes: 1) parentesco con el beneficiario del trabajo, precisando el artículo 1.3.e) del ET que «se considerarán familiares, a estos efectos,... el cónyuge, los descendientes, ascendientes y

<sup>10</sup> Desde el ya clásico estudio de M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 71 (1966), págs. 162 ss., el de la «ajenidad» es uno de los temas más polémicos y debatidos de nuestra ciencia. Así, se habla doctrinalmente de ajenidad en los riesgos (cfr. G. BAYON CHACON y E. PEREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Vol. I, 6ª ed., Marcial Pons [Madrid, 1965-1966], págs. 18 ss.), de ajenidad en los frutos (cfr. M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Civitas [Madrid, 2002], págs. 73 ss.), de ajenidad en la titularidad de la organización (cfr. I. ALBIOL MONTESINOS, «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de Valencia*, núm. 1 [1971], pág. 41), de ajenidad en la titularidad patrimonial (cfr. A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Tecnos [Madrid, 2005], págs. 37 y 38) e incluso de ajenidad en el mercado (cfr. M.R. ALARCON CARACUEL, «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28 [1986], págs. 495 ss.).

<sup>11</sup> Véase J. GARATE CASTRO, «Trabajos familiares (algunas consideraciones jurisprudenciales para su estudio)», *Revista de Política Social*, núm. 132 (1981), págs. 223-229.

<sup>12</sup> El caso que enjuiciaba se refería a la reclamación de cantidad de cierta mujer frente a su cuñado «por los 10 años que [le] había prestado su industria personal»; reclamación que desestimó, pues en este caso «el contrato *facio ut des*... así como el de locación... de servicios, no se han realizado entre los litigantes ni existen bajo ningún concepto, faltando también el derecho de suponerlos o presumirlos», dado que «los servicios... se los prestaban [dichas personas] *a sí mismas*», «acomodándose... al régimen de familia establecido en beneficio de todos», obteniendo de este modo por «compensación su alimentación, asistencia y demás ventajas consiguientes a la vida doméstica y común entre personas unidas por tan estrechos vínculos de parentesco».

<sup>13</sup> Cfr., por ejemplo, STS (Sala 1ª) de 25 mayo 1992 (Ar. 4378), según la cual «la asunción de la defensa de parientes dentro de los límites que establece el artículo 20 del Estatuto General de la Abogacía por quien tiene el título de Licenciado en Derecho y es habilitado para ello, carece de ese carácter de onerosidad esencial del contrato de arrendamiento de servicios».

demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción»<sup>14</sup>; y 2) convivencia con esa misma persona, pues —de acuerdo siempre con el mismo precepto del ET— la exclusión sólo juega «siempre que convivan con el empresario».

El artículo 1.3.e) del ET se corresponde con el artículo 7.2 de la LGSS —precepto aplicable a todo el sistema de Seguridad Social—, según el cual «no tendrán la consideración de trabajadores *por cuenta ajena*, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo»<sup>15</sup>.

Mediando estas dos circunstancias, la destrucción de la presunción, a través de la práctica de la correspondiente prueba en contra de que se era «asalariado» y de que, por tanto, no se estaba «a cargo» del supuesto empresario<sup>16</sup>, corresponde siempre a quien prestaba el trabajo presuntivamente familiar.

Según reiterada jurisprudencia laboral, dictada a propósito de la reclamación por el trabajador familiar de prestaciones por desempleo una vez extinguido su supuesto contrato de trabajo, la aportación por él de contratos de trabajo, nóminas y boletines de cotización al régimen general de la Seguridad Social, a pesar de haberse cotizado por desempleo, no destruye la presunción *iusuris tantum* de que existió trabajo familiar<sup>17</sup>.

Según una STSud de 18 marzo 1998 (Ar. 3724), aunque «en puridad, cuando el empresario es una persona jurídica no puede hablarse de los “parientes del empresario”», si cabe aplicar en este caso «la doctrina del levantamiento del velo» —para concluir que

<sup>14</sup> Si «el parentesco de los afectados... es de tío y sobrino», quedan «fuera del límite de “segundo grado”» (cfr. STCT de 17 noviembre 1987 [Ar. 25267]). Sobre que «el vínculo de afinidad crea una relación recíproca o bilateral», que emparenta a un cónyuge con los consanguíneos del otro y a éstos con aquél, de manera que «no sólo es cuñado el hermano del cónyuge, sino también el cónyuge del hermano», véase STSud (Sala General) de 18 febrero 1998 (Ar. 2209). Acerca de la inexistencia de «familia», aun en el caso de convivencia extramatrimonial entre hombre y mujer con hijos comunes, véase STSud de 24 febrero 2000 (Ar. 2236), sin duda muy condicionada por el temor a trastocar el régimen de la pensión de viudedad. Para una crítica —creo que fundada— de la doctrina de esta última sentencia, véase J. MARTINEZ GIRON, «Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 21 ss. Confirmando que en el caso de la convivencia extramatrimonial con hijos comunes no existe trabajo familiar —pero tampoco verdadero contrato de trabajo, por falta de ajenidad—, a propósito de una reclamación por despido, véase STSud de 16 diciembre 2005 (Ar. 7821).

<sup>15</sup> Acerca de la necesidad de una lectura «conjunta» de los preceptos laborales y de Seguridad Social reguladores del tema, véanse las SsTC 79/1991, de 15 abril; y 2/1992, de 13 enero.

<sup>16</sup> Acerca de que «lo que se refiere al requisito de estar a cargo, o lo que es igual depender económicamente del pariente con el que se convive, también resulta de los propios hechos probados, pues los únicos ingresos con que cuenta la demandante son los correspondientes a las remuneraciones que le abona... su padre... dimanantes de la explotación del negocio familiar», véase STSJ Cataluña de 25 abril 2005 (Jur. 122217).

<sup>17</sup> Pues se trata de medios de prueba con credibilidad muy debilitada, al consistir en «documentos... elaborados por las partes, unidas por relación de parentesco» (cfr., por todas, STSJ Cantabria de 5 junio 1998 [Ar. 2176]; también, STSJ Canarias [Las Palmas] de 18 noviembre 2005 [Jur. 35304 de 2006]).

el reclamante era trabajador familiar excluido—, probando que tal «persona jurídica estaba siendo utilizada instrumentalmente»<sup>18</sup>.

En fin, aunque excluidos del ámbito del Derecho del Trabajo y de la protección de Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena, estos familiares excluidos —siempre y cuando trabajasen en la empresa familiar con carácter habitual— quedan comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social como trabajadores autónomos<sup>19</sup>.

**§4.** El trabajo «dependiente» es, en tercer lugar, un trabajo voluntariamente prestado por cuenta ajena en virtud de un contrato. Y por eso, el artículo 1.3.d) del ET excluye de su ámbito «los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad», pues se trata de trabajos que se prestan en favor de un ajeno con mera intención de liberalidad y sin ningún ánimo de vincularse contractualmente al mismo<sup>20</sup>.

Dado que el que trabaja amistosamente, benévolamente, etc., lo hace por cuenta de un tercero —y por tanto, en régimen de «ajenidad», de acuerdo con el concepto más tradicional de la misma que venimos defendiendo—, el molde de Derecho común en que encaja esta nueva exclusión no puede ser otro que el de la «gestión de negocios *ajenos*» de los artículos 1888 y siguientes del Código Civil, que en todo caso se realiza «sin convenio» y, eventualmente, «por oficio de piedad» (artículo 1894).

Lo normal es que se trate de servicios ocasionales o esporádicos, con independencia de cuál sea la mayor o menor entidad de los mismos.

Viene a confirmarlo así la LGSS cuando afirma que «no darán lugar a inclusión en... [el] Régimen General los... trabajos... que se ejecuten *ocasionalmente* mediante los llamados servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad» [artículo 98.a)].

La normativa reguladora del régimen especial agrario de la Seguridad Social, al efecto de no disuadir e incluso fomentar la realización de trabajos agrícolas de buena vecindad, impone que «en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional se otorgarán las correspondientes prestaciones a... [las] personas que sin reunir... [las] condiciones [para estar comprendidas como trabajadores por cuenta ajena en el campo de aplicación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social] se encontrasen *de hecho* prestando servicios como

<sup>18</sup> A propósito de la reclamación de prestaciones por desempleo, concluyendo que si «la demandante suscribió contrato de trabajo con una empresa familiar, en la que el 75 por ciento de las participaciones en las que está dividido el capital social pertenecen a los padres, con los que convive, razón por la cual le es aplicable la presunción *iuris tantum* contenida en el artículo 1.3.e)», véase STSJ Extremadura de 9 marzo 2005 (Ar. 532).

<sup>19</sup> Al amparo de la normativa —no del todo coordinada con la legislación laboral, sobre todo en lo tocante a los grados de parentesco— reguladora del régimen especial de Seguridad Social de trabajadores autónomos o, en su caso, de los regímenes especiales de Seguridad Social agrario o del mar. En este sentido, por ejemplo, véase STS (Sala 3ª) de 15 julio 1997 (Ar. 6224), confirmando la «sanción de pérdida automática de la prestación por desempleo con devolución de las indebidamente percibidas» —sobre la base de que un perceptor de tales prestaciones no puede realizar trabajo ninguno por cuenta propia—, dado que «el trabajo de atención y colaboración en el bar propiedad de su esposa... es claro... que se debe entender y estimar... como por cuenta propia».

<sup>20</sup> Véase M. ALONSO OLEA, «Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. Trabajos familiares [En torno al artículo 1.3.d) y e)]», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), págs. 83 ss.

trabajadores *por cuenta ajena*, en labores agropecuarias, al producirse tales contingencias»<sup>21</sup>. En estos casos, y supuesto que el accidentado tuviese la condición de afiliado como trabajador agrícola autónomo, la responsabilidad recae sobre la entidad gestora de este régimen especial de Seguridad Social<sup>22</sup>.

Por tanto, cuando no exista dicha ocasionalidad, hay que presumir que existe verdadero trabajo «dependiente», salvo en el caso del trabajo habitual altruista y solidario prestado a organizaciones sin ánimo de lucro, al amparo de la Ley 6/1996, de 15 enero, reguladora del «voluntariado social», pues en estos otros casos lo que provoca la exclusión es la existencia de un certificado o «escrito», con verdadera eficacia constitutiva de la condición de voluntario, por virtud del cual se formaliza el acuerdo o compromiso de incorporación del voluntario en cuestión a la organización correspondiente<sup>23</sup>.

Téngase en cuenta que esta Ley excluye de su ámbito «las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas o prestadas al margen de organizaciones públicas o privadas sin ánimo de lucro, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad» (artículo 3.2).

**§5.** El trabajo «dependiente» es, en cuarto lugar, un trabajo voluntariamente prestado por cuenta ajena en virtud de un contrato, que es un contrato de Derecho privado. Y por eso, el artículo 1.3.a) del ET excluye de su ámbito «la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, Corporaciones Locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias»; todo ello, por resultar obvio que se trata en estos casos de trabajos prestados en virtud de un título de carácter jurídico-público regulado por el Derecho Administrativo.

El carácter jurídico-público del título en cuestión resulta aquí decisivo<sup>24</sup>, pues si se prescindiese de este dato, entonces no quedaría más remedio que concluir que este nuevo tipo de trabajo excluido es, por lo general, objetivamente indistinguible del verdadero trabajo asalariado

<sup>21</sup> Véase artículo 24.b) del Decreto 2123/1971, de 23 julio; y artículo 54.b) del Decreto 3772/1972, de 23 diciembre. Sobre la rectificación por estos preceptos de jurisprudencia anterior, que se remonta incluso a 1926, véase J. GARATE CASTRO, «Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad (Notas jurisprudenciales para un estudio)», *Revista de Política Social*, núm. 131 (1981), págs. 191-192.

<sup>22</sup> Cfr. STS de 6 marzo 1972 (Ar. 1061).

<sup>23</sup> Cfr. su artículo 9.1. Sobre la trascendencia de dicho documento formalizando el «compromiso de incorporación del voluntario», véase STSJ Andalucía (Sevilla) de 2 febrero 2004 (Ar. 10).

<sup>24</sup> Una STSJ Castilla y León (Burgos) de 6 abril 1998 (Ar. 1367) hace suya la reiterada afirmación jurisprudencial, relativa a que «el carácter manual de la prestación concertada no constituye un criterio seguro de delimitación entre formas administrativas y laborales de contratación». Por supuesto, si «no se suscribió contrato alguno» con la Administración —y no existe, por tanto, título jurídico-público habilitante de la prestación de servicios—, «rige la presunción [de laboralidad de los servicios]» (cfr. STSud de 9 febrero 1994 [Ar. 2471]).



prestado en virtud de un contrato de trabajo para la Administración Pública, sobre todo teniendo en cuenta que la propia legislación de funcionarios afirma expresamente que estos últimos prestan sus servicios en situación de «dependencia» orgánica, funcional y jerárquica<sup>25</sup>.

Este título jurídico-público habilitante puede ser, en primer lugar, el «nombramiento» como funcionario público, bien para prestar servicios como funcionario de carrera, bien para hacerlo como funcionario de empleo (esto es, interino o eventual).

Según la jurisprudencia laboral, el «nombramiento es... un verdadero acto administrativo, que como tal se ha de presumir válido y conforme a la ley en tanto no se declare su nulidad o ineficacia por los cauces legales adecuados, siendo obvio que la impugnación del mismo... tiene que llevarse a efecto necesariamente ante los Tribunales de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa»<sup>26</sup>.

Puede ser también, en segundo lugar, el «nombramiento» como personal «estatutario» sanitario facultativo, sanitario no facultativo y no sanitario, que «desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas [en Galicia, del SERGAS] o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado»<sup>27</sup>. En efecto, a pesar de su denominación (personal «estatutario»), se trata de personas ligadas a su Administración sanitaria empleadora por una «relación funcional especial»<sup>28</sup>. Y frente a lo que venía siendo tradicional en España<sup>29</sup>, de los litigios entre ambos sólo pueden conocer en la actualidad los tribunales de lo contencioso-administrativo.

Esto último lo confirman sendas SsTSud (Sala General) de 16 y 21 diciembre 2005 (Ar. 7821 y 535 de 2006), concluyendo que el artículo 45 de la LGSS-1974 «quedó derogado por la Disposición derogatoria de la Ley 55/2003, por contradecir lo en ella dispuesto y, en consecuencia desde la entrada en vigor de esta norma son competentes para el conocimiento de estos litigios los Juzgados y Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo»<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Sobre la «dependencia» orgánica y funcional de los funcionarios del Estado, véase artículo 2 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de medidas para la reforma de la función pública; sobre su «dependencia» jerárquica, artículo 64 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 febrero 1964.

<sup>26</sup> Cfr. STSud de 20 octubre 1998 (Ar. 9991).

<sup>27</sup> Véase artículo 2.1 de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, aprobando el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Sobre la norma, en externo, véase T. SALA FRANCO, *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 diciembre)*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), págs. 35 ss.

<sup>28</sup> Véase artículo 1 de la Ley 55/2003.

<sup>29</sup> Acerca de su régimen de siempre, véase F. CAVAS MARTINEZ y A.V. SEMPERE NAVARRO, *El personal estatutario de la Seguridad Social en la doctrina de unificación (1991-1998)*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1999), págs. 145 ss.

<sup>30</sup> El citado artículo 45 de la LGSS-1974 sentaba la regla, en su apartado 2, de que «sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación, la Jurisdicción de Trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal».

Puede ser, en tercer lugar, igualmente un «contrato administrativo», como los «de consultoría y asistencia», y «de servicios» (estos últimos, para realizar trabajos de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, entre otros supuestos), definidos en el artículo 196 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio<sup>31</sup>.

Según la jurisprudencia laboral, que detecta aquí la existencia de fraudes, «cuando la contratación administrativa se ha efectuado al amparo de una ley, pero con *flagrante desviación* del cauce legal previsto», entonces «el conocimiento de los litigios surgidos en estas relaciones de servicios, en las que se aprecia a simple vista un *desajuste entre la realidad de los hechos y la norma legal de amparo*, corresponde a la jurisdicción social»<sup>32</sup>.

**§6.** En fin, el trabajo «dependiente» es un trabajo prestado en virtud de un contrato de Derecho privado no regulado por el Derecho común, esto es, no regulado por el Derecho Civil o Mercantil<sup>33</sup>. Y por eso, la disposición final 1ª del ET, remitiéndose implícitamente a ese Derecho común, afirma que «el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente».

Algunos de estos preceptos excepcionales son, por ejemplo, los artículos 3.1 y 41 de la Ley 31/1985, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales; o también, el artículo 3.1 de la LOLS.

De entre estos otros contratos privados, distintos del contrato de trabajo regulado por la legislación laboral, que también permiten trabajar, el artículo 1.3 del ET se refiere sólo a dos de ellos<sup>34</sup>, que son: 1) el contrato de mandato, para excluir de su ámbito a los miembros de los órganos de administración de las empresas societarias, dada su condición de representantes necesarios de la persona jurídica empresarial en cuestión, y en los que, por tanto, dicha persona jurídica se encarna<sup>35</sup>; 2) de nuevo el contrato de mandato, para excluir de su ámbito a deter-

<sup>31</sup> Al respecto, véanse SsTSud de 19 mayo y 27 julio 2005 (Ar. 5444 y 8344), a propósito de profesores de inglés contratados por el Ministerio de Defensa.

<sup>32</sup> Cfr. STSud de 29 septiembre 1998 (Ar. 7583). La doctrina en cuestión arranca de una STSud (Sala General) de 2 febrero 1998 (Ar. 1248).

<sup>33</sup> Sobre el tema, fundamental, véase J. LUJAN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1994), págs. 44 ss.

<sup>34</sup> Sobre uno no mencionado expresamente por el ET y muy frecuente en la realidad actual, véase A. MARTIN VALVERDE, «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en el Vol. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1990), págs. 209 ss.

<sup>35</sup> Véase A. BLASCO PELLICER, *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1995), págs. 15 ss.

minados representantes de comercio que actúan como mandatarios mercantiles por cuenta ajena pero en nombre propio y, por tanto, aparentando ante terceros que eran ellos el verdadero empresario<sup>36</sup>; y 3) por último, el contrato de transporte, para excluir de su ámbito —corrigiendo algunos excesos de la jurisprudencia laboral<sup>37</sup>— al transportista administrativamente autorizado para realizar su actividad con vehículos comerciales de servicio público.

Se excluye, más en concreto, según el artículo 1.3.c), «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo»<sup>38</sup>; según el artículo 1.3.f), «la actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma»<sup>39</sup>; y según el artículo 1.3.g), párrafo 2º, «la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador»<sup>40</sup>.

§7. En la práctica, sin embargo, resulta absolutamente imprescindible tener en cuenta que los tribunales laborales, al efecto de determinar en el caso concreto si se encuentran o no ante un verdadero trabajador «dependiente» cubierto por el ET, lo que normalmente hacen es precisar si en el caso en cuestión concurren o no los rasgos indiciarios del trabajo asalariado «típico», tal y como socialmente suele concebirse a este último.

<sup>36</sup> Véase A. CAMARA BOTIA, «Los representantes de comercio [En torno a los artículos 1.3.f) y 2.1.f) del ET]», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), págs. 91 ss.

<sup>37</sup> A partir de una famosa STS de 26 febrero 1986 (Ar. 834), relativa a la laboralización de los denominados «mensajeros», la jurisprudencia laboral amplió «el margen de irrelevancia del medio de transporte... [y] de la motocicleta se pasa a la furgoneta, y luego al camión», abandonándose incluso «más tarde el criterio del costo de adquisición del vehículo y aún incluso el dato del importe de la compensación percibida por el servicio», para acabar concluyendo que «los transportistas que prestaban servicios con asiduidad a cualquier tipo de empresas mantenían con las mismas una relación de naturaleza laboral» [cfr. M.C. GARCIA VALVERDE, «El transportista con vehículo propio. El “perfecto” acomodo constitucional del artículo 1.3, g) del Estatuto de los Trabajadores. A propósito de las SS.T.C. 227/1998 y 5/1999», *Tribuna Social*, núm. 106 (1999), pág. 23].

<sup>38</sup> Este precepto debe leerse en conjunción con el artículo 2.1.a) del propio ET, a propósito de la relación laboral especial de alta dirección; y también, con los artículos 97.2.a) y 97.2.k), y con la disposición adicional 27ª, de la LGSS. Sobre ello, véase *infra*, Tema 11, §4.

<sup>39</sup> Este precepto debe leerse en conjunción con lo dispuesto en el artículo 2.1.f) del propio ET, a propósito de la relación laboral especial de los representantes de comercio. Acerca de ella, véase *infra*, Tema 11, §4.

<sup>40</sup> La letra g) en cuestión, que consta de dos párrafos —el primero innecesariamente repetitivo de cuanto dispone el artículo 1.1 del ET—, fue añadida al artículo 1.3 del ET-1980 por la Ley 11/1994, de 19 mayo. La constitucionalidad del párrafo segundo transcrito ha sido repetidamente confirmada por el Tribunal Constitucional, a partir de la STC 227/1998, de 26 noviembre.

Estos indicios, utilizados por los tribunales laborales para distinguir sobre todo el trabajo por cuenta propia o autónomo (por ejemplo, el prestado en virtud de contratos de mandato, de contratos de arrendamiento de servicios o de contratos de sociedad, en el caso de los socios industriales) del verdadero trabajo «dependiente», son fundamentalmente los siete siguientes: trabajar exclusiva o preferentemente para una misma empresa, tener precisamente la empresa como lugar de trabajo, sujetarse a un horario de trabajo y a la realización de jornada, no detentar poderes inherentes a la titularidad de la empresa, recibir órdenes del empresario, cobrar una remuneración fija y periódica, y, por último, estar afiliado a la Seguridad Social en concepto distinto del de trabajador autónomo.

La querencia de la jurisprudencia laboral por todos estos indicios explica, por ejemplo, que se afirme que no hay trabajo «dependiente» (y por tanto, que no existe contrato de trabajo), si «un estudiante en sus ratos libres efectúa repartos de mercancía para la empresa demandada, sin horario, jornada, salario, y como consecuencia de amistad que le unía a la empresa»<sup>41</sup>.

Como es lógico, se trata sólo de «indicios», a valorar teniendo muy en cuenta las circunstancias de cada caso concreto<sup>42</sup>, aunque uno de los siete citados —el relativo a cobrar una remuneración fija y periódica— suele merecer un tratamiento privilegiado, puesto que si existe, queda evidenciada la presencia de una característica constitutiva del verdadero trabajo asalariado típico, frente al trabajo autónomo igualmente típico, que es su esencial divisibilidad.

Téngase en cuenta que el verdadero trabajo asalariado o «dependiente», al menos desde 1926, es un trabajo esencialmente divisible —aun cuando no se hubiese convenido expresamente dicho extremo—, y que lo que usualmente marca la división del mismo en porciones seriadas es justamente el pago periódico del salario<sup>43</sup>.

Por ello, si sólo cabe concluir que el trabajo prestado era indivisible, lo que hay es trabajo autónomo o por cuenta propia (por ejemplo, cuando un abogado defiende un pleito o

---

<sup>41</sup> Cfr. STSJ País Vasco de 30 julio 1993 (Ar. 3397).

<sup>42</sup> Según la jurisprudencia laboral, aunque estos índices hacen surgir la presunción de existencia de trabajo asalariado, «la proposición inversa no es, evidentemente, exacta», puesto que la falta de presencia de los mismos «no es incompatible, necesariamente, con la condición de trabajador asalariado» (cfr., por todas, STCT de 4 octubre 1979 [Ar. 5376]). Esta jurisprudencia laboral constante arranca de una trascendental STS de 21 enero 1964 (Ar. 460), fallada en interés de la ley.

<sup>43</sup> Frente a la regla general del artículo 1169 del Código Civil, el artículo 12, párrafo 1º, del Código del Trabajo de 23 agosto 1926 dispuso que «cuando no se hubiera pactado y se tratase de prestación de un número de días de trabajo o de ejecución de obras por unidades, piezas u otras modalidades susceptibles de cumplimiento parcial, se entenderá la obligación divisible, y el obrero podrá exigir que se le reciba por partes y se le abone en proporción al trabajo ejecutado»; precepto éste luego reproducido por el artículo 22 de la LCT-1931 y por el artículo 28 de la LCT-1944.

un arquitecto realiza por encargo un proyecto de construcción), hablándose entonces —para aludir precisamente a la indivisibilidad del trabajo realizado— de que quien lo realizó estaba retribuido «por acto» profesional (que es justamente el caso de la llamada «minuta de honorarios»)<sup>44</sup>.

Excepcionalmente, puede también llegar a existir trabajo autónomo o por cuenta propia de carácter divisible, afirmando la jurisprudencia laboral en estos otros supuestos excepcionales que la cantidad fija periódicamente cobrada por el que trabajaba es una «igual»<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, *La contratación laboral de los servicios profesionales*, cit., págs. 33 ss. Es el caso, entre otros muchos, de la «“chapuza”... que suelen realizar albañiles, fontaneros, electricistas, carpinteros y otros oficios en casas particulares, incluso en empresas, por cuenta propia y sólo para un servicio, en las que no se puede considerar empresarios a quienes las encargan, ni trabajadores a quienes las realizan» (cfr., clásica, STCT de 14 diciembre 1973 [Ar. 5225]).

<sup>45</sup> En el caso, por ejemplo, de persona que para prestar sus servicios profesionales (por los que cobra cantidad periódica fija) contrata a su cargo personal remunerado o, también, si puede libremente designar para prestarlos un sustituto suyo. Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, *La contratación laboral de los servicios profesionales*, cit., págs. 59 ss.



---

PARTE SEGUNDA

---

**HISTORIA**

---





---

## TEMA 5 EL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS EN LA HISTORIA

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. El arrendamiento de servicios como antecedente del contrato de trabajo. §2. Su regulación en las fuentes romanas. §3. Su regulación en las Partidas y en la Novísima Recopilación. §4. Su regulación en el Código Civil y en las Leyes decimonónicas de Enjuiciamiento Civil. §5. La jurisprudencia civil histórica del Tribunal Supremo sobre arrendamiento de sus servicios por trabajadores asalariados.

§1. El contrato de trabajo en España es una realidad jurídica radicalmente contemporánea, puesto que aparece expresamente mencionado por vez primera en nuestra legislación sólo en 1902, y no antes. A pesar de su contemporaneidad, el contrato de trabajo no surgió de la nada, sino que es heredero directo del viejo contrato civil de arrendamiento de servicios, sustantivamente regulado hoy en los artículos 1583 a 1587 del Código Civil. Sobre la base, por tanto, del arrendamiento de servicios como antecedente del contrato de trabajo, en la historia de dicho arrendamiento cabe distinguir tres grandes etapas, que son: 1) la de la regulación del arrendamiento (*locatio conductio*) en las fuentes romanas (cfr. *infra*, §2); 2) la de su regulación durante el Antiguo Régimen (cfr. *infra*, §3); y 3) la de su regulación durante la segunda mitad del siglo XIX y los comienzos del siglo XX (cfr. *infra*, §4 y §5).

§2. En el Derecho Romano, tal y como resulta accesible y manejable a través del Digesto de Justiniano del siglo VI, es inadmisibles hablar de arrendamiento de cosa, arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios —absolutamente carentes de regulación en las fuentes romanas, como tales arrendamientos distintos<sup>1</sup>—, puesto que lo que dicho

---

<sup>1</sup> Ciertamente, «la clasificación tripartita (*l. c. rei, operis, operarum*) no pertenece a los juristas romanos» (cfr. A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 6ª ed., EUNSA [Pamplona, 1986], pág. 554, nota 1).

monumento jurídico regulaba, recopilando opiniones de juristas de los siglos II y III y entremezclando esas tres categorías jurídicas modernas, era —como conjuntos sistemáticos— lo siguiente: 1) «Sobre los servicios de los esclavos»<sup>2</sup>; 2) «Las acciones de locación y conducción»<sup>3</sup>; y 3) «Sobre los servicios de los libertos»<sup>4</sup>. Esta regulación del Digesto contemplaba simultáneamente el régimen jurídico de tres situaciones de hecho distintas, ligadas las tres a las formas entonces existentes de aprovechamiento del trabajo humano.

En primer lugar, la de la explotación de esclavos por sus dueños, bien directamente para obtener provecho de su trabajo como tales esclavos, bien dándolos a otros en arriendo<sup>5</sup>.

Las fuentes romanas aluden, por ejemplo, a los médicos con esclavos, «cuyos servicios no pueden utilizar permanentemente más que dándolos en arriendo»<sup>6</sup>. También se refieren al supuesto del liberto con esclavos, y en concreto, a «ese liberto [que] tiene tan modesto patrimonio que no puede servirse del esclavo más que arrendando sus servicios»<sup>7</sup>. Por otra parte, se ocupan igualmente de esclarecer qué tipo de acción cabría «si hurtaras un esclavo que te fue dado en arriendo»<sup>8</sup>, «si hubieras herido a un esclavo que se te había dado en arriendo»<sup>9</sup>, o «si te hubiere dado en arriendo un esclavo para que lo tuvieses en un establecimiento y el esclavo hubiese cometido un hurto»<sup>10</sup>.

En segundo lugar, la del arrendamiento por hombres libres de su propio trabajo, entremezclando aquí el Digesto la regulación de lo que hoy llamaríamos arrendamiento de obras y arrendamiento de servicios.

En efecto, las propias fuentes romanas incluyen referencias al «trabajo propio de hombres libres, es decir ..., [con] descanso al mediodía y tiempo para cuidar de su propia salud y decoro»<sup>11</sup>, admitiendo incluso la libre concurrencia del liberto con su patrono en «el mismo negocio, en la misma ciudad y sitio ..., si es que el patrono no sufre por ello perjuicio»<sup>12</sup>; a

<sup>2</sup> Libro 7, título 7, llevando por rúbrica original «*De operis servorum*».

<sup>3</sup> Libro 19, título 2, llevando por rúbrica original «*Locati conducti*».

<sup>4</sup> Libro 38, título 1, llevando por rúbrica original «*De operis libertorum*».

<sup>5</sup> Así se explica —dada su consideración de «cosa»—, de un lado, que «lo mismo que en las demás cosas se entiende que existe fruto una vez deducidos los gastos necesarios, así también sucede tratándose de los servicios de los esclavos» (libro 7, título 7, fragmento 4); y de otro lado, que «el que no restituyó el esclavo u otra cosa no inmueble que había tomado en arriendo será condenado a cuanto se hubiere jurado de litigio estimado» (libro 19, título 2, fragmento 48, párrafo 1).

<sup>6</sup> Libro 38, título 1, fragmento 25, párrafo 2.

<sup>7</sup> *Ibidem*, párrafo 1.

<sup>8</sup> Libro 19, Título 2, fragmento 42.

<sup>9</sup> *Ibidem*, fragmento 43.

<sup>10</sup> *Ibidem*, fragmento 45, párrafo 1.

<sup>11</sup> Libro 38, título 1, fragmento 26.

<sup>12</sup> *Ibidem*, fragmento 45.

cambio, «el que dio en arriendo sus servicios debe recibir el salario [*mercedem*]»<sup>13</sup>. Por otra parte, al tiempo que se habla del abogado o del escribano que arrienda sus servicios (*operas suas*)<sup>14</sup>, se habla también —siempre de manera entremezclada— de «arriendo de obra» (*operis locandi*)<sup>15</sup> o de «una obra» (*operis locatione*)<sup>16</sup>.

En tercer lugar, la del aprovechamiento del trabajo de los libertos —esto es, los esclavos que habían pasado a ser hombres libres tras la manumisión por su dueño—, respecto de la que el Digesto regulaba con toda minuciosidad dos situaciones distintas: 1) la del liberto que se obligaba a prestar servicios a su antiguo dueño, tras haberlo jurado (o prometido o estipulado) así en el acto de la manumisión<sup>17</sup>; y 2) la del patrono que daba en arriendo a otros los servicios de su liberto, de nuevo por haberlo jurado (o prometido o estipulado) así este último en el acto de la manumisión.

La prestación de servicios del liberto a su antiguo dueño —precisamente por causa de la manumisión— constituye un supuesto típico en las fuentes romanas, regulándose, por ejemplo, qué servicios no podían imponerse<sup>18</sup>, por qué razones podría el liberto quedar eximido de su obligación<sup>19</sup>, o cómo debía cumplir el liberto cuando se obligaba con más de un patrono<sup>20</sup>. Aunque con menos detalle, también aparecen alusiones al supuesto del patrono que daba en arriendo los

<sup>13</sup> Libro 19, título 2, fragmento 38. Puesto que lo que se percibía era una *merces*, «alguno de los textos jurisprudenciales ... denominan al trabajador como *mercennarius*» (véase, precisando el significado de este término, A. GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, Civitas [Madrid, 1995], págs. 45 y ss.).

<sup>14</sup> Cfr., por ejemplo, libro 19, título 2, fragmento 19, párrafo 9, y en los mismos libro y título, su fragmento 38.

<sup>15</sup> Libro 19, título 2, fragmento 13, párrafo 10.

<sup>16</sup> Libro 19, título 2, fragmento 58, párrafo 1.

<sup>17</sup> En efecto, «para que se contraiga la obligación *jurada* es necesario que sea liberto quien *jura* y que lo haga a causa de su manumisión» (libro 38, título 1, fragmento 7), teniendo en cuenta que se obliga a prestar los servicios «con tal que se haga el *juramento* o la *promesa* inmediatamente después de la manumisión» (cfr. libro 40, título 13, fragmento 44), y además, que «el esclavo del patrono no *estipula* correctamente ... si dice “¿me *prometes* prestar los servicios?”, y así deberá *estipular* que se prestarán al patrono» (cfr. libro 38, título 1, fragmento 10).

<sup>18</sup> Se señala, por ejemplo, que «no pueden imponerse servicios de modo que el liberto deba alimentarse por su cuenta» (libro 38, título 1, fragmento 33), o que «sólo pueden entenderse impuestos al liberto aquellos servicios que pueden prestarse sin desdoro, ni riesgo de la vida» (libro 38, título 1, fragmento 38).

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, por razones de edad, pues «no está obligada a prestar servicios a su patrono la liberta de más de cincuenta años» (libro 38, título 1, fragmento 35); por razones filiales, pues «incluso cuando ya se han reclamado los servicios, queda liberado el liberto por el nacimiento de los hijos» (libro 38, título 1, fragmento 37, párrafo 6); o por razones conyugales, ya que «pierde el derecho a reclamar los servicios ... el patrono ... que dio su consentimiento al matrimonio de su liberta, pues ésta ... debe dedicarse a su marido» (libro 38, título 1, fragmento 48).

<sup>20</sup> Sobre ello se dispone, por ejemplo, que «si un liberto hubiera jurado cumplir mil [días de] servicios a sus dos patronos ..., se deben quinientos a cada uno, y no la mitad de cada día» (libro 38, título 1, fragmento 15, párrafo 1). También cabría la prestación simultánea de los servicios, y así se habla de que «un liberto de dos patronos puede, en algún caso, prestar servicios distintos por entero y a la vez a cada uno de ellos; por ejemplo, el que es copista y sirve a un patrono copiando libros, y el otro le obligó a guardar una casa mientras iba de viaje con los suyos, pues nada impide que copie libros mientras guarda la casa» (libro 38, título 1, fragmento 49).

servicios de su liberto, afirmándose, por ejemplo, que «el patrono que da en arriendo los servicios de su liberto no se entiende sin más que saca de él un alquiler, sino que esto debe deducirse del tipo de servicios que sean, en atención a la persona del patrono y del liberto»<sup>21</sup>.

§3. Esta entremezclada regulación romana del Digesto se recibió luego en Castilla a través del Código de las Siete Partidas de Alfonso X «el Sabio», del siglo XIII<sup>22</sup>. En efecto, en el título 8 de la Quinta Partida se regula con toda prolijidad el tema «De los logueros, e de los arrendamientos»<sup>23</sup>, hablándose del arrendamiento de cosa<sup>24</sup> —y por supuesto, del arrendamiento de esclavos<sup>25</sup>—, del arrendamiento de obras<sup>26</sup>, de quienes alquilaban sus servicios como «menestrales»<sup>27</sup>, etc. Y sobre este molde jurídico genérico incidió luego la legislación, a partir del siglo XIV. Esta legislación posterior resulta accesible y manejable

<sup>21</sup> Libro 38, título 1, fragmento 25.

<sup>22</sup> Sobre el tema en las fuentes medievales anteriores, y especialmente en las municipales, véase R. GIBERT, «El contrato de servicios en el Derecho medieval español», *Revista de Política Social*, núm. 101 (1974), págs. 24 y ss.

<sup>23</sup> El título 8 se ocupa —según su preámbulo— de mostrar «que cosa es loguero, e arrendamiento. E quien lo puede fazer. E en que manera deue ser fecho. E de que cosas. E quanto tiempo dura. E en que sazón deuen dar los arrendadores las rentas, o el loguero que prometieron. E a quien pertenesce el pro, o el daño, si la cosa arrendada, o el fruto della, se mejora, o se empeora, o se pierde. E como, despues que es cumplido el tiempo del arrendamiento, o del loguero, deue ser tornada la cosa a su dueño».

<sup>24</sup> Supuesto —según la ley 1, sobre «Que cosa es Loguero, e Arrendamiento»— que «aloguero es propriamente ... otorgar vn ome a otro poder de vsar de su cosa, o de seruirse della, por cierto precio, que le ha de pagar en dineros contados ..., e arrendamiento ... es arrendar heredamiento, o almoixerifadgo, o alguna otra cosa, por renta cierta que den por ella».

<sup>25</sup> Así, por ejemplo, la ley 8 —sobre «Por quales razones es tenuto de pechar, o non, la cosa, aquel que la tiene arrendada, o alogada, si se perdiesse, o se muriesse»— se refiere al supuesto de que «se muriesse la cosa que touiesse alogada alguno ..., assi como si fuesse sieruo, o alguna bestia, si se muriesse su muerte natural». Sobre el tema, véase C. SANCHEZ-ALBORNOZ, «De los colonos romanos a los tributarii», en sus *Estudios sobre Galicia en la temprana Edad Media*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Conde de Fenosa (La Coruña, 1981), págs. 225 y ss.

<sup>26</sup> Supuesto —de nuevo según la ley 1— que también es «aloguero ... quando vn ome loga a otro, obras que ha de fazer con su persona, o con su bestia». En este sentido, por ejemplo, la ley 3 —sobre «Que cosas pueden ser logadas, e arrendadas»— alude a las «obras que ome faga con sus manos, o bestias»; y la ley 10 —sobre «Como los orebzes, e los otros menestrales son tenudos de pechar las piedras, e las otras cosas que quebrantaren por su culpa, o por mengua de sabiduria»— habla «de los orebzes ..., de los otros maestros, e de los Físicos, de los Cirujanos, e de los Albeytares [esto es, veterinarios], e de todos los otros que resciben precio, para fazer alguna obra».

<sup>27</sup> Puede verse, por ejemplo, en la ley 9 —sobre «Como deue ser pagada la soldada a los herederos de los Alcaldes, e de los Abogados, e de los otros menestrales, si se muriesen ante que cumplan el oficio»—, al referirse a «los menestrales, que pleyteassen [esto es, contratasen] algunas obras, e prometieren de las cumplir por precio cierto; que si se murieren antes que las acaben, que deuen auer sus herederos, aquello que ouieren merescio ellos, e non mas», añadiendo que «si todo el precio quisieren demandar, deuen dar otros menestrales, tan sabidores como aquellos que finaron, que acaben las obras». Puede verse igualmente en la ley 11 —sobre «De los salarios que resciben los Maestros de sus escolares, por mostrarles las sciencias; que los deuen castigar de manera que los non lisién»—, que alude a la relación de los menestrales con sus aprendices, señalando que aquéllos «resciben ... salarios ... de sus aprendizes, para mostrarles sus menesteres», y además, que «dellos es tenuto ... enseñar lealmente, e de castigar con mesura ..., de manera que ninguno ... [de los aprendices] non finque lisiado, nin ocasionado, por las feridas que le diere su maestro».

a través de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, de 1805<sup>28</sup>; recopilación ésta que aplica el citado molde jurídico genérico de las Partidas —que expresamente declara vigentes—, de nuevo a tres situaciones de hecho distintas durante el Antiguo Régimen.

La declaración de vigencia de las Partidas aparece en la ley 3 del título 2 del libro 3 de la Novísima Recopilación, sobre el «Orden de las leyes y fueros que se han de observar para la decision de los pleytos», reproduciendo la ley 1 del título 28 del Ordenamiento de Alcalá de 1348, y la ley 1 de Toro de 1505<sup>29</sup>.

En primer lugar, la situación «de los menestrales y jornaleros», a través de cuatro leyes recopiladas, las cuatro del siglo XIV<sup>30</sup>. En ellas puede leerse, por ejemplo, que «todos los carpinteros y albañiles, y obreros y jornaleros ..., y menestrales que se suelen alogar y alquilar, que se salgan a las plazas de cada un lugar do estuvieren, do es acostumbrado de se alquilar, ... en saliendo el sol ..., y dexen la labor quando se pusiere el sol»<sup>31</sup>.

Además de esta norma sobre establecimiento de la jornada de sol a sol —tanto en el trabajo libre «dentro en la villa ó lugar donde fueron alquilados», como fuera, en el campo—, en estas cuatro leyes se encuentran disposiciones relativas al salario, en especial sobre la obligación de pagar el salario por día<sup>32</sup> —esto es, el jornal—, y sobre la fijación de salarios máximos<sup>33</sup>. Estas tasas de salarios fueron la reacción legal al encarecimiento de la mano de obra, como consecuencia de la disminución del número de brazos que había provocado la

<sup>28</sup> Sobre el tema, véase G. BAYON CHACON, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Tecnos (Madrid, 1955), págs. 277 y ss.

<sup>29</sup> Confirma, además, esta vigencia la fragmentaria y escueta regulación que «De los arrendamientos» aparecía contenida en la Novísima Recopilación; más en concreto, en ocho leyes (dos del siglo XIV y las restantes del siglo XVIII) del título 10 del libro 10, relativas al arrendamiento de rentas reales, al arrendamiento de tierras, al arrendamiento de casas en general y al arrendamiento de casas de Madrid.

<sup>30</sup> Se encuentran recopiladas en el título 26 del libro 8.

<sup>31</sup> Ley 1 del título 26 del libro 8, que reproduce una ley de Enrique II dada en Toro en 1369, relativa a la «Presentación de los jornaleros y menestrales en las plazas de los pueblos para su destino al trabajo diario». Conforme a la ley 15 del título 23 del libro 12, que reproduce una Pragmática de Carlos III de 6 octubre 1771 —prohibiendo a los «artesanos y menestrales de qualesquiera oficios ..., y [a] los jornaleros de todas clases», la participación en «juegos de envite, suerte y azar» precisamente «en días y horas de trabajo»—, se entiende «por tales [horas] desde las seis de la mañana hasta las doce del día, y desde las dos de la tarde hasta las ocho de la noche» (cfr. su párrafo noveno).

<sup>32</sup> Ley 2 del título 26 del libro 8, que reproduce dos leyes de Enrique II, dadas en Toro en 1369 —relativas al «Pronto pago al obrero en la noche del mismo día en que trabajare»—, en la que se afirma que «porque hay algunos hombres que hacen barata á los obreros que hacen sus labores, y no les pagan; tenemos por bien y mandamos, que en la noche, quando viniere el obrero de su labor, que el que le truxere, queriendo el obrero que le pague luego, le pague; y si él quisiere labrar otro día con él, y suspendiere, que le pague otro día».

<sup>33</sup> Ley 4 del título 26 del libro 8, que reproduce una ley de Enrique II, dada en Burgos en 1373 —relativa a la «Tasa de los jornales de los menestrales y demas obreros»—, en la que se afirma que «porque los menestrales, y los otros que andan á jornales á las labores y otros oficios, son puestos en grandes precios, y son muy dañosos que los han menester; tenemos por bien que, porque los Concejos y hombres buenos cada uno en su comarca sabrán ordenar en razon de los precios de los hombres que andan á jornal, según que los precios de las viandas valieren, que los Concejos, y los hombres que han de ver la hacienda de Concejo, cada uno en su lugar con los Alcaldes del lugar lo puedan ordenar».

peste negra a mediados del siglo XIV, y parece que se mantuvieron hasta el segundo tercio del siglo XVIII, pues por Real provisión de 29 noviembre 1767 se dio libertad a los jornaleros para que pudiesen concertar sus salarios con los dueños de las tierras.

En segundo lugar, la situación «de los criados», a través de siete leyes recopiladas, de los siglos XV, XVII y XVIII<sup>34</sup>. Se trataba de trabajadores libres pero en situación de algún modo próxima a la de los esclavos, pues en alguna de estas leyes puede leerse, por ejemplo, que «el criado o criada, de cualquier condición o cualidad que sea ..., que se despidiere de su señor o amo, no pueda ... servir a otro señor ni amo en el mismo lugar y sus arrabales ..., sin expresa licencia y consentimiento del señor y amo de quien se despidió»<sup>35</sup>.

Ello explica también la «prohibición de alquilar criados por días», contenida en la ley 4 del título 16, que reproduce una Pragmática de Felipe III de 2 enero 1600<sup>36</sup>. Por lo demás, las otras cinco leyes venían a imponer limitaciones en el número de «criados», «lacayos», «lacayuelos», «mozos de espuelas» o «gentiles-hombres» que podría tener al servicio cualquier persona, para evitar un exceso de gasto, «porque es una de las mayores cargas que tienen los vasallos, en que también son perjudicados el comercio y las artes»<sup>37</sup>.

En tercer lugar, la situación «de los oficios, sus maestros y oficiales», a través de dieciséis leyes, de los siglos XVI, XVII y XVIII<sup>38</sup>; leyes éstas reguladoras del trabajo libre que prestaban en los gremios a los «maestros» (plateros, sastres, zapateros, etc.) los «aprendices» y «oficiales» —así denominados estos últimos porque dominaban el oficio— que dichos «maestros» tenían contratados en sus talleres<sup>39</sup>.

Los gremios eran asociaciones de maestros, constituidas por oficios y reguladas por normas denominadas ordenanzas —ordenanzas gremiales—, cuya aprobación se reservaba el Rey desde el siglo XVI<sup>40</sup>. La incorporación a los gremios resultaba ser un requisito para el ejercicio del oficio respectivo en cada localidad, obligándose a los individuos agremiados a

<sup>34</sup> Se encuentran recopiladas en el título 16 del libro 6.

<sup>35</sup> Ley 1 del título 16 del libro 6, que reproduce una Pragmática de Felipe II de 25 noviembre 1565, relativa a que «El criado despedido de su señor no pueda sin licencia de este pasar á servir á otro en el mismo lugar».

<sup>36</sup> Mandaba «que de aquí en adelante en esta nuestra Corte ni fuera de ella no se puedan alquilar lacayos ni otros criados por días, sino por meses ó por mas tiempo, so pena de vergüenza pública, y de quatro años de destierro de esta Corte».

<sup>37</sup> Cfr. la ley 5 del título 16 del libro 6, que reproduce una Pragmática de Felipe IV de 10 febrero 1623.

<sup>38</sup> Se encuentran recopiladas en el título 23 del libro 8. Sobre el tema, en siglos anteriores a éstos, véase A. RUMEU DE ARMAS, *Historia de la previsión social en España*, Ediciones El Albir (Barcelona, 1981), págs. 39 y ss.

<sup>39</sup> Una regulación detallada del aprendizaje y de la oficialía —poniendo como ejemplo el oficio de zapatero—, a propósito de la «instrucción y aplicación de los hospicianos á los ejercicios, oficios y artes útiles al Estado», puede verse en la ley 5 del título 38 del libro 7, que reproduce una Real Resolución de Carlos III de 21 julio 1780.

<sup>40</sup> Véase la ley 1 del título 23 del libro 8, que reproduce una Pragmática de Carlos I de 25 mayo 1552, relativa a la «Formación de ordenanzas para el buen uso de los oficios».

pagar una cuota o contribución por ello<sup>41</sup>. Los gremios se caracterizaban por su exclusivismo, supuesto que los oficiales al servicio de los maestros sólo podían acceder a la condición de maestro mediante la superación de un «examen»<sup>42</sup>.

Toda esta legislación recopilada en 1805 continuó vigente en España durante buena parte del siglo XIX —formalmente, hasta la promulgación en 1889 del Código Civil—, salvo la recién citada regulación relativa al trabajo de aprendices y oficiales en los gremios, pues el Decreto de las Cortes de Cádiz de 8 junio 1813 (popularmente llamado Decreto «del Conde de Toreno»), certificando la liquidación del viejo sistema gremial, ordenó que «todos los españoles y los extranjeros avencidados en la monarquía pudieran ... ejercer cualquiera industria u oficio útil, sin necesidad de examen, título o incorporación a los gremios respectivos»<sup>43</sup>.

La supresión definitiva de los gremios había venido precedida de ciertas normas debilitadoras de su exclusivismo —enmarcadas en lo que comúnmente se denomina ahora «hermetismo gremial»<sup>44</sup>—, al facilitar el acceso a los oficios a personas hasta entonces excluidas —como las mujeres y niñas<sup>45</sup> o los hijos ilegítimos<sup>46</sup>—, al permitir que los talleres de artesanos fuesen conservados por las viudas de los maestros<sup>47</sup>, y además, al liberalizar el aprendizaje y el ejercicio de los oficios al margen de los gremios<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, la ley 5 del título 23 del libro 8, que reproduce un Decreto de Felipe V de 2 junio 1703, relativa a que «Todos los tratantes y oficiales que entraren en Madrid, se incorporen en los respectivos Gremios, contribuyan en los repartimientos, y puedan ser denunciados por los veedores». También la ley 7 del título 23 del libro 8, que reproduce Real Cédula de Carlos III de 24 marzo 1777, relativa a la «Incorporación de todos los oficiales artistas ó menestrales naturales de estos reynos, que pasen de una á otros pueblos, en sus respectivos Gremios».

<sup>42</sup> Sobre los exámenes puede verse, además de la citada ley 7 del título 23 del libro 8, la ley 6 del mismo título, que reproduce una Real Cédula de Carlos III de 30 abril 1772, relativa a la «Incorporación en el Gremio de Madrid de los maestros de coches extranjeros y regnicolas, aprobados en sus respectivas capitales».

<sup>43</sup> Ciertamente este Decreto fue anulado por Real Orden de 15 junio 1815, pero resultó después definitivamente restablecido por otro de 6 diciembre 1836.

<sup>44</sup> Véase M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Civitas (Madrid, 2002), pág. 287.

<sup>45</sup> Véase la ley 14 del título 23 del libro 8, reproduciendo una Real Cédula de Carlos III de 12 enero 1779, relativa a la «Libre enseñanza y trabajo de mugeres y niñas en todas las labores propias de su sexo, sin embargo de las ordenanzas de los Gremios». También la ley 15 del título 23 del libro 8, reproduciendo una Real Cédula de Carlos III de 2 septiembre 1784, relativa a la «Facultad general de las mugeres para trabajar en todas las artes compatibles con el decoro de su sexo».

<sup>46</sup> Véase la ley 9 del título 23 del libro 8, reproduciendo una Real Cédula de Carlos III de 2 septiembre 1784, relativa a que «La ilegitimidad no sirva de impedimento para exercer las artes y oficios», salvo «para los empleos de Jueces y Escribanos».

<sup>47</sup> Véase la ley 13 del título 23 del libro 8, reproduciendo una Real Cédula de Carlos IV de 19 mayo 1790, relativa a que «Las viudas de los artesanos puedan conservar sus tiendas y talleres, aunque casen con segundos maridos que no sean del oficio de los primeros».

<sup>48</sup> Véase la ley 11 del título 23 del libro 8, reproduciendo una Circular de Carlos IV de 1 marzo 1798, relativa a que «El uso de un oficio no impida el ejercicio de qualquiera otro, precediendo la suficiencia y examen correspondiente». Aquí se disponía, por ejemplo, que «á este exámen han de ser admitidos todos los que le pretendan, sin que los obste la falta de los requisitos de aprendizaje, oficialía, domicilio, ni otro alguno que prescriben las ordenanzas del oficio que intentan exercer».

§4. El Código Civil, condicionado por la regulación del tema en las Partidas, pero también por la reelaboración dogmática que de las fuentes romanas efectuó en el siglo XVIII la ciencia romanística francesa y en el siglo XIX la «pandectística» alemana<sup>49</sup>, regula ya ordenadamente y separadamente el arrendamiento de cosa, la ejecución de obras y el arrendamiento de servicios; este último bajo la rúbrica «Del servicio de criados y trabajadores asalariados», en sus artículos 1583 a 1587.

Estos cinco preceptos del Código Civil regulan tres tipos distintos de arrendamientos de servicios, que son el arrendamiento de servicios doméstico (llamando a estos arrendadores de sus propios servicios «criados domésticos», y a su arrendatario «amo»)<sup>50</sup>, el arrendamiento de servicios agrícola (llamando a los arrendadores de estos servicios «criados de labranza»)<sup>51</sup> y el arrendamiento de servicios industrial (novedad de la época que explica sus referencias a estos arrendadores de sus servicios como «menstrales, artesanos y demás *trabajadores asalariados*»)<sup>52</sup>. Además, condicionado por los pleitos sobre esclavos negros de nuestros territorios ultramarinos que coetáneamente a su promulgación todavía seguía resolviendo nuestro Tribunal Supremo<sup>53</sup>, el Código Civil se creyó obligado a afirmar en esta regulación —para salvaguardar el principio de libertad de trabajo, inaplicable a los verdaderos esclavos— que «el arrendamiento [de servicios] hecho por toda la vida es nulo»<sup>54</sup>.

Complementando esta regulación sustantiva del tema contenida en el Código Civil, las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881 procedieron, por su parte, a definir auténticamente qué debía entenderse por trabajador, a sus peculiares efectos. En la de 1881, que estuvo vigente hasta el año 2001, se afirma —a propósito de las tachas

<sup>49</sup> Véase A. FERNANDEZ BARREIRO, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 1992), págs. 79 y ss. y 111 y ss. Vista la asistemática regulación del arrendamiento en el Digesto, ya comentada, quizá se comprendan mejor los esfuerzos doctrinales por reconstruir en el siglo XIX el contrato de servicios a partir de otras figuras, como la del «contrato de servicio fiel, cuya forma más antigua está representada por el que concluían los hombres del séquito con el señor del mismo y que se encuentra más tarde, desde el tiempo de los francos, en múltiples configuraciones diversas» (cf. O. VON GIERKE, *Las raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico por G. BARREIRO GONZALEZ, Civitas [Madrid, 1989], pág. 15).

<sup>50</sup> Cfr. artículos 1584 y 1585.

<sup>51</sup> Cfr. artículos 1586 y 1587.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> Pleitos que dieron lugar a hasta veintiséis sentencias distintas del mismo [véase J. MARTINEZ GIRON, *Los pleitos de Derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1857-1891)*, Civitas (Madrid, 2002), págs. 11 y ss.].

<sup>54</sup> Artículo 1583, inciso segundo. Sobre la conexión de este precepto con el tema de la esclavitud, véase M. ALONSO OLEA, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2ª ed., Tecnos (Madrid, 1987), págs. 11-15.



de testigos— que «se entenderá por *criado* ... el que viva en las casas del litigante y le preste en ellas servicios mecánicos mediante un salario fijo, y por *dependiente* el que preste habitualmente servicios retribuidos al que lo hubiere presentado por testigo, aunque no viva en su casa»<sup>55</sup>.

La palabra «dependencia» generó una interesante jurisprudencia de nuestros tribunales civiles en el siglo XIX<sup>56</sup>, que la utilizaban —en un primer sentido— como vocable sinónimo de la expresión «dependencia técnica», para indicar que el trabajador, en la prestación de sus servicios, podía recibir y debía obedecer órdenes o instrucciones técnicas<sup>57</sup>; y también —en un segundo sentido complementario del anterior—, como sinónima de la expresión «dependencia económica» del trabajador frente al patrono<sup>58</sup>.

§5. Al amparo de la regulación sustantiva contenida en el Código Civil, y por los cauces procesales trazados en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, llegaron a suscitarse en la época pleitos civiles relativos a trabajadores asalariados, que evidencian las insuficiencias de este Derecho común para tratar con justicia a esta concreta y nueva «clase social», que tendía a crecer en la época casi exponencialmente. Evidencian, por ejemplo, estas insuficiencias: 1) una STS (Sala 1ª) de 1890, declarando —por aplicación de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil— que los salarios percibidos por el obrero, a pesar de constituir su sustento, eran embargables en su totalidad a instancia del empresario<sup>59</sup>; 2) cuatro SsTS (Sala 1ª) de 1897 y 1898, declarando —por aplicación del Código Civil— que el empresario no respondía de los accidentes de trabajo ocurridos a sus trabajadores, salvo cuando estos últimos probasen la culpa o negligencia del mismo<sup>60</sup>; y 3) una STS (Sala 1ª) de 1913, declarando —por aplicación ahora del Código de Comercio

<sup>55</sup> Cfr. artículo 660.2ª, párrafo segundo.

<sup>56</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «La potestad patronal de mando sobre el testigo dependiente», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 27 (1986), págs. 370 y ss.

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, una STS (Sala 1ª) de 5 enero 1882.

<sup>58</sup> Véase, por ejemplo, una STS (Sala 1ª) de 5 marzo 1874.

<sup>59</sup> Se trataba de una STS (Sala 1ª) de 9 junio 1890, revocando la sentencia recurrida por el patrono, según la cual «no procede embargar al deudor ... los jornales ... que gane como operario ..., aunque carezca de otros bienes».

<sup>60</sup> Se trata de SsTS (Sala 1ª) de 2 marzo 1897, 10 marzo 1897, 18 marzo 1898 y 30 abril 1898. La primera de estas sentencias declaró que no podía exigirse el pago, en concepto de indemnización, de una «pensión igual al haber que disfrutaba su padre [fallecido]..., o de una vez la cantidad equivalente», pues el accidente del trabajador «fue fortuito y puramente casual, sin responsabilidad alguna de parte de la Compañía [demandada]»; la segunda de ellas declaró que no había «habido culpa ni negligencia alguna por parte de la Compañía demandada, como sería indispensable para que hubiese incurrido en responsabilidad»; la tercera confirmó que la prueba de la culpa del patrono correspondía al trabajador accidentado, de manera que «no habiendo probado el recurrente ... que la lesión que sufrió fue producida por culpa o negligencia de la Compañía o de alguno de sus empleados, es evidente que al absolver la Sala a la Empresa, no ha infringido [las disposiciones invocadas]»; y la cuarta, por último, completó este cuadro al concluir que la acción del trabajador «prescribe al año». Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Imprenta Paredes (Santiago de Compostela, 1990), págs. 22 y ss.

de 1885, a propósito de los casos, frecuentísimos, en que la duración del contrato «no tuviere tiempo señalado»<sup>61</sup>— que los empresarios, avisando con un mes de anticipación o pagando esta «mesada» de salario, podían despedir libremente a los trabajadores a su servicio<sup>62</sup>.

El Código de Comercio de 1885 regula la relación de los factores, dependientes y mancebos del comerciante, aunque no a propósito del contrato de arrendamiento de servicios, sino del de mandato. Tal regulación resultaba más progresiva y evolucionada que la del Código Civil, a pesar de ser anterior al mismo, pues otorgaba una posición privilegiada especialmente a los mancebos y dependientes —los factores equivalían a nuestros altos cargos actuales, de donde las palabras «factura» y «factoría»— tipificando las causas que podrían justificar su despido<sup>63</sup>, e imponiendo al empresario el pago de cierta indemnización a dichos auxiliares suyos, en caso de accidente o enfermedad<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Según el artículo 302, párrafo primero, de dicho Código, «en los casos de que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación». Este precepto, que reproducía el artículo 196.1 del Código de Comercio de 1829, venía a completar el vacío de regulación dejado por el artículo 1586 del Código Civil, que sólo se refería a la extinción de los arrendamientos de servicios concertados «por cierto término para cierta obra», omitiendo precisar cuáles eran las consecuencias de la extinción, si se hubiese estipulado lo que el artículo 1583, inciso primero, del propio Código Civil denominaba arrendamiento de servicios «sin tiempo fijo».

<sup>62</sup> Se trata de una STS (Sala 1ª) de 30 enero 1913, según la cual la «condición de quedar la Compañía en su libre derecho de dejar de utilizar los servicios» del trabajador-actor era «facultad ... perfectamente lícita en contratos de esta naturaleza».

<sup>63</sup> Cfr. su artículo 300, relativo a «el fraude o abuso de confianza en las gestiones que les hubieren confiado», a «hacer alguna negociación de comercio por cuenta propia, sin conocimiento expreso y licencia del principal, y a «faltar gravemente al respeto y consideración debidos a éste o a las personas de su familia o dependencia».

<sup>64</sup> Cfr. su artículo 298. Más clara aparecía tal posibilidad en su precedente —el artículo 201 del Código de Comercio de 1829—, según el cual «los accidentes imprevistos e inculpables que impidan a los factores y mancebos asalariados desempeñar su servicio, no interrumpirán la adquisición del salario que les corresponda, como no haya pacto en contrario, y con tal que la indemnización no exceda de tres meses» (sobre el tema, véase el clásico estudio de E. BORRAJO DACRUZ, «Los auxiliares del comerciante en Derecho español», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 63 [1957], pág. 18). Como ha puesto de relieve X.M. CARRIL VAZQUEZ, *La seguridad social de los trabajadores del mar*, Civitas (Madrid, 1999), págs. 52 y ss., el tema aparece todavía más perfectamente previsto en la regulación del contrato de embarco que efectúa dicho Código de Comercio al indicar, de un lado, que «el hombre de mar que enfermarse no perderá su derecho al salario durante la navegación, a no proceder la enfermedad de un acto suyo culpable» (cfr. artículo 644, párrafo primero, inciso primero); y de otro lado, que «si el hombre de mar muriese durante la navegación, se abonará a sus herederos lo ganado y no percibido de su haber, según su ajuste y la ocasión de su muerte» (cfr. artículo 645, párrafo primero).

---

## TEMA 6

### LA CUESTION SOCIAL, LA PRIMERA LEGISLACION OBRERA Y LA POSTERIOR LEGISLACION LABORAL

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. La cuestión social. §2. La legislación obrera hasta 1923. §3. La legislación obrera durante la Dictadura de Primo de Rivera. §4. La legislación laboral durante la II República. §5. La legislación laboral durante el franquismo.

§1. Como acaba de decirse, la codificación privada decimonónica no permitía hacer justicia a la nueva «clase social» de los obreros, cuyo crecimiento resultaba directamente proporcional al de la gran industria. La necesidad de reaccionar jurídicamente frente a todas las insuficiencias de aquella normativa de Derecho común es lo que se conoce en España, ya en el último cuarto del siglo XIX, con el nombre de la «cuestión social».

La primera huella de esta reacción apareció el 24 julio 1873, con la promulgación de la denominada «Ley Benot», sobre condiciones de trabajo de menores (a partir de 10 años) en las fábricas, talleres, fundiciones o minas. Se trata, sin embargo, de una Ley de escasa o nula efectividad, como lo prueba el que, once años después —por Real Orden de 8 diciembre 1884—, tuviera que recordarse que se encontraba en vigor, «para que las medidas humanitarias que fueron objeto de la Ley mencionada no caigan en desuso y tengan el más exacto cumplimiento»<sup>1</sup>.

Esta expresión se maneja por vez primera en nuestras fuentes en un Real Decreto de 5 diciembre 1883, por el que se ordenaba la creación de la Comisión de Reformas Sociales<sup>2</sup>. Sus tareas consistían

---

<sup>1</sup> Sobre el tema, véase A. MONTOYA MELGAR, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 69 y ss.

<sup>2</sup> La Comisión de Reformas Sociales fue sustituida años más tarde por el Instituto de Reformas Sociales —creado por Real Decreto de 23 abril 1903 (aprobándose su reglamento por Real Decreto de 15 agosto 1903)—, que «estará encargado de preparar la legislación del Trabajo en su más amplio sentido, cuidar de su ejecución ..., y favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora ó bienestar de las clases obreras» (cfr. apartado 4 de la norma de creación). El Instituto de Reformas Sociales funcionó de manera autónoma hasta que, por Real Decreto de 2 junio 1924, quedó refundido en el Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, dando lugar al denominado «Consejo del Trabajo». Sobre el Instituto de Reformas Sociales, con ocasión de su centenario, véase A. MONTOYA MELGAR, «El reformismo social en los orígenes del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo*, núm. extraordinario (2003), págs. 81 y ss.

principalmente en el estudio y elaboración de proyectos de ley específicos sobre «aquellas cuestiones llamadas sociales, que preocupan ... y que conmueven ya no poco a nuestra patria»<sup>3</sup>, esto es, de las cuestiones que «directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales»<sup>4</sup>, y que el propio Real Decreto citado agrupaba en ocho grandes ámbitos.

Ambitos relativos, como señala el apartado 2 del Real Decreto de 1883, a lo siguiente: 1) «jurados mixtos como medio de resolver las cuestiones entre obreros y fabricantes y mantener las mejores relaciones entre capitalistas y obreros»; 2) «cajas de retiros y de socorros para enfermos e inválidos del trabajo»; 3) «trabajo de los niños y de las mujeres en las fábricas, en las minas y en los campos»; 4) «higiene y salubridad en los talleres»; 5) «bancos agrícolas y su organización con los elementos de los antiguos Pósitos»; 6) «reformas que podrían introducirse en las leyes de desamortización, a fin de facilitar a los colonos y trabajadores la adquisición de la tierra»; 7) «sociedades de socorros mutuos»; y 8) «habitaciones de obreros».

Para llevar a cabo su trabajo la Comisión de Reformas Sociales elaboró un «cuestionario», sobre el estado y las necesidades de las clases obreras. Dicho cuestionario, cuyo contenido puede localizarse en una Real Orden de 1884<sup>5</sup>, incluía hasta un total de 223 preguntas repartidas en 32 grupos<sup>6</sup>, y supuso la acumulación de un ingente y utilísimo material informativo, que pudo luego tomarse como base para la promulgación de una concreta legislación obrera, pero ya en el siglo XX.

De igual manera a lo que había sucedido —ya en la primera mitad del siglo XIX— en otros países europeos, como en Inglaterra, con los informes de las comisiones oficiales de 1832 (sobre «Trabajo infantil en la industria textil») ó 1842 (sobre «Condiciones sanitarias de la población obrera»); o también, en Francia, con el denominado Tableau de VILLERMÉ de 1840 (sobre un «Panorama del estado físico y moral de los obreros empleados en las manufacturas del algodón, de la lana y de la seda»)<sup>7</sup>.

**§2. Desde 1900 y hasta 1923, esta legislación obrera se hallaba muy dispersa, puesto que pretendía resolver sin ninguna guía sistemáti-**

<sup>3</sup> Cfr. su exposición de motivos, párrafo primero.

<sup>4</sup> Cfr. su artículo 1.

<sup>5</sup> Real Orden de 28 mayo 1884, sobre constitución de comisiones provinciales y locales de reformas sociales y cuestionario sobre la situación de la clase obrera.

<sup>6</sup> Grupos relativos a «gremios», «huelgas», «jurados mixtos», «asociación», «inválidos del trabajo», «condición económica de la clase obrera», «industrias domésticas», «condición moral de la clase obrera», «condición de la familia obrera», «condición social y política de la clase obrera», «salario», «participación en los beneficios», «horas de trabajo», «trabajo de las mujeres», «trabajo de los niños», «cultivo de la tierra», «obreros agrícolas», «labriegos propietarios», «aparcería», «arrendamiento de fincas rústicas», «instituciones censales», «crédito territorial», «crédito agrícola», «bienes comunales», «montes públicos», «instituciones de previsión, de crédito y de seguro», «beneficiencia», «emigración», «sucesión hereditaria», «impuestos», «industrias explotadas por el Estado» y «obras públicas».

<sup>7</sup> Sobre el tema, véase M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Civitas (Madrid, 2002), pág. 401. El texto íntegro y actualizado del citado Tableau de VILLERMÉ resulta accesible a través de [www.sante.gouv.fr/bibrep/8LI1711/Ouvrage.pdf](http://www.sante.gouv.fr/bibrep/8LI1711/Ouvrage.pdf).

ca las cuestiones sociales de mayor urgencia. Precisamente por razón de su urgencia, el punto de partida de esta nueva legislación lo constituye la promulgación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 enero 1900. Esta ley supuso un punto y aparte, al imponer al empresario la responsabilidad objetiva —esto es, aunque no hubiese mediado su culpa o negligencia— por los accidentes de trabajo ocurridos a sus obreros<sup>8</sup>, indicando que era «accidente toda lesión corporal que el operario sufra *con ocasión ó por consecuencia* del trabajo que ejecuta por cuenta ajena»<sup>9</sup>; razón por la cual quedaba deslegitimada la jurisprudencia civil inmediatamente anterior, en sentido contrario<sup>10</sup>.

Se trataba de una reacción frente al Derecho común, pero con instrumentos característicos de este mismo Derecho común, como lo prueba el hecho de que la responsabilidad patronal se tradujese en el pago de «indemnizaciones» tasadas<sup>11</sup>, no «pensiones», lo cual «estimulaba el aseguramiento voluntario por el patrono de dicha responsabilidad “en una Sociedad de seguros debidamente constituida”»<sup>12</sup>, bien «mutuas ó por acciones»<sup>13</sup>. De hecho, sólo «tras nuestra guerra civil ..., se generaliza hasta llegar a imponerse la palabra “pensión”», siendo un «fenómeno ... ligado a la desaparición del sistema de capitalización en la financiación de los distintos seguros sociales»<sup>14</sup>.

El propio año 1900 se promulgaron otras normas obreras igualmente sustantivas de extraordinaria importancia. Tal es el caso, por ejemplo, de una Real Orden de 2 agosto 1900, que aprobaba un «Catálogo de mecanismos preventivos de los accidentes de trabajo» (en talleres, fábricas y canteras; en la construcción de edificios; en la minería, etc.) —embrión, por tanto, de lo que luego se llamará «seguridad e higiene en el trabajo»—, que complementaba por su carácter preventivo las normas de carácter reparador contenidas en la citada Ley de Accidentes de Trabajo; o también, de la Ley de 13 marzo 1900, sobre condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños, que pretendía poner fin a la utilización por los patronos de la época de este tipo de mano de obra más

<sup>8</sup> En efecto, según su artículo 2, «el patrono es responsable de los accidentes ocurridos á sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión ó trabajo que realicen ...».

<sup>9</sup> Cfr. artículo 1. Además, ninguna de estas previsiones se vio alterada por la subsiguiente Ley de Accidentes de Trabajo, de 10 enero 1922.

<sup>10</sup> Sobre el tema, véase *supra*, Tema 5, §5.

<sup>11</sup> Cfr. artículo 4.

<sup>12</sup> Cfr., citando el artículo 12 de la Ley de Accidentes de Trabajo, J. MARTINEZ GIRON, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Imprenta Paredes (Santiago de Compostela, 1990), págs. 29-30.

<sup>13</sup> Según lo dispuesto en el artículo 71 del Real Decreto de 28 julio 1900, aprobando el Reglamento para la aplicación de la Ley de Accidentes de Trabajo. Las «mutuas» fueron reguladas, por vez primera, en una Real Orden de 10 noviembre 1900.

<sup>14</sup> Cfr. R.P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de seguridad social*, Civitas (Madrid, 2000), pág. 43.

barata (impidiendo contratar niños y niñas menores de 10 años, fijando las jornadas máximas que podrían exigírseles a los mayores de esa edad, imponiendo condiciones mínimas en relación con las trabajadoras embarazadas, etc.). Revolucionaria fue también en la época la Ley de 3 marzo 1904, sobre descanso dominical, que declaraba «prohibido en domingo el trabajo material por cuenta ajena» —visto que era pecado realizar trabajos manuales en domingo o fiestas de guardar—, obligando por ello a otorgar «al operario á quien no corresponda descansar en domingo ó día festivo el tiempo necesario para el cumplimiento de sus deberes religiosos»<sup>15</sup>.

Ciertamente, la materia relativa al tiempo de trabajo —en la que se inscribe la popularmente denominada en la época «Ley de la silla» de 1912<sup>16</sup>— también ha mantenido siempre una gran resistencia a ser «codificada» junto a otras típicamente laborales. Así, en cuanto al descanso semanal, a la citada Ley de 1904 sucedió un Real Decreto-ley de 8 junio 1925; y en cuanto a la jornada máxima legal —culminando un proceso iniciado en 1902—, por Real Decreto de 3 abril 1919 se fijó dicha jornada máxima en «ocho horas al día, o cuarenta y ocho horas semanales», como regla para todo trabajo<sup>17</sup>. A este último Real Decreto siguió la Ley republicana de jornada máxima de 1 julio 1931, y al Real Decreto-ley de descanso semanal de 1925 siguió la Ley homónima franquista de 13 julio 1940, siendo ambas leyes —la republicana de 1931 y la franquista de 1940— derogadas por el Real Decreto 2001/1983, de 28 julio, dictado en desarrollo del artículo 34 del ET-1980.

Toda esta legislación obrera sustantiva se completó inmediatamente con otras normas de carácter adjetivo, que permitían reprimir los incumplimientos de dichas normas obreras sustantivas por parte de los empresarios. Así, en 1906 se creó la Inspección de Trabajo<sup>18</sup> —en principio dependiente del Ministerio de la Gobernación, pues el Ministerio de Trabajo

<sup>15</sup> Cfr. artículo 1, párrafo cuarto. Repárese en que ya por Real Orden de 26 marzo 1884 se había establecido la obligación de descansar los domingos en los trabajos realizados en las obras públicas, afirmando que «la observancia del precepto de santificar las fiestas es un deber de cuyo cumplimiento no cabe prescindir en manera alguna», y además, que «los sentimientos religiosos que nuestra existencia nacional atesora no permiten que España sea en este punto excepción lastimosa respecto á otros países».

<sup>16</sup> Se trata de la Ley de 27 febrero 1912, sobre obligación de tener dispuesto un asiento para las mujeres empleadas, cuyo artículo 1, párrafo primero, afirmaba lo siguiente: «En los almacenes, tiendas, oficinas, escritorios, y, en general, en todo establecimiento no fabril, de cualquier clase que sea, donde se vendan ó expendan artículos ú objetos al público, ó se preste algún servicio relacionado con él por mujeres empleadas, y en los locales anejos, será obligatorio, para el dueño ó su representante particular ó Compañía, tener dispuesto un asiento para cada una de aquéllas. Cada asiento, destinado exclusivamente á una empleada, estará en el local donde de-sempeñe su ocupación, en forma que pueda servirse de él, y con exclusión de los que pueda haber á disposición del público». Como curiosidad, cabe indicar que la Ley de 4 julio 1918, sobre jornada mercantil, afirmó en su artículo 18 que «se aplicará a los dependientes varones comprendidos en esta Ley la de 27 de febrero de 1912, llamada vulgarmente “Ley de la Silla”, en la parte que a los mismos pueda ser aplicable». Su derogación formal se produjo por Decreto de 1 marzo 1944, aprobando el Libro II de la LCT-1944.

<sup>17</sup> Cfr. su artículo 1.

<sup>18</sup> Por Real Decreto de 1 marzo 1906.

no se creó hasta 1920<sup>19</sup>—, que tenía por función vigilar el cumplimiento de la citada Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 y de las «demás leyes y disposiciones protectoras y reguladoras del trabajo dictadas o que puedan dictarse en lo sucesivo»<sup>20</sup>. Además, en 1908 se crearon tribunales laborales específicos distintos de los tribunales civiles<sup>21</sup>, conocidos con el nombre de «Tribunales Industriales» —luego regulados, con relativa perfección, en una Ley de 1912<sup>22</sup>—, que conocían de los pleitos laborales del momento entre obreros demandantes y empresarios demandados, y que eran órganos jurisdiccionales formados, de un lado, por un «jurado» —compuesto a partes iguales por empresarios y obreros, que fijaba los hechos—, y de otro lado, por el Juez de primera instancia del partido judicial correspondiente, que aplicaba el Derecho.

La propia Ley regulaba la posibilidad de continuar el juicio aun sin la constitución del Tribunal, por inasistencia de dos o más jurados, pues en tal caso «se seguirá el juicio solamente ante el Juez de primera instancia por los trámites del juicio verbal ... de la Ley de Enjuiciamiento Civil»<sup>23</sup>. En cualquier caso, la historia de estos tribunales fue en lo relativo a su jurisdicción «sumamente accidentada y confusa»<sup>24</sup>, por causa de la «proliferación de comisiones y organismos paritarios con funciones de composición o integración de conflictos», en las que lo colectivo y lo individual se entremezclaba<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> Por Real Decreto de 8 mayo 1920. Las materias atribuidas al Ministerio de Trabajo acreditan lo disperso de la legislación obrera en esta época, pues basta reparar en que al mismo le correspondería «entender, en su respectiva esfera, en la aplicación de las leyes, Reglamentos y disposiciones complementarias sobre accidentes del trabajo, reglamentación del trabajo de mujeres y niños, descanso dominical, descanso nocturno en la industria de la panadería, jornada mercantil, jornada minera, jornada máxima de ocho horas en toda clase de industrias y trabajos, salarios, cantinas obligatorias, huelgas (en su aspecto económico y social), Consejos de conciliación y arbitraje, Comités paritarios, Tribunales industriales, Juntas de Reformas sociales, inspección del trabajo, casas baratas, Instituto de Reformas Sociales, Instituto Nacional de Previsión y demás disposiciones análogas» (cfr. artículo 8 del Real Decreto de 29 mayo 1920, organizando los Servicios del Ministerio de Trabajo). Las sucesivas denominaciones del Ministerio de Trabajo, hasta la actual a día de hoy, pueden verse en M. ALONSO OLEA y M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23<sup>a</sup> ed., Civitas (Madrid, 2005), pág. 1161, nota 3.

<sup>20</sup> Cfr. su artículo 1, apartado 4<sup>o</sup>. Entre estas disposiciones cabe citar, por ejemplo, algunas muy importantes en materia salarial —reaccionando frente a las insuficiencias del Derecho común—, como una Ley de 12 julio 1906 —reformando la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881—, que vino a combatir la total embargabilidad del salario posible hasta entonces (véase *supra*, Tema 5, §5), o un Real Decreto de 18 julio 1907, que puso fin al sistema de trueque (*truck*) de pago de salarios (esto es, su pago en cosas distintas del dinero), ordenando «el pago de los salarios ... con la moneda de curso legal» (cfr. artículo 3) e impidiendo «el abono de salarios en lugar de recreo, taberna, cantina ó tienda, salvo cuando se trate de obreros empleados en alguno de esos establecimientos» (cfr. artículo 4).

<sup>21</sup> Por Ley de 19 mayo 1908, en aplicación de lo dispuesto en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, al referirse en su artículo 14 a las futuras «disposiciones relativas á los Tribunales ó Jurados especiales que han de resolver los conflictos que surjan en la aplicación de esta ley».

<sup>22</sup> De 22 julio de ese año.

<sup>23</sup> Cfr. artículo 32.

<sup>24</sup> Cfr. M. ALONSO OLEA, «Notas sobre la historia de los procesos de trabajo», en *Homenaje al profesor Giménez Fernández*, vol. II, Universidad (Sevilla, 1967), pág. 567.

<sup>25</sup> Cfr. M.C. PALOMEQUE LOPEZ, *Derecho del Trabajo e ideología*, 5<sup>a</sup> ed., Tecnos (Madrid, 1995), pág. 78.

§3. A partir de 1923, durante la Dictadura de Primo de Rivera, se da un paso muy significativo hacia la sistematización de la dispersa legislación obrera entonces existente, con la promulgación del Real Decreto-ley de 23 agosto 1926, que aprobó —siguiendo la moda codificadora de aquella época— el llamado «Código del Trabajo». Según confesaba su exposición de motivos, este código era una norma en la que «por primera vez ..., aparecen debidamente estructuradas y formando un armónico conjunto, importantes disposiciones que rigen la vida social de nuestro pueblo»<sup>26</sup>. No era tan largo como el Código Civil o las leyes procesales del momento, pues constaba de 499 artículos, agrupados en cuatro libros, de los cuales el Libro primero tuvo en la época un carácter jurídicamente revolucionario.

Por oposición, además, a los otros tres libros, que presentaban un carácter más marcadamente continuista. Así, el Libro segundo («Del contrato de aprendizaje») derogaba la Ley homónima vigente hasta entonces, de 1911, «comprendiendo los preceptos de la [citada] Ley especial ... y los reglamentarios que se ha estimado oportuno consignar»<sup>27</sup>; el Libro tercero («De los accidentes de trabajo»), por su parte, incluía y ordenaba, «tanto la Ley [de 1922] hasta ahora subsistente, como los varios Reglamentos y ... disposiciones ... en su dilatado campo»<sup>28</sup>; y por último, el Libro cuarto («De los Tribunales Industriales») recogía la Ley homónima de 1912, aunque «tendiendo a remediar las deficiencias que la práctica ha hecho advertir»<sup>29</sup>.

En efecto, dicho Libro llevaba por título «Del contrato de trabajo», y pretendía poner fin al carácter insuficiente y ridículo que tenía la regulación del contrato de arrendamiento de servicios en sólo 5 artículos del Código Civil, vista la fenomenal masa de legislación obrera sustantiva y adjetiva vigente en aquella época. Su regulación del tema, a través de 56 artículos no podía considerarse del todo perfecta, pero tiene el mérito de haber sido la primera regulación del moderno «contrato de trabajo» que estuvo vigente en España.

Hasta la promulgación del Código del Trabajo se había sucedido una serie de intentos de dotar al contrato de trabajo de una regulación legal sistemática, pero todos ellos fracasaron. El primero de estos intentos fue en 1902, al encomendarse a la Comisión General de Codificación la reforma del Código Civil en materia de arrendamiento de obras y servicios, dictando a tal efecto unas «bases» en las que aparece por vez primera en nuestra legislación, por cierto, la expresión «contrato de trabajo»<sup>30</sup>. A este primer intento siguieron otros —ya

<sup>26</sup> Cfr. su exposición de motivos, párrafo primero.

<sup>27</sup> *Ibidem*, párrafo noveno.

<sup>28</sup> *Ibidem*, párrafo décimo.

<sup>29</sup> *Ibidem*, párrafo decimocuarto.

<sup>30</sup> En una Real Orden de 9 noviembre 1902, reconociendo que era la relativa al «contrato de trabajo, a que se refiere el Código Civil en el capítulo 3º, título 6º, libro 4º, una de las materias más deficientemente reguladas, como convence la lectura de los pocos artículos que de él tratan» (cfr. su exposición de motivos, párrafo primero). Sobre el tema, véase M<sup>º</sup>.T. SOSA MANCHA, *La emergencia del contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de ley de contrato de trabajo: 1821-1924)*, Civitas (Madrid, 2002), págs. 120 y ss.



con el objeto de regular el contrato de trabajo fuera del Código Civil—, elaborándose hasta un total de ocho proyectos de ley distintos, en 1904-05, 1906, 1908, 1910, 1914, 1916, 1919 y 1922-24<sup>31</sup>; proyectos elaborados en el seno del Instituto de Reformas Sociales (salvo los de 1908 y 1919), y cuya extensión respectiva resultaba muy variada, oscilando entre los doce artículos del de 1908 y los ciento siete del de 1919<sup>32</sup>.

La sistematización efectuada por este Código del Trabajo de 1926 era, sin embargo, una sistematización parcial, que intencionadamente —lo confesaba su exposición de motivos— «no abarca todo el derecho del trabajo»<sup>33</sup>. Quedaba fuera del mismo, por ejemplo, todo lo relativo a los entonces llamados «comités paritarios» —regulados en el Real Decreto-ley de 26 noviembre 1926, aprobando la llamada «Organización Corporativa Nacional»—, los cuales tenían algunas competencias jurisdiccionales que sustrajeron a los Tribunales Industriales<sup>34</sup>, pero que pretendían sobre todo sustituir la incipiente negociación colectiva de la época, siempre susceptible de provocar huelgas, a las que generalmente son alérgicas todas las dictaduras<sup>35</sup>. La suplantación la efectuaban a través de las entonces denominadas «bases de trabajo», teniendo a estos efectos los «comités paritarios» en cuestión, competencia para la «reglamentación del trabajo (retribución, horarios, descanso), y en general las que puedan servir de base a los contratos de trabajo»<sup>36</sup>.

**§4. Durante la II República**, que contó con una Constitución dotada de intenso contenido laboral, se sometió a revisión la legislación obrera promulgada hasta entonces. Entre esta legislación republicana, destaca

<sup>31</sup> Los textos respectivos de todos estos proyectos pueden verse en A. MARTIN VALVERDE, F. VALDES DAL-RE, M.E. CASAS BAAMONDE, M.C. PALOMEQUE LOPEZ, J. GARCIA MURCIA y F. PEREZ ESPINOSA, *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados (Madrid, 1987), págs. 1122 y ss. En la legislación procesal laboral de la época (esto es, en la Ley de Tribunales Industriales de 1912 y en el Libro IV del Código del Trabajo de 1926), sin duda por inercia, se afirmaba desde 1908 que los Tribunales Industriales eran competentes para conocer «de las reclamaciones civiles que surjan entre patronos y obreros o entre obreros del mismo patrono sobre incumplimiento ó rescisión de los contratos de arrendamiento de servicios, de los contratos de trabajo, ya se trate de contrato individual, ya se trate de contrato colectivo, o de los de aprendizaje» (cfr. artículo 435.1º del Código del Trabajo de 1926). Esto demuestra la vinculación genética del nuevo contrato de trabajo con el viejo arrendamiento civil de servicios, así como las dificultades para operar el tránsito del segundo al primero.

<sup>32</sup> Véase M. ALONSO OLEA, «Los Proyectos de Ley de Contrato de Trabajo del Instituto de Reformas Sociales (En especial en cuanto a los privilegios salariales)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo*, núm. extraordinario (2003), págs. 109 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. su párrafo quinto.

<sup>34</sup> Lógicamente, ello implicaba la existencia de «dos jurisdicciones de trabajo: una genérica, la de los Tribunales industriales, y otra específica, la de los organismos paritarios» (cfr. A. GALLART FOLCH, *Derecho Español del Trabajo*, Editorial Labor [Madrid, 1936], pág. 329).

<sup>35</sup> Precisamente por ello, a estos «comités paritarios» se les atribuía la función de «prevenir los conflictos industriales e intentar solucionarlos, si llegan a producirse» (cfr. artículo 17.2º), así como la de «resolver las diferencias individuales o colectivas entre patronos y obreros que les sometan las partes» (cfr. artículo 17.2º).

<sup>36</sup> Cfr. su artículo 17.1º.

sobre todo la Ley de Contrato de Trabajo de 21 noviembre 1931, que derogó el citado Libro primero del Código del Trabajo de 1926 («Del contrato de trabajo», recuérdese), dándole a este contrato una regulación extraordinariamente perfecta, por medio de los 94 artículos de que constaba. Se trata de una Ley que operó el tránsito de la vieja legislación obrera a la nueva legislación laboral, puesto que consideraba «trabajadores», entre otros muchos, a «los llamados trabajadores intelectuales», rompiendo así la tradicional aplicación de la legislación anterior a ella, incluido el Código del Trabajo de 1926, sólo a los «obreros» o trabajadores manuales<sup>37</sup>.

La Ley republicana de Contrato de Trabajo —aprobada sin debate por las Cortes Constituyentes<sup>38</sup>— acusaba una influencia germánica directa, pues se inspiró en parte en un proyecto de ley alemán anterior (conocido, en reconocimiento al autor del mismo, como proyecto «POTTTHOFF»). Así lo señala el primer comentarista contemporáneo de la Ley en cuestión, poniendo como ejemplo los artículos 24 y 25 de la misma, relativos a las invenciones laborales<sup>39</sup>.

En el ámbito jurisdiccional, la II República mantuvo los Tribunales Industriales —que pasaron a competir con los nuevos «jurados mixtos profesionales», herederos de los «comités paritarios» primorriveristas, regulados por Ley de 27 noviembre 1931<sup>40</sup>—, aunque completó la jurisdicción laboral de instancia con la creación de un Tribunal laboral específico de impugnación, que fue la Sala «de Cuestiones de Derecho social», entonces Quinta, del Tribunal Supremo, creada por Decreto de 6 mayo 1931.

En cuanto a la competencia de los Tribunales Industriales y los «jurados mixtos», repárese en que «los Tribunales industriales no podrán intervenir en las substanciación de reclamaciones originadas por la aplicación de los artículos pertinentes del Código del Trabajo, cuando estén atribuidas por la presente Ley a los jurados mixtos»<sup>41</sup>, siendo tales materias

<sup>37</sup> Cfr. su artículo 6. Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, *La contratación Laboral de Servicios Profesionales*, Servicio de publicaciones de la Universidad (Santiago de Compostela, 1988), pág. 25.

<sup>38</sup> Véase A. GALLART FOLCH, *Derecho español del Trabajo*, cit., pag. 51, afirmando que se trata «en conjunto, [de] una obra legislativa excelente», a pesar de la existencia de «algunos defectos de bulto que pudieron haber sido subsanados en una detenida discusión parlamentaria, de que careció (pues las Cortes Constituyentes la aprobaron sin discutirla)».

<sup>39</sup> Cfr. J. DE HINOJOSA FERRER, *El contrato de trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid, 1932), pág. 71, afirmando que «los artículos referentes a las invenciones de trabajo parecen inspirados en el proyecto de ley alemán de contrato de trabajo de 1921, que las distingue en invenciones libres, invenciones libres aunque de empresa, invenciones de servicio e invenciones de empresa».

<sup>40</sup> Sobre la permanencia de los Tribunales Industriales durante la II República, véase J. MONTERO AROCA, *Los tribunales de trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Secretariado de publicaciones de la Universidad (Valencia, 1976), págs. 79 y 80.

<sup>41</sup> Cfr. artículo 72 de la Ley de 27 noviembre 1931.

fundamentalmente la del despido<sup>42</sup> y la de los salarios<sup>43</sup>. En cuanto a la Sala Quinta del Tribunal Supremo, su creación se encontraba «sobradamente justificada por el número y la importancia de los asuntos que ordinariamente se tramitan»<sup>44</sup>, y con ella se pretendía «dotar a la acción judicial de un órgano supremo adecuado a los imperativos históricos»<sup>45</sup>.

Por lo que se refiere a la Administración laboral, la II República procedió a dotar al Ministerio de Trabajo de una estructura periférica, mediante la promulgación de la Ley de 13 mayo 1932, sobre Delegaciones Provinciales del Ministerio de Trabajo <sup>46</sup>, que subsistieron hasta después incluso de promulgada nuestra CE.

Lógicamente, tras la asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias de ejecución de la legislación laboral —*ex* artículo 149.1.7ª de la CE—, la estructura periférica originaria de la Administración laboral se vio sensiblemente modificada. En la actualidad, son las delegaciones provinciales de las Comunidades Autónomas las encargadas de ejecutar la legislación laboral del Estado, según lo dispuesto en sus respectivos estatutos de autonomía y normas de desarrollo<sup>47</sup>. Por su parte, las Delegaciones provinciales del Ministerio se transformaron inicialmente en Direcciones provinciales<sup>48</sup>, quedando estas últimas suprimidas en marzo de 1999, al ordenarse su integración en las «áreas funcionales de Trabajo y Asuntos Sociales» de las Delegaciones del Gobierno<sup>49</sup>.

**§5.** Tras nuestra guerra civil, el franquismo construyó un abigarrado cuerpo de legislación laboral de signo marcadamente intervencionista —cuyas bases se encontraban contenidas en el Fuero del Trabajo, promulgado en plena guerra civil, por Decreto de 1 marzo 1938—, en el que tres normas marcaron la impronta de los cuarenta años que prácticamente duró.

En primer lugar, la Ley Orgánica de la Magistratura del Trabajo de 17 octubre 1940, que creó —en sustitución de los Tribunales Industriales y

<sup>42</sup> Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de 27 noviembre 1931. La competencia en cuestión se tomó del Real Decreto de 8 marzo 1929, aprobando el texto refundido sobre «Organización Corporativa Nacional», cuyos artículos 63 y ss. trataban «Del procedimiento en materia de despidos».

<sup>43</sup> Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 19.2º de la Ley de 27 noviembre 1931.

<sup>44</sup> Cfr. exposición de motivos, párrafo tercero, del Decreto de 6 mayo 1931.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> A resultados de la promulgación, el mes anterior, de la Ley sobre asociaciones profesionales patronales y obreras, al atribuirse en esta última una serie de competencias precisamente a los Delegados provinciales de Trabajo.

<sup>47</sup> En el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, por ejemplo, véanse los artículos 29.1 y 41 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 abril. Además, *infra*, Tema 34, §1.

<sup>48</sup> Cfr. Real Decreto 1801/1981, de 24 julio, de reforma de la Administración periférica del Estado (en especial, su artículo 5), derogado por Real Decreto 1330/1997, de 1 agosto, de integración de servicios periféricos y de estructura de las Delegaciones del Gobierno (dictado en desarrollo de la Ley 6/1997, de 14 abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado).

<sup>49</sup> Cfr. disposición final 2ª.2 del Real Decreto 2725/1998, de 18 diciembre, de integración de las Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales (en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición final 1ª del Real Decreto 1330/1997 [cit. nota anterior]).

Jurados Mixtos republicanos, declarados extinguidos ya en 1938<sup>50</sup>—, de un lado, las Magistraturas de Trabajo, como únicos órganos jurisdiccionales laborales de instancia radicados en cada capital de provincia; y de otro lado, el Tribunal Central de Trabajo —se mantuvo, sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>51</sup>, asegurándose su supremacía jurisdiccional sobre el Tribunal Central de Trabajo, a través del recurso en interés de la ley<sup>52</sup>—, radicado en Madrid y con competencia para conocer en vía de recurso de las resoluciones dictadas por los magistrados de trabajo. Curiosamente, el Libro IV del Código del Trabajo de 1926 —que contenía las normas procesales aplicadas por los viejos Tribunales Industriales— mantuvo su vigencia hasta 1958, que fue cuando se promulgó nuestra primera Ley de Procedimiento Laboral<sup>53</sup>.

De un lado, la Ley Orgánica de 1940 se mantuvo operativa hasta su completa derogación por la vigente Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, que en el ámbito jurisdiccional laboral instauró los Juzgados de lo Social (en sustitución de las Magistraturas de Trabajo)<sup>54</sup> y las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (en sustitución del Tribunal Central de Trabajo)<sup>55</sup>. De otro lado, entre la primera Ley de Procedimiento Laboral, de 1958 (que fue un texto refundido), y la séptima actualmente vigente, de 1995 (que también es un texto refundido), se sucedieron los textos de 1963 (refundido), 1966 y 1973 (articulados), 1980 (refundido) y 1990 (articulado).

En segundo lugar, la Ley de 16 octubre 1942, sobre Reglamentaciones Nacionales de Trabajo. Formalmente,

<sup>50</sup> Cfr. artículo 1 del Decreto de 13 mayo 1938, sobre «supresión de Jurados Mixtos y creación de Magistraturas de Trabajo».

<sup>51</sup> Siguió siendo Sala 5ª hasta la promulgación del Decreto de 14 junio 1957, que procedió a crear una Sala más de lo contencioso-administrativo (hasta entonces había dos), que «se denominará Sala Quinta, pasando a llamarse Sala Sexta la que en la actualidad ostenta aquel nombre» (artículo 1), esto es, la Sala de lo Social del TS. Esta última se mantuvo como Sala 6ª hasta la entrada en vigor de la Ley 38/1988, de 28 diciembre, de demarcación y planta judicial, en la que se afirma que «las actuales Salas Tercera, Cuarta y Quinta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se constituirán en Sala única de lo Contencioso-Administrativo» (artículo 28.1), por lo que la Sala de lo Social del TS pasó a convertirse en Sala 4ª del mismo.

<sup>52</sup> Este recurso fue creado por Ley de 22 diciembre 1949, y podía interponerlo el Ministerio Fiscal contra las sentencias dictadas por el TCT cuando estimase que la doctrina sentada por las mismas era dañosa o errónea, aunque teniendo en cuenta que si el TS estimaba el recurso, quedaba intacta la situación jurídica creada por el fallo que se recurrió. La regulación de esta Ley de 1949 pasó íntegra, salvo algún retoque, a nuestra LPL-1958. Tras la creación del proceso laboral especial de conflictos colectivos en 1963, las sentencias dictadas por el TCT sobre dicha materia (resolviendo los recursos entonces denominados «dealzada», y de «uplicación especial», desde 1980) eran irrecurribles por esta vía en interés de la ley. Sobre los detalles procesales de este tema, véase J. MONTERO AROCA, *El proceso laboral*, t. II, Bosch (Barcelona, 1981), págs. 133 y ss.

<sup>53</sup> Por Decreto de 4 julio 1958. Como confesaba su exposición de motivos —respecto de la vigencia del Código del Trabajo de 1926—, «el proceso laboral está regulado actualmente por normas a las que las partes y el Magistrado han de acomodar su actuación, pero tales reglas se hallan diseminadas en multitud de disposiciones (Código de Trabajo de 1926 ...)» (cfr. su párrafo primero).

<sup>54</sup> Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 43 y 60 de la Ley 38/1988, de 28 diciembre, de demarcación y de planta judicial, los Juzgados de lo Social entraron en funcionamiento el 19 enero 1989.

<sup>55</sup> Por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 10 mayo 1989 —cumpliendo lo dispuesto en los artículos 32.4 y 36.2 de la citada Ley 38/1988—, el Tribunal Central de Trabajo quedó definitivamente suprimido el 23 mayo 1989.

se trataba de órdenes ministeriales (del Ministerio de Trabajo) que fijaban todas las condiciones de trabajo (jornada, categorías profesionales, salarios, etc.) a las que debían ajustarse los contratos de trabajo, por sectores económicos (comercio, hostelería, construcción, etc.) o, como se decía entonces, por «ramas de la producción»<sup>56</sup>. Pretendían, en un primer momento, llenar el vacío dejado por la prohibición de negociar convenios colectivos; prohibición apuntalada con la proscripción del sindicalismo libre, también contenida en el Fuero del Trabajo. Luego debieron coexistir con los convenios colectivos, cuando en 1958 se aprobó la primera Ley franquista de «convenios colectivos sindicales», cambiando incluso algunas de ellas de nombre —aparte el hecho de que, como era lógico, dejaron de regular los salarios—, pues a partir de 1964 se conocen también con la denominación de «Ordenanzas Laborales»<sup>57</sup>. Sólo desaparecieron definitivamente el 31 diciembre 1995, tras haberse convertido en normas meramente dispositivas —que los convenios colectivos podían expresamente derogar—, a partir de 1977<sup>58</sup>.

La caducidad automática de todas las «reglamentaciones nacionales de trabajo» y «ordenanzas laborales» vigentes hasta el citado 31 diciembre 1995, fue ordenada por la disposición transitoria 2ª del ET-1980 (actual disposición transitoria 6ª del ET), en la redacción que le dio la Ley 11/1994, de 19 mayo<sup>59</sup>.

En tercer lugar, la Ley de Contrato de Trabajo franquista de 1944<sup>60</sup>, que copió en buena medida su precedente republicana de 1931 —aunque suprimiendo sistemáticamente, por razones obvias, todas sus referencias a convenios colectivos, sindicatos, huelgas y «lock-outs»—, luego complementada en 1976 por la Ley tardofranquista «de relaciones laborales»<sup>61</sup>, siendo ambas derogadas con la promulgación del ET en 1980<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> Aunque también había reglamentaciones de empresa, como, por ejemplo, la de Telefónica, aprobada por Orden Ministerial de 10 noviembre 1958; o la de RENFE, aprobada por Orden Ministerial de 22 enero 1971.

<sup>57</sup> La primera de estas «Ordenanzas Laborales» fue la de la Industria Hullera para las provincias de León, Palencia, Ciudad Real, Córdoba y Sevilla, aprobada por Orden Ministerial de 18 mayo 1964. También había «Ordenanzas» de empresa, como, por ejemplo, las de Radio Nacional de España y de Televisión Española, aprobadas por sendas Ordenes Ministeriales de 14 julio 1971.

<sup>58</sup> Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 del DLRT.

<sup>59</sup> Sobre el tema, véase J. GARCIA MURCIA, *La reglamentación sectorial del trabajo. De la intervención pública a la autonomía colectiva*, Civitas (Madrid, 2001), págs. 15 y ss.

<sup>60</sup> Texto refundido aprobado por Decreto de 26 enero 1944, que se refiere al Libro I de la misma, justamente el relativo al contrato de trabajo. Su Libro II, relativo al contrato de embarco, al contrato de trabajo a domicilio, al contrato de aprendizaje, al contrato de trabajo de las mujeres y al contrato de trabajo de los menores, fue aprobado por Decreto de 1 marzo 1944.

<sup>61</sup> Se trata de la Ley 16/1976, de 8 abril, dada con el «propósito de actualización y perfeccionamiento de aspectos fundamentales de la normativa de trabajo, introduciendo normas nuevas o la actualización de otras que se consideran superadas por la realidad» (cfr. su exposición de motivos, párrafo primero).

<sup>62</sup> Cfr. su disposición final 3ª.1 y 14.

No obstante, la Ley franquista de Contrato de Trabajo se mantuvo parcialmente en vigor incluso después de 1980, aunque degradada a rango reglamentario —por aplicación de lo dispuesto en la disposición final cuarta, párrafo primero, del ET-1980<sup>63</sup>—, produciéndose su completa desaparición en mayo de 1994, al derogarse expresamente la citada disposición final<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Según la cual, «las disposiciones con rango de Ley que regulan cuestiones relativas a jornada, salarios y cualesquiera otros aspectos y circunstancias de las relaciones laborales individuales no reguladas por esta Ley, continuarán en vigor en calidad de normas reglamentarias».

<sup>64</sup> Cfr. disposición derogatoria única, párrafo primero, de la citada Ley 11/1994, de 19 mayo.

---

## TEMA 7 EL MOVIMIENTO OBRERO

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Preliminar. §2. Periodificación. §3. La represión del primer sindicalismo, a través de la legislación penal de la Novísima Recopilación de 1805. §4. La represión, a través de los Códigos Penales de 1848, 1850 y 1870. §5. La represión, a través del Código Civil. §6. La eliminación de la represión, durante la Segunda República. §7. La repetición de la historia represiva, durante el franquismo.

§1. La expresión «movimiento obrero» es una metáfora. Con ella, pretende aludirse a la reacción de la nueva «clase social» de los obreros, uniéndose, frente a la situación de explotación a que comenzó a estar sometida tras la desaparición, a partir de 1812, del Antiguo Régimen. A esta reacción alude ya, porque tenía cierta perspectiva, la exposición de motivos del Real Decreto de 5 diciembre 1883, de creación de la Comisión de Reformas Sociales, en la que se afirma que «numerosos síntomas revelan que las clases obreras sienten el vivo estímulo de necesidades que importa remediar, o aliviar», habiendo «motivo para temer que las corrientes... por donde va encauzándose este movimiento, torcieran su rumbo... e hicieran así precaria la paz y las relaciones entre los dos grandes factores de la producción: el trabajo y el capital».

En esta misma exposición de motivos se afirmaba, también, que «hay que tener en cuenta, además, que *otra parte de este movimiento* parece huir de las vías legales..., disponiéndose... a formar esas sociedades misteriosas encaminadas a fines criminales, para los que ha sido y será de nuevo necesario que la sociedad reserve sus más terribles rigores»<sup>1</sup>.

§2. El estudio de la historia del «movimiento obrero» español puede dividirse convencionalmente en cinco etapas, respectivamente marcadas: 1) hasta el año 1848, por su represión, aplicando la legislación

---

<sup>1</sup> Sobre este lenguaje del miedo, véase A. MONTROYA MELGAR, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 33 ss.

penal contenida en la Novísima Recopilación de 1805 (cfr. *infra*, §3); 2) a partir de esa fecha, porque de nuevo continuó siendo reprimido, pero aplicando ahora los Códigos Penales de 1848, 1850 y 1870 (cfr. *infra*, §4); 3) a partir de 1909, porque su represión cambió de signo, al dejar de usarse los Códigos Penales para materializarla, y pasar a utilizarse el Código Civil (cfr. *infra*, §5); 4) tras la proclamación de la Segunda República, porque se eliminó la tradicional represión del mismo, por vez primera en nuestra historia (cfr. *infra*, §6); y 5) tras nuestra guerra civil, porque España volvió a repetir la citada historia represiva, incluso desde el punto de vista de la represión penal, durante los casi cuarenta años que duró el franquismo (cfr. *infra*, §7)<sup>2</sup>.

§3. El presupuesto del nacimiento del «movimiento obrero» fue la industrialización, inmediatamente subsiguiente a la eliminación de los gremios. Esta eliminación, como se vio, fue operada por el Decreto de las Cortes de Cádiz de 8 junio 1813<sup>3</sup>, en el que se afirmaba que «todos los españoles y los extranjeros vecindados, o que se vecinden en los pueblos de la Monarquía, podrán libremente establecer las fábricas o artefactos de cualquiera clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni licencia alguna, con tal que se sujeten a las reglas de policía adoptadas, o que se adopten para la salubridad de los mismos pueblos» (artículo I). La aplicación industrial de los nuevos «artefactos» o máquinas —señaladamente, en la industria textil, la máquina de vapor y sus derivados<sup>4</sup>—, que permitían fabricar más con el empleo de menos obreros, fue la causa más lejana de las primeras revueltas de éstos.

El fenómeno de la destrucción por los obreros de la nueva maquinaria industrial (conocido con el nombre de «ludismo»)<sup>5</sup> aparece tempranamente registrado en una Real

<sup>2</sup> Para las fuentes normativas a que va a aludirse, resulta imprescindible A. MARTIN VALVERDE, F. VALDES DAL-RE, M.E. CASAS BAAMONDE, M.C. PALOMEQUE LOPEZ, J. GARCIA MURCIA y F. PEREZ ESPINOSA, *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados (Madrid, 1987), págs. 3 ss.; para la jurisprudencia penal del siglo XIX, M.R. ALARCON CARACUEL, *El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)*, Ediciones de la Revista de Trabajo (Madrid, 1975), págs. 447 ss. Desde una perspectiva comparatista, véase G. DIEGUEZ, «Notas sobre la evolución del Derecho de coaliciones», *Revista de Política Social*, núm. 77 (1968), págs. 95 ss.

<sup>3</sup> Sobre él, recuérdese lo dicho *supra*, Tema 5, §3.

<sup>4</sup> Imprescindible, véase M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Civitas (Madrid, 2002), págs. 363 ss.

<sup>5</sup> La palabra proviene de la «Inglaterra de los comienzos de la época industrial» y, más en concreto, «de Ned Lud, líder obrerista que capitaneó los primeros rompe-máquinas, en Sheffield, en protesta del paro tecnológico que suponía el empleo» de las mismas (cfr. J.A. YVORRA, *Los orígenes del derecho de asociación laboral en España (1800-1869)*, Cátedra Fadrique Furio Ceriol de la Facultad de Derecho [Valencia, 1978], pág. 71, nota 102).



Orden de 24 junio 1824. Fue promulgada a instancia de cierto «fabricante de paños y balletas en la villa de Camprodón en Cataluña, en que de resultas de haberse arrojado una multitud desenfadada a desmontar las máquinas de hilar y cardar de sus fábricas», se solicitaba por él «que no se repitan estos excesos». Esta norma, sobre la base de que «tampoco debe obligarse a los fabricantes a que empleen otros brazos y gastos que los necesarios, proporcionándoles las máquinas la economía, igualdad y perfección que no logran con aquellos», dispuso —entre otras varias cosas— lo siguiente: 1) que «se llamen a presencia del Ayuntamiento las manos cesantes, sus padres, maridos y gefes de las familias en pequeño número de cada vez, y les instruya del bien que trae el uso de las máquinas»; 2) que «se encargue a los Gefes de la fuerza armada cooperen a la protección de las fábricas y a precaver todo desorden»; y 3) que «se procure eficazmente emplear en caminos, obras públicas de la provincia y otras labores análogas a estos brazos, que claman por ocupación, y abrigan, aunque callen, la inquietud y descontento a la par de su miseria mientras no se les proporciona útiles tareas».

La palabra «proletario», en su sentido tradicional romano —persona carente de bienes distintos de su propia prole—, reaparece en la exposición de motivos del Estatuto Real de 1834, al hilo de la justificación de las restricciones al derecho de sufragio, en la que expresamente se mencionan las «turbas de *proletarios*».

Asumido —por inevitable— el nuevo fenómeno del maquinismo industrial<sup>6</sup>, los obreros reaccionaron en un segundo momento contra los fabricantes, con la finalidad de remover las penosas condiciones de trabajo existentes en las nuevas fábricas de aquella época (sobre todo, de la industria textil), uniéndose los que tenían un mismo oficio. A este efecto, el único cauce ofrecido por la legislación de entonces era una Real Orden Circular de 28 febrero 1839, que permitía a los obreros constituir «sociedades de socorros mutuos», poniendo «en común el producto de sus economías» o ahorros, con el fin «de auxiliarse mutuamente en sus desgracias, enfermedades, etc.». Y con amparo en esta norma, se constituyó en 1840 la «Sociedad de Tejedores de Algodón de Barcelona», que es el primer sindicato —en el sentido moderno del término— del que se tiene noticia en España<sup>7</sup>.

En realidad, dicha Real Orden Circular de 1839 pretendía, en materia de protección social, cubrir el vacío dejado por la definitiva liquidación de los gremios, que había sido confirmada sólo tres años antes<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Un «Bando» del Capitán General de Cataluña de 25 julio 1854 registra un nuevo rebrote de «ludismo», a propósito de habersele presentado a dicha autoridad «una comisión de la clase de hiladores manifestándose los perjuicios que se le siguen», por causa de la utilización por los fabricantes textiles de «las máquinas de nueva invención conocidas por selfactinas».

<sup>7</sup> Véase R.P. RON LATAS, *Los sindicatos horizontales*, Comares (Granada, 2003), pág. 5.

<sup>8</sup> Acerca de este Decreto de 6 diciembre 1836, definitivamente finiquitador de los gremios, véase *supra*, Tema 5, §4. Sobre las «sociedades de socorros mutuos», véase J. MARTINEZ GIRON, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Paredes (Santiago de Compostela, 1990), págs. 20 ss.

La actividad de este primer sindicato de oficios —que propugnaba la subida de jornales—, al exceder la propia de una mera «sociedad de socorros mutuos», fue sistemáticamente reprimida, mediante la aplicación de la legislación penal vigente en aquella época. Lo prueba, tras diversas vicisitudes marcadas por otros tantos «Bandos» de la autoridad gubernativa, el hecho de que se ordenase su disolución por medio de un «Bando» del capitán general y jefe político de Barcelona, de fecha 16 enero 1843, en el que se invocaban expresamente —para justificar que se disolviese— «las leyes 12 y 13, título 12, libro 12, de la Novísima recopilación [de 1805] y... demás disposiciones vigentes contra los perturbadores del orden público»<sup>9</sup>.

Las leyes en cuestión, tal y como aparecen recopiladas en la Novísima, son una de 1462 (sobre «Revocación y prohibición de cofradías y cabildos, no siendo para causas pías y con Real licencia») y otra de 1552 (sobre que «Las cofradías de oficiales se deshagan, y no las haya en adelante»).

Un «Bando» posterior del gobernador superior político de Barcelona de 21 octubre 1844, relativo a las «diferencias que se suscitasen entre los fabricantes y tejedores de esta capital», lo primero que ordenaba y mandaba, literalmente, es que «el precio de la mano de obra será enteramente libre y convencional entre el fabricante y el operario».

**§4.** La siguiente etapa represora se abre con la promulgación del Código Penal de 1848, cuyo artículo 450 consideraba delito contra la propiedad —y más en concreto, delito de maquinación para alterar el precio de las cosas— la conducta de «los que se coligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo, o regular sus condiciones», que castigaba con pena de arresto mayor y multa. El tenor de este precepto fue luego reproducido por el artículo 461 del Código Penal de 1850; y también, por el artículo 556 del Código Penal de 1870, que mantuvo la pena de arresto mayor, aunque eliminó la de multa. Tras una primera fase de represión penal indiscriminada de las formalmente denominadas ahora «coligaciones» obreras —y por tanto, del sindicalismo de entonces (de momento, organizado por oficios, como en la etapa anterior)—, esta nueva etapa acabó caracterizándose por dos hechos fundamentales.

---

<sup>9</sup> Como se sabe, el Código Penal de 1822 —que, por lo demás, omitía mencionar las «coligaciones» de obreros— tuvo una vigencia efímera, al ser derogado —como el resto de la legislación promulgada durante el denominado Trienio Liberal— en 1823, con el consiguiente «restablecimiento de la legislación criminal del Antiguo Régimen recogida en la Novísima Recopilación y en las Partidas» (cfr. E. MONTANOS FERRIN y J. SANCHEZ-ARCILLA, *Historia del Derecho y de las Instituciones*, t. III, Dykinson [Madrid, 1991], págs. 512-513).

Un «Bando» del gobernador de Barcelona de 25 febrero 1850, dado en plena vigencia del Código Penal de 1848, constituye una muestra perfecta del citado primer momento de represión penal indiscriminada, pues en él se ordenaba y mandaba que «todo individuo, sea fabricante u obrero, que pertenezca a asociaciones que no se hallen debidamente autorizadas, será inmediatamente puesto a disposición de los tribunales de justicia para ser juzgado como contraventor a las leyes que prohíben las sociedades secretas»; y además, que «los que se coligaren para exigir el asentimiento a sus exigencias, procedan o no con amenazas, serán igualmente puestos a disposición de los tribunales de justicia».

Respecto del Código Penal de 1850, resulta de interés otro «Bando» del gobernador civil de Barcelona de 30 abril 1855, en el que —además de afirmarse que «no se autoriza asociación alguna, sea de la clase que fuere, sino circunscrita a la localidad y limitada meramente a objetos filantrópicos»— se conminaba con la aplicación del artículo 461 de dicho Código Penal a los «que se coligaren para encarecerlo y a este fin abandonaren el trabajo», reputando expresamente el «abandono de la fábrica» por los obreros como una «especie de coacción».

En primer lugar, el hallazgo —en 1871— de que no todas las «coligaciones» de obreros dirigidas a «encarecer... el precio del trabajo, o regular sus condiciones», resultaban delictivas, sino sólo las que fuesen «abusivas», visto el adverbio («abusivamente») que modalizaba, ya desde 1848, el correspondiente tipo penal; modalización que exigía tener en cuenta, además, que en dicho tipo penal el «abuso» obrero sólo existía si se empleaban violencias, amenazas o cualesquiera otros medios comisivos análogos —pero excluida la «huelga»—, que tuviesen el carácter de delito o falta, según el propio Código Penal de 1870.

El hallazgo en cuestión se debe a una circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 23 noviembre 1871, acerca del derecho de asociación y de las huelgas<sup>10</sup>.

En segundo lugar, y sobre dicha base, la irresistible tendencia del sindicalismo a medida que avanzaba esta etapa a dejar de ser un mero sindicalismo por oficios, para pasar a convertirse en un auténtico sindicalismo «de clase» (esto es, de absolutamente todos los oficios y, por tanto, de toda la «clase obrera»), también llamado sindicalismo vertical, industrial o

<sup>10</sup> Su párrafo decisivo, con deliberada intención pedagógica, afirmaba lo siguiente: «Que los obreros de una fábrica de curtidos, por ejemplo, se reúnan y se asocien para tratar de mejorar su condición; que uno de ellos diga a los demás: “Nosotros ponemos en la fábrica un trabajo que vale por sus productos veinte reales al día, y recibimos solamente doce: salimos perjudicados en ocho reales diarios, y beneficiado injusta o inequitativamente el dueño de la fábrica; o se nos da el jornal de cinco pesetas que ganamos, o no trabajamos más en ella”. Y si los reunidos aplauden esta manifestación y la ponen en conocimiento del fabricante, y éste mantiene el jornal de los doce reales que los obreros no quieren recibir y se constituyen en *huelga*; todo esto se hace por uno y por los otros *con perfecto derecho*: éstos, no queriendo dar su trabajo por menor precio del que a su parecer merece, y el fabricante negándose a dar a su capital menor interés del que hasta entonces le producía, y que quiere que continúe produciéndole».

general<sup>11</sup>. En esto, influyó decisivamente la constitución en Londres de la «Primera Internacional» obrera<sup>12</sup>, según refleja nuestra jurisprudencia penal de los años 1878, 1879 y 1884<sup>13</sup>. Y esta tendencia irresistible fructificó poco después, al constituirse en Barcelona —al amparo de la primera Ley (general) española de asociaciones de 1887— la «Unión General de Trabajadores», que es el más linajudo de los sindicatos «de clase» existentes hoy, al remontarse su creación a 1888, sólo un año después de promulgada la recién citada Ley general de asociaciones<sup>14</sup>.

Prueban el influjo de la «Primera Internacional» en el sindicalismo español de la época, por ejemplo: 1) una STS (Sala 2ª) de 11 enero 1878, absolviendo a ciertos obreros, pues «no debió la Sala condenarlos por la única circunstancia de confesar haber pertenecido a la Asociación de la *Internacional* de papeleros de Cocentaina, que no consta estuviera afiliada a la general»; 2) una STS (Sala 2ª) de 19 junio 1879, en la que se declara que «la Asociación titulada *Internacional* de los trabajadores, Sección de tejedores de Bocairente, por su objeto de conseguir aumento de jornal o precio del trabajo y disminución de horas del mismo, no contraría a las reglas y preceptos de moral, ni fue por consiguiente ilícita», aunque «coligados éstos y los demás procesados para encarecer el precio de su trabajo y regular además sus condiciones de duración, al hacerlo abusivamente empleando al efecto la coacción y la amenaza, es visto que incurrieron en delito, conforme al artículo 556 [del Código Penal de 1870]»; y 3) una STS (Sala 2ª) de 8 octubre 1884, indicando que «sólo se afirma concretamente de [“la reunión o sociedad de trabajadores de Ardales”]... que su principal objeto era el de la instrucción y socorro mutuo de los asociados; pero aun cuando además se añade que era federada de otras asociaciones de obreros, que obedecía los estatutos y reglamentos de la *Asociación Internacional*, que se había sometido a los acuerdos adoptados en dos congresos celebrados, uno en Sevilla y otro en Barcelona; que habían contribuido al sostenimiento de una huelga y se proponían el sostenimiento de otra por medio de cajas de resistencia, no se determina qué acuerdos fueron los obedecidos, ni qué prescribían los estatutos y reglamentos a que se sometieron, ni con qué condiciones favorecían las huelgas; todo lo cual hubiera sido

<sup>11</sup> Esta tendencia se detecta ya en 1861, pues una Real Orden de 10 junio de dicho año denegó licencia a «don José Grané y otros, de Barcelona, en solicitud de autorización para establecer sociedad de socorros mutuos entre la clase fabril obrera de esa ciudad», puesto que «no puede concederse la autorización general e indeterminada que pretenden». Más ejemplos, en R.P. RON LATAS, *Los sindicatos horizontales*, cit., págs. 5-6.

<sup>12</sup> Se constituyó «en 1864» y fue la primera de las «cuatro internacionales obreras» (las otras tres corresponden a los años 1889, 1919 y 1938), jugando en ella «Marx, aunque “sólo de un modo relativo le era posible incluir en el programa de la Internacional sus teorías políticas y sociales desarrolladas en el *Manifiesto Comunista* de 1848”, “...un papel decisivo en la redacción de los estatutos provisionales y del Comunicado inaugural”» (cfr. X.M. CARRIL VAZQUEZ, *Asociaciones sindicales y empresariales de carácter internacional*, Comares [Granada, 2003], págs. 2-3). Como se sabe, el citado *Manifiesto Comunista* de 1848 concluía con la siguiente invitación: «Proletarios de todos los países, uníos!».

<sup>13</sup> Acerca de la ilegalización de la «Primera Internacional» en España, analizando los períodos comprendidos entre 1864-1870, 1871-1873 y 1874-1888, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, *Asociaciones sindicales y empresariales de carácter internacional*, cit., págs. 4 ss.

<sup>14</sup> En el artículo 1 de dicha Ley, de fecha de 30 junio 1887, se afirmaba que «el derecho de asociación que reconoce el artículo 13 de la Constitución [de 1876] podrá ejercerse libremente conforme a lo que se preceptúa en esta Ley» (inciso 1º), que «en su consecuencia, quedan sometidas a las disposiciones de la misma las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo, o cualesquiera otros lícitos, que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia» (inciso 2º); y por último—con evidente anacronismo—, que «se regulan también por esta Ley los gremios, las sociedades de socorros mutuos, de previsión de patrono y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo» (inciso 3º).

preciso hacer constar para saber si los asociados se habían encerrado dentro de los límites trazados por la Constitución o si los habían rebasado».

La laminación del anarcosindicalismo —luego gran competidor, en el siglo XX, del sindicalismo de corte socialista representado por la UGT— fue certificada en esta época por una STS (Sala 2ª) de 28 enero 1884, según la cual «siendo principios fundamentales de la asociación titulada Federación de trabajadores, de que los recurrentes formaban parte, la anarquía y el colectivismo, y proponiéndose emprender y sostener la lucha del trabajo contra el capital y de los trabajadores contra la burguesía, es indudable que dicha asociación, tanto por su objeto como por sus circunstancias, es contraria a la moral pública, contradiciendo como contradice el principio más fundamental del orden social, cual es el de la Autoridad y la propiedad industrial».

La «Fiesta del Trabajo» (conmemorando los «sucesos» de Chicago de 1 mayo 1886, con el telón de fondo de la reivindicación obrera de una jornada de ocho horas) se celebró por vez primera en España el 1 mayo 1890, precisamente con activa participación de la UGT<sup>15</sup>. Este gran sindicato trasladó su sede central a Madrid en 1899.

§5. La posibilidad general de que los obreros pudiesen asociarse libremente para la defensa de sus intereses, por pura lógica, provocó que el delito de «coligación» —últimamente tipificado, recuérdese, en el artículo 556 del Código Penal de 1870— acabase convirtiéndose en un tipo delictivo anacrónico. De ahí la promulgación de la Ley de 27 abril 1909, de «huelgas y coligaciones». En ella, además de indicarse que «las Asociaciones legalmente constituidas podrán formar o sostener coligaciones, huelgas o paros con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley» (artículo 9, párrafo 1º), se afirmaba que «quedan derogados el artículo 556 del Código penal y todas las demás disposiciones que sean contrarias a lo establecido en la presente Ley» (artículo 11).

La promulgación de esta Ley fue precedida por la promulgación simultánea y en la misma fecha —19 mayo 1908— de otras dos Leyes, con las que esta otra de 1909 formaba un todo. Se trata, de un lado, de nuestra primera Ley de Tribunales Industriales<sup>16</sup>; y de otro lado, de la Ley de Consejos de Conciliación y Arbitraje Industrial, que eran organismos llamados a intervenir «cuando se prepare una huelga, o por lo menos antes de que transcurran veinticuatro horas desde que estalló» (artículo 1). Estas dos Leyes de 1908 prefiguran de algún modo la distinción entre «conflictos individuales» y «conflictos colectivos» de trabajo.

Téngase en cuenta que en esta época la legislación utilizaba la palabra «paro», pero con la finalidad de referirse al cierre patronal o *lock-out*, en cuanto que medida de lucha empresarial opuesta a la huelga.

Al calor de toda esta nueva regulación reaparece formalmente en España el anarcosindicalismo, al constituirse en 1910 la «Confederación General del Trabajo» (CNT). Además, en 1911 se crea «Solidaridad de Obreros Vascos»<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Véase M.R. ALARCON CARACUEL, *El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)*, cit., pág. 243.

<sup>16</sup> Sobre ella, véase *supra*, Tema 6, §2.

<sup>17</sup> Posteriormente, en 1933, cambió su nombre por el actual de «Eusko Langileen Alkartasuna-Solidaridad de Trabajadores Vascos» (ELA-STV). En cambio, la «Confederación Intersindical Galega» (CIG), de tanta relevancia hoy en Galicia, es un sindicato radicalmente contemporáneo, pues se creó en 1990.

También por pura lógica, las fuentes jurídicas de esta nueva etapa acabaron registrando la manifestación más típica de una actividad sindical relativamente normalizada, que son los *convenios colectivos*. Al respecto, sendas SsTS (Sala 1ª) de 16 mayo y 13 junio 1914 son las primeras sentencias españolas en las que expresamente, en sus considerandos, se alude a la negociación de dicho tipo de pactos. Ambas trataron del supuesto incumplimiento por un empresario del convenio colectivo de fabricantes de pan de Barcelona de 1913, y ambas calificaron los convenios colectivos a que se referían como «convenios de carácter público celebrados entre colectividades de la clase patronal y obrera, interviniendo la Autoridad gubernativa y para resolver los conflictos sociales»<sup>18</sup>.

Los pactos colectivos aparecen ya mencionados y autorizados en la Ley de descanso dominical de 3 marzo 1904, con la finalidad de «normalizar el descanso que esta Ley preceptúa..., según el sistema de cada industria» (artículo 4)<sup>19</sup>.

Hasta 1923, el Estado estuvo aparentemente interesado en fomentar una negociación colectiva auténtica. Lo prueba una Real Orden de 9 octubre 1920, «aprobando y confirmando en todas sus partes, con carácter obligatorio para la provincia de Castellón de la Plana, el contrato colectivo de trabajo para la próxima temporada naranjera». Se trata de un convenio colectivo relativamente extenso (regulaba los jornales, su pago, la jornada, el trabajo extraordinario, las comisiones mixtas de interpretación, etc.), que esta Real Orden consideraba modélico, y de ahí que igualmente ordenase que el texto de dicho convenio fuese insertado «literalmente... en la *Gaceta de Madrid* y *Boletín Oficial* de la provincia de Castellón... para que pueda servir como modelo y precedente en otros casos análogos».

Pero durante la Dictadura de Primo de Rivera este interés se desvaneció. En efecto, con la promulgación del Real Decreto-ley de 26 noviembre 1926, sobre Organización Corporativa Nacional, se tendió a reemplazar los convenios colectivos por «bases de trabajo» acordadas por patronos y obreros en el seno de los diversos «comités paritarios» que dicha norma ordenaba crear por sectores de la producción (minería, pesca, siderurgia, industrias textiles, etc.), dado que estos nuevos organismos jurídico-públicos —cuyos vocales eran elegidos «por las Asociaciones... patronales u obreras... legalmente constituidas» (artículo 12.1ª)— tenían competencia para «determinar... las condiciones de reglamentación del trabajo (retribución, horarios, descanso), y en general las que puedan servir de base a los contratos de trabajo» (artículo 17.1ª).

Téngase en cuenta, sin embargo, que en esta nueva etapa no puede afirmarse todavía que la actividad sindical estuviese plenamente normalizada, desde el punto de vista jurídico. En efecto, con amparo en la citada Ley de huelgas y coligaciones de 1909 —allí donde afirmaba que «tanto

<sup>18</sup> Acerca de esta jurisprudencia, véase J. MARTINEZ GIRON, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, IELSS (Madrid, 1985), págs.157-158.

<sup>19</sup> En una circular del Ministerio de la Gobernación de 21 junio 1902 se alude claramente ya al convenio colectivo, en los siguientes términos: «serán provechosísimas las indicaciones hechas al principio de esta circular relativas a las condiciones que al contrato de trabajo señala el Código civil. Porque estas estipulaciones no son sólo aplicables al pacto individual tácito o expreso, lo son también al colectivo, que puede, al efecto, hacerse por Asociaciones o agrupaciones de obreros».

los patronos como los obreros, pueden coligarse, declararse en huelga y acordar el paro para los efectos de sus respectivos intereses, *sin perjuicio de los derechos que dimanen de los contratos que hayan celebrado* (artículo 1)—, reiterada jurisprudencia civil de la época declaró que los obreros huelguistas, aun no siendo delincuentes, incumplían gravemente sus contratos de trabajo, cabiendo en consecuencia que el empresario —por aplicación del artículo 1124 del Código Civil, al que implícitamente remitía la recién citada cláusula «sin perjuicio de»— pudiese rescindir lícitamente los contratos de trabajo de sus obreros en huelga. Esta jurisprudencia aparece contenida en diversas SsTS (Sala 1ª) de los años 1919 a 1922, falladas a propósito de pleitos relativos a obreros despedidos por haber participado en huelgas y, más en concreto, por su participación en la huelga general habida en España en 1917.

Esta tesis de la rescisión aparece formulada, con toda rotundidad, en una STS (Sala 1ª) de 29 octubre 1919, según la cual «sería atentatorio contra el orden público establecer... el principio de que por el derecho de huelga... queden *en suspenso* los derechos y obligaciones de carácter civil y que emanan [del contrato de trabajo]».

Por su parte, una STS (Sala 1ª) de 11 octubre 1919 concluyó que quedaba, «por tanto, rescindido así el contrato... con sujeción a lo dispuesto en el art. 1124 del Código civil», «sin que el derecho que reconoce la Ley de 27 de abril de 1909 de coligarse y declararse en huelga... deba estimarse suficiente fundamento para que el obrero separado obtenga su reposición después, ya que la huelga es acto lícito y permitido, pero sin perjuicio de los derechos que dimanen de los contratos celebrados entre patronos y obreros, según consigna el artículo 1º de la misma».

Además de la huelga, en la época también tenía carácter extintivo de los contratos de trabajo el *lock-out* o «paro» patronal. Lo acredita una Real Orden de 2 julio 1909, sobre Instrucciones para el Servicio de Estadísticas de las Huelgas, en la que se afirma que «paro» era «el caso de que uno o varios patronos hubiesen resuelto el *despido colectivo* de sus obreros» (artículo 2, párrafo 2º).

**§6.** Tras la proclamación de la Segunda República, esta injusta jurisprudencia civil fue descalificada y enervada con la promulgación de la Ley de contrato de trabajo de 21 noviembre 1931. En efecto, sobre la base de que lo verdaderamente justo —tanto en el caso de huelga como en el de cierre patronal o *lock-out*— era la mera suspensión de los contratos de trabajo de los trabajadores huelguistas o de los trabajadores frente a los que la empresa cerraba, dicha Ley ordenó que «las huelgas o los “lock-outs” en general no rescindirán los contratos de trabajo» (artículo 91, párrafo 2º).

Aparte su artículo 91, la LCT-1931 contenía más referencias a las huelgas y *lock-outs* en sus artículos 12 (párrafo 5º), 37 (párrafo 3º) y 92.

La Ley republicana de contrato de trabajo contenía, además, una teóricamente interesante regulación del convenio colectivo. Incluso mencionaba, por vez primera en España, instituciones normales y muy importantes en cualquier sistema moderno de relaciones laborales, como en el caso, por ejemplo, de la «adhesión» al convenio colectivo (artículos 62 y 63).

Según estudios doctrinales ejemplares relativos a este asunto<sup>20</sup>, el artículo 12 de la LCT-1931 regulaba dos tipos distintos de convenios colectivos: en su párrafo 1º, convenios colectivos «de eficacia limitada»<sup>21</sup>, únicos respecto de los que tenía sentido la «adhesión» prevista por los artículos 62 y 63; y en su párrafo 2º, convenios colectivos «de eficacia general»<sup>22</sup>.

En cualquier caso, al igual que durante la Dictadura de Primo de Rivera, las «bases de trabajo» aprobadas en el seno de los «jurados mixtos» constituidos al amparo de la Ley republicana de 27 noviembre 1931, sobre Jurados Mixtos —que continuaban la labor de los «comités paritarios» primorriveristas, pero ahora con el impulso participativo de la UGT—, impidieron también durante la Segunda República el desarrollo de un sistema genuino de negociación colectiva<sup>23</sup>.

Téngase en cuenta, además, en cuanto que freno a la negociación colectiva, «una razón de carácter económico, pues la economía española entre 1931 y 1936 tuvo un carácter crítico, con amplia tasa de paro forzoso»<sup>24</sup>.

En fin, redondeó la normalización jurídica del hecho sindical en esta nueva etapa la promulgación de una ley específica, distinta de la general reguladora del derecho de asociación<sup>25</sup>, sobre constitución de asociaciones patronales y obreras. Se trata de la Ley republicana de 8 abril 1932, sobre asociaciones profesionales patronales y obreras. En ella, además de preceptos relativos a las asociaciones ya

<sup>20</sup> Cfr. F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *La adhesión al convenio colectivo*, EGAP (Santiago de Compostela, 1997), págs. 69 ss.

<sup>21</sup> Según este precepto, «se considerará pacto colectivo acerca de las condiciones de trabajo el celebrado entre una Asociación o varias Asociaciones patronales con una o varias Asociaciones profesionales obreras legalmente constituidas, para establecer las normas a que han de acomodarse los contratos de trabajo que celebren, sean éstos individuales o colectivos, los patronos y los trabajadores del ramo, oficio o profesión a que aquéllos y éstos pertenezcan en la demarcación respectiva».

<sup>22</sup> Según este precepto, «tendrá también el valor jurídico de un pacto colectivo, en defecto del que define el párrafo anterior, lo convenido ante una Autoridad, funcionario o Corporación oficial, como Delegados del Ministerio de Trabajo y Previsión, sobre condiciones del trabajo, entre representantes designados en reuniones públicas, con intervención de la Autoridad, por los elementos patronales y obreros de un determinado ramo, industria y profesión en una localidad o demarcación».

<sup>23</sup> Según el artículo 19.1º de dicha Ley, eran atribuciones de los Jurados Mixtos «determinar para el oficio o profesión respectivo las condiciones generales de reglamentación del trabajo, salarios, fijación del plazo mínimo de duración de los contratos, horarios, horas extraordinarias, forma y requisitos de los despidos y de todas las demás de la reglamentación referida, que servirán de base a los contratos individuales o colectivos que puedan celebrarse» (párrafo 1º).

<sup>24</sup> Cfr. F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *La adhesión al convenio colectivo*, cit., pág. 85.

<sup>25</sup> Todavía continuaba vigente la Ley ya citada de 30 junio 1887 [cfr. M.R. ALARCON CARACUEL, *El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)*, cit., pág. 261].



existentes en la fecha en que se promulgó<sup>26</sup>, se contenían normas de una modernidad incuestionable, como la relativas, por ejemplo, a que «las mujeres podrán formar parte de las Asociaciones en las mismas condiciones que los varones, sin que las mayores de dieciocho años necesiten autorización paterna, marital o tuitiva» (artículo 4, párrafo 3º), o a que «la Autoridad judicial será la única competente para decretar la disolución de las Asociaciones profesionales constituidas con arreglo a esta Ley» (artículo 42, párrafo 1º).

Una Orden de 11 enero 1936 reconoció expresamente el derecho de constituir asociaciones profesionales «por funcionarios públicos, incluyendo en la denominación tanto a los del Estado como a los de las Regiones autónomas, Diputaciones o Ayuntamientos», aunque no se trataba de asociaciones comprendidas en el ámbito de la «Ley de 8 de abril de 1932, que no alude para nada en ninguno de sus preceptos a esta modalidad profesional o clase de trabajo».

§7. Tras nuestra guerra civil, España en esta materia volvió a repetir su historia. En efecto, sobre la base de ciertas declaraciones contenidas en el Fuero del Trabajo de 1938<sup>27</sup>, el régimen franquista prohibió el asociacionismo patronal y sindical libres (reemplazándolos por la afiliación obligatoria, tanto de trabajadores como de empresarios, a un ente estatal inicialmente denominado «Organización Nacional-Sindicalista»), prohibió asimismo la negociación de convenios colectivos (reemplazados por reglamentaciones nacionales de trabajo relativas a las diversas ramas de la producción, aprobadas cada una de ellas por Ordenes del Ministerio de Trabajo)<sup>28</sup> y criminalizó de nuevo las huelgas, cualquiera que fuese su intencionalidad (considerándolas como un delito contra la seguridad interior del Estado y, más en concreto, como una modalidad del delito de sedición).

La criminalización de las «huelgas» —esto es, de los hechos, en vez de los autores de los mismos—, ya contenida en la Ley de Seguridad del Estado de 29 marzo 1941 y en la Ley de Rebelión Militar de 2 marzo 1943 (y antes, en los «Bandos» de declaración del estado de guerra), acabó precipitando en el artículo 222 del Código Penal de 1944, luego reproducido por idéntico precepto del Código Penal de 1963.

Acerca de la «Organización Nacional-Sindicalista», las normas clave fueron sendas Leyes de 26 enero y 6 diciembre, ambas de 1940<sup>29</sup>. Aunque estaba formada por sindicatos

<sup>26</sup> Cfr. su artículo adicional 1º.

<sup>27</sup> Estas declaraciones se detallan *infra*, Tema 8, §3.

<sup>28</sup> Sobre esto, véase *supra*, Tema 6, §5.

<sup>29</sup> En la primera de dichas Leyes se afirmaba que «la Organización Sindical de FET y de las JONS es la única reconocida con personalidad suficiente por el Estado, quien no admitirá la existencia de ninguna otra con fines análogos o similares» (artículo 1, párrafo 1º).

«mixtos» (esto es, integrados obligatoriamente a la vez por empresarios y trabajadores, englobados unos y otros bajo el eufemismo genérico «productores»), lo cierto es que en estos sindicatos franquistas existían «secciones» (económica y social, por ejemplo), que permitían una lógica diferenciación, y que fueron luego aprovechadas (a partir de 1958) para montar sobre ellas la negociación colectiva «sindical».

Al margen de esta estructura sindical oficial, por Decreto de 18 agosto 1947 se crearon los «Jurados de Empresa» (luego reglamentados por Decreto de 11 septiembre 1953), que acabaron convirtiéndose en órganos de negociación colectiva a ese mismo nivel de empresa, antes incluso de 1958. Lo refleja reiterada jurisprudencia de la época, que habla al respecto de pactos colectivos «privados», puesto que no se publicaban fuera del ámbito empresarial en cuestión<sup>30</sup>.

Esta insostenible e injusta situación se relajó, relativamente, a partir de 1958. En efecto, la promulgación en este año de la primera Ley franquista de «convenios colectivos sindicales» acabó repercutiendo sobre las reglamentaciones nacionales de trabajo —que, por ejemplo, dejaron de regular los salarios<sup>31</sup>—, sobre la propia conflictividad laboral —hubo que regular procedimientos para la solución de los «conflictos colectivos» de trabajo, tanto jurídicos como de intereses— y sobre las huelgas, pues a partir de 1965 pasó a considerarse sediciosos únicamente a los trabajadores que, con el móvil («con el fin de») o con el *animus* de atentar contra la seguridad del Estado, etc., suspendiesen o alterasen la regularidad del trabajo.

La promulgación de la primera Ley de convenios colectivos «sindicales» de 24 abril 1958 provocó la promulgación, en 1962, del primer Decreto franquista sobre «conflictos colectivos», y en 1963, de nuestra segunda LPL, al efecto de regular en ella el proceso laboral especial de conflictos colectivos «jurídicos»<sup>32</sup>. En el propio año 1958, se constituyó la entonces todavía clandestina central sindical de «Comisiones Obreras», en la mina de la Camocha (Asturias).

Tras una STS (Sala 2ª) de 25 marzo 1965 (Ar. 1137), absolviendo de la imputación de sedición a ciertos obreros huelguistas, la Ley 104/1965, de 21 diciembre, procedió a enmendar el artículo 222 del Código Penal de 1963, al efecto de convertir la participación de los trabajadores en huelgas en delito que exigiese la concurrencia de un dolo específico<sup>33</sup>.

Tras la promulgación de la Ley Orgánica del Estado de 1967<sup>34</sup>, la legislación sindical de los años 40 fue sometida a una puesta al día meramente estética, con la promulgación de la Ley 2/1971, de 17 febrero, reguladora de la que ahora se denominaba «Organización Sindical». La promulgación de esta norma provocó, a su vez, la de la Ley 38/1973, de 19 diciembre, que fue la segunda Ley franquista de convenios colectivos «sindicales», a cuyos

<sup>30</sup> Sobre esta jurisprudencia, véase J. MARTINEZ GIRON, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, cit., págs. 183-186.

<sup>31</sup> Sobre este impacto y algún otro (incluso de denominación), véase *supra*, Tema 6, §5.

<sup>32</sup> Véase *infra*, Tema 33, §1 y §4.

<sup>33</sup> Sobre el tema, véase M. ALONSO OLEA, «La reforma del artículo 222 del Código Penal», en el vol. *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*, Facultad de Derecho-Universidad Complutense (Madrid, 1968), págs. 245 ss.

<sup>34</sup> Sobre ella, véase *infra*, Tema 8, §3 *in fine*.

reglamentos de desarrollo se debe el hallazgo —decisivo, todo hay que decirlo— de que la «denuncia» de un convenio colectivo carecía de eficacia extintiva del mismo<sup>35</sup>.

La normalización de nuestro Derecho colectivo del Trabajo tuvo que esperar, sin embargo, al fallecimiento del general Franco. Se produjo, antes de la entrada en vigor de la CE, mediante la promulgación en 1977 de dos normas, anteriores ambas a las primeras elecciones democráticas celebradas en España (el 15 junio 1977), a saber: de un lado, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo, sobre relaciones de trabajo, que reguló a su manera —todavía con alguna restricción intolerable— «el derecho de huelga» (artículos 1 a 11); de otro lado, la Ley 19/1977, de 1 abril, reguladora del derecho de asociación sindical, que restableció por fin el asociacionismo patronal y sindical libres<sup>36</sup>.

La exposición de motivos de esta última Ley evidencia el carácter formalmente no rupturista de la misma con el pasado —típico de la transición política—, pues en ella se afirmaba, aunque parezca increíble, que la citada Ley sindical franquista de 1971, «llevada a cabo en desarrollo de la Declaración XIII del Fuero del Trabajo, no parece la única interpretación válida que permite dicha Ley Fundamental, que posibilita otras más congruentes con las exigencias actuales» (*sic*).

La eliminación de la «Organización Sindical» franquista, complejísima, exigió la creación de la denominada «Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales» (AISS), a la que se adscribieron su personal y su patrimonio, como paso previo a su liquidación definitiva<sup>37</sup>.

Por su parte, el Real Decreto 3149/1977, de 6 diciembre, sobre elección de representantes de los trabajadores en el seno de las empresas, permitió operar la transición de los viejos «Jurados de Empresa» franquistas a los nuevos «Comités de Empresa».

<sup>35</sup> Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, Civitas (Madrid, 2000), págs. 41-43.

<sup>36</sup> Sobre la ratificación este mismo año de los convenios núms. 87 y 98 de la OIT, véase *infra*, Tema 8, §3.

<sup>37</sup> Cfr., al respecto, los Reales Decretos-leyes 19/1976, de 8 octubre, y 31/1977, de 2 junio.



---

## TEMA 8

### INTERNACIONALIZACION, CONSTITUCIONALIZACION Y EUROPEIZACION

---

Xosé Manuel Carril Vázquez

**Sumario:** §1. Introducción. §2. La internacionalización del Derecho español del Trabajo, a partir de 1919. §3. La constitucionalización del Derecho español del Trabajo, a partir de 1931. §4. La europeización del Derecho español del Trabajo, a partir de 1986. §5. Los retos planteados por la globalización, especialmente a partir de 1995.

§1. Lógicamente, los temas obreros no sólo llamaron la atención del legislador «ordinario», sino que incluso también acabaron llamando la atención del que puede denominarse legislador «extraordinario», mediante la plasmación o reflejo de ese tipo de temas en textos constitucionales e internacionales. En España, este fenómeno de la constitucionalización e internacionalización del Derecho del Trabajo ocurrió en el siglo XX, y no antes. En efecto, no puede hablarse de la existencia de normas laborales constitucionales ni de normas laborales internacionales aplicables en España a lo largo de todo el siglo XIX, hasta el punto incluso de que lo único que llama hoy la atención del laboralista moderno en el constitucionalismo español decimonónico, aunque parezca increíble, es el carácter descaradamente esclavista que tenía nuestra Constitución de Cádiz, de 1812.

En efecto, en la línea del texto articulado de la Constitución de los Estados Unidos de América de 17 septiembre 1787<sup>1</sup>, la Constitución de Cádiz —después de afirmar en su artículo 5.1º que «son españoles... todos los *hombres libres* nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos»— declaraba, en su artículo 5.4º, que también son españoles «los *libertos* [esto es, los libres que habían nacido esclavos], desde que adquieran

---

<sup>1</sup> Véase su artículo 1, sección 2, párrafo 3º («Representatives... shall be determined by adding to the whole Number of *free* Persons»). Ya fuera de su texto articulado, véase la enmienda XIII de 6 diciembre 1865 («Neither slavery nor involuntary servitude... shall exist within the United States»), consecuencia de la Guerra de Secesión.

la libertad en las Españas»; y en su artículo 22, que «a los españoles que por cualquier línea son habidos y reputados por originarios del África les queda abierta la puerta de la virtud y del merecimiento para ser ciudadanos: en consecuencia, las Cortes concederán carta de ciudadanos a los que hicieren servicios calificados a la patria o a los que se distingan por su talento, aplicación y conducta, con la condición de que sean hijos de legítimo matrimonio de *padres ingenuos* [esto es, nacidos libres]; de que *estén casados con mujer ingenua* y vecindados en los dominios de las Españas, y de que ejerzan alguna profesión, oficio o industria útil con un capital propio»<sup>2</sup>.

Sobre esta base, la atención prestada por el citado legislador «extraordinario» (constitucional e internacional) a las cuestiones y temas laborales presenta en España una cronología peculiar, muy marcada por tres grandes hitos, que son los siguientes: 1) nuestro ingreso en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, que abre el proceso de internacionalización del Derecho español del Trabajo (cfr. *infra*, §2); 2) la promulgación de la Constitución republicana de 1931, que abre el proceso de constitucionalización del Derecho español del Trabajo (cfr. *infra*, §3); y 3) nuestro ingreso en las Comunidades Europeas en 1986, que abre el proceso de europeización del Derecho español del Trabajo (cfr. *infra*, §4).

§2. El proceso de internacionalización del Derecho español del Trabajo se inicia con la promulgación de la Ley de 14 agosto 1919, por virtud de la cual se autorizaba a nuestro Gobierno a adherirse al «pacto de Sociedad de las Naciones» inserto en el Tratado de Versalles —del propio año 1919, que puso fin a la primera guerra mundial— y, además, a aceptar las estipulaciones de la Parte XIII de dicho Tratado de Versalles, que creaba la OIT<sup>3</sup>. Sólo tres años después de dicha adhesión a la OIT, España procedió a ratificar los convenios núms. 2 y 3 de la misma, ambos de 1919, por sendas Leyes de 13 julio 1922. Y tras esta fecha y hasta 1936, nuestro país procedió a ratificar otros 32 convenios más de la OIT, de manera que en 1939 —cuando el Gobierno de la II República abandona España, acabada la guerra civil— nuestro país era el Estado con mayor nivel de ratificaciones de convenios de la OIT hasta dicho momento<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Las Constituciones decimonónicas españolas posteriores (1845, 1869 y 1876) eludieron referirse expresamente al fenómeno de la esclavitud ultramarina, proclamando que nuestras provincias de ultramar se regirían por leyes especiales. Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, *Los pleitos de Derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1857-1891)*, Civitas (Madrid, 2002), págs. 41-43.

<sup>3</sup> Véase su artículo único.

<sup>4</sup> Véase J. CUESTA BUSTILLO, *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939)*, CES (Madrid, 1994), pág. 342.

La citada Parte XIII del Tratado de Versalles —cuyo contenido, aunque con otra numeración, puede considerarse formalmente como la «Constitución» de la OIT— creaba esta última como «Organismo permanente» de ámbito mundial<sup>5</sup>, que tomaba como una de sus guías de actuación la afirmación relativa a que «la paz universal... no puede fundarse sino sobre la base de la *justicia social*»<sup>6</sup>.

Para la consecución de sus fines, la OIT se propuso desplegar una intensa actividad normativa, elaborando disposiciones que podían revestir la forma de «convenio» internacional o, también, la de «recomendación»<sup>7</sup>, aunque solamente los «convenios» poseían auténtica eficacia normativa, previa su ratificación por los Estados miembros, que obligaba a estos últimos a armonizar sus legislaciones y prácticas nacionales en congruencia con los mismos<sup>8</sup>.

Los primeros convenios de la OIT ratificados por España fueron los núm. 2, sobre desempleo, y núm. 3, relativo a la protección de la maternidad, siendo el núm. 48 de 1935, sobre conservación de los derechos de pensión de los migrantes, el último ratificado por nuestro país hasta la guerra civil, por medio de la Ley de 2 junio 1936.

Tras nuestra guerra civil, España abandonó la OIT —la cual se había dotado, en 1944, de una «Declaración relativa a los fines y objetivos» específicos suyos, mantenida tras la vinculación de la OIT a la recién creada entonces Organización de Naciones Unidas (ONU), mediante un acuerdo de 1946— y no volvió a incorporarse a ella hasta 1956, tras finalizar el bloqueo internacional a que venía siendo sometido el régimen franquista desde que acabó, en 1945, la segunda guerra mundial<sup>9</sup>. Sólo dos años después de nuestra reincorporación, comenzaron a ratificarse nuevos convenios de la OIT<sup>10</sup>, aunque lo verdaderamente significativo es que el régimen franquista eludiese siempre la ratificación de los convenios núm. 87 de 1948 y núm. 98 de 1949. En efecto, se trataba de dos convenios que nuestro país no podía ratificar, dada la absoluta falta de verdadera libertad sindical existente entonces, lo que incluso motivó que España fuese denunciada en diversas ocasiones ante el «Comité de Libertad Sindical» de la propia OIT.

<sup>5</sup> Artículo 387, párrafo 1.

<sup>6</sup> Cfr. párrafo 1º del Preámbulo de la Parte XIII en cuestión.

<sup>7</sup> Véase en este sentido artículo 19.1 de la Constitución de la OIT.

<sup>8</sup> Véanse los artículos 19.5 y 22 de la Constitución de la OIT.

<sup>9</sup> «Durante el verano de 1945 se reunió una conferencia internacional en San Francisco que dio lugar a la Organización de las Naciones Unidas... [en la que se] declaró explícitamente que España no podía ser admitida en los organismos internacionales dada la persistencia de un régimen dictatorial y por la colaboración con las derrotadas potencias fascistas» (cfr. A. MATEOS, *La denuncia del Sindicato Vertical. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo [1939-1969]*), CES [Madrid, 1997]), págs. 26 y 27), alcanzando mayores dimensiones este bloqueo internacional un año más tarde, «pues a propuesta de Polonia fue adoptada en la ONU una resolución que consideraba al régimen español un peligro para la paz mundial, excluyéndole de los organismos internacionales y recomendando la retirada de los embajadores» (*ibidem*).

<sup>10</sup> Concretamente, el relativo a la revisión de artículos finales (núm. 80 de 1946), en 1958, al que siguieron las ratificaciones, en 1959, de los de prescripciones de seguridad en la industria de la edificación (núm. 62 de 1937), trabajo subterráneo de las mujeres (núm. 45 de 1935), trabajo nocturno de las mujeres (núm. 89 de 1948), enfermedades profesionales (núm. 42 de 1934) y protección del salario (núm. 95 de 1949).

La citada «Declaración relativa a los fines y objetivos» —también conocida como Declaración de Filadelfia—, incorporada como anexo a la «Constitución» de la OIT, afirma entre otras muchas cosas que «el trabajo no es una mercancía»<sup>11</sup> y, también, «la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan... lograr el pleno empleo»<sup>12</sup>.

El principio de libertad sindical —que proclamaban tanto el preámbulo de la «Constitución»<sup>13</sup> como la «Declaración» citadas<sup>14</sup>— fue causa de la aprobación del convenio núm. 87 de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, completado con el convenio núm. 98 de 1949, sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva. Precisamente para garantizar el respeto de los derechos sindicales mencionados en estos dos convenios, en 1951 fue creado en el seno de la OIT el citado «Comité de Libertad Sindical», al que se dotó de «funciones cuasi-judiciales que le permiten examinar las quejas relativas a los derechos sindicales, aun si el país a que se refiriesen no hubiera ratificado los convenios de libertad sindical»<sup>15</sup>.

Los casos relativos a España examinados por este Comité fueron numerosos, abordándose en ellos quejas relativas a la «integración de las organizaciones sindicales en el aparato del Estado», la «ilegalidad de las organizaciones sindicales constituidas al margen de la organización sindical vertical», la «negociación colectiva», la «huelga y el procedimiento de regulación de los conflictos colectivos», y los «derechos sindicales y libertades civiles»<sup>16</sup>.

Sólo después de la muerte de Franco, pudieron ratificarse en 1977 los citados convenios núms. 87 y 98 de la OIT<sup>17</sup>. Y tras la entrada en vigor de nuestra CE en 1978, se ha abierto un incesante proceso de ratificación por España de más convenios de la misma, que nuestro TC cita con naturalidad, al amparo de cuanto dispone el artículo 10.2 de la CE, según el cual las «normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Existe incluso jurisprudencia constitucional que refleja de algún modo el característico «tripartismo» de la estructura de la OIT, pues no pueden existir discriminaciones sindicales a la hora de hacer efectiva la

<sup>11</sup> Cfr. Declaración I, letra a).

<sup>12</sup> Cfr. Declaración III, letra a).

<sup>13</sup> Véase su párrafo 2º.

<sup>14</sup> Véase su Declaración I, letra b).

<sup>15</sup> Cfr. A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Tecnos (Madrid, 2005), pág. 117. La doctrina emanada de las decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, formulados a partir de las quejas tanto de gobiernos como de organizaciones de trabajadores o de empleadores, permite hablar incluso de «jurisprudencia» de dicho Comité (cfr. Mª.F. FERNANDEZ LOPEZ, *El sindicato. Naturaleza jurídica y estructura*, Civitas [Madrid, 1982], pág. 23).

<sup>16</sup> Sobre el tema, véase «Rapport du Groupe d'étude chargé d'examiner la situation en matière syndicale en Espagne», en *Bulletin Officiel*, Vol. LII (1969), núm. 4, págs. 242 y ss.

<sup>17</sup> Por sendos Instrumentos de Ratificación de 13 abril 1977.



representación que tienen los sindicatos, junto a la de la patronal y a la del propio Gobierno español, en la OIT<sup>18</sup>.

Acerca de su estructura y al igual que la generalidad de organizaciones internacionales universales, la OIT se compone de una cámara «democrática», llamada Conferencia General, en la que todos los Estados miembros —que envían a la misma cuatro representantes (dos en representación del gobierno, uno de la patronal y uno de los sindicatos), de ahí el citado «tripartismo»— son formalmente iguales<sup>19</sup>; y además, de una cámara «aristocrática», llamada Consejo de Administración, en la que se reserva un número fijo de puestos a los Estados miembros —y por tanto, a sus cuatro representantes respectivos— industrialmente más importantes<sup>20</sup>.

A la ratificación de los citados convenios núms. 87 y 98 de la OIT le siguió la adhesión de España al Consejo de Europa —del que sólo podían formar parte países europeos con regímenes democráticos—, formalizada por instrumento de 24 noviembre 1977. Se trata de una organización regional «de marcado carácter político desde su origen en 1949» y que «ha desarrollado una gran labor social desde su Tribunal (con sede en Estrasburgo) al aplicar el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, de 1950»<sup>21</sup>, cuya jurisprudencia cita reiteradamente nuestro TC desde el año 1982<sup>22</sup>. Nuestro país ratificó en 1980 la «Carta Social Europea» de 1961, elaborada por el Consejo de Europa para complementar el citado Convenio Europeo de 1950.

**§3.** El proceso de constitucionalización del Derecho español del Trabajo es posterior al de su internacionalización, pues se inicia con la Constitución de la II República de 1931. Esta constitución reconocía incluso que la había precedido el citado fenómeno de la internacionalización, al afirmar expresamente en su articulado que los «proyectos de Convenio de la Organización Internacional del Trabajo serán sometidos a las Cortes»<sup>23</sup> y, una vez aprobados «por el Parlamento, el Presidente de la República suscribirá la ratificación, que será comunicada, para su registro, a la Sociedad de las Naciones»<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> En este sentido, véase STC 65/1982, de 10 noviembre, desestimando el recurso de amparo interpuesto por la Intersindical Nacional Galega, sindicato éste que entendía que había sido discriminado en el proceso de designación de los representantes de los trabajadores para la 67ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo.

<sup>19</sup> En efecto, según el artículo 3.1 de la Constitución de la OIT de 1919, «se compondrá de cuatro representantes de cada uno de los miembros, dos de los cuales serán delegados del gobierno y los otros dos representarán, respectivamente, a los empleadores y a los trabajadores de cada uno de los Miembros».

<sup>20</sup> En efecto, se compone de «veintiocho representantes de los gobiernos; catorce representantes de los empleadores, y catorce representantes de los trabajadores» (artículo 7.1 de la Constitución de la OIT de 1919), aunque con la notable singularidad de que, «de los veintiocho representantes de los gobiernos, diez serán nombrados por los Miembros de mayor importancia industrial, y los dieciocho restantes, por los Miembros designados al efecto por los delegados gubernamentales a la Conferencia, con exclusión de los delegados de los diez Miembros primeramente mencionados» (artículo 7.2 de la Constitución de 1919).

<sup>21</sup> Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Tecnos (Madrid, 2003), pág. 264.

<sup>22</sup> Véanse, por ejemplo, las SsTC 53/1982, de 22 julio; 188/1995, de 18 diciembre; 147/2001, de 27 junio; y 213/2002, de 11 noviembre; todas ellas relativas a asuntos de libertad sindical.

<sup>23</sup> Artículo 76, letra e).

<sup>24</sup> *Ibidem*.

Otra manifestación concreta de este internacionalismo previo que asume, aparece contenida en su artículo 7, según el cual el «Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo».

Se trataba de una constitución con acusado contenido social —proclamaba, ya en su artículo 1, que «España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia»—, en la que se afirmaba que «el trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social y gozará de la protección de las leyes»<sup>25</sup>, que «la República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna»<sup>26</sup>, y que «su legislación social regulará» —con mención expresa de muy concretos aspectos laborales— «todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores»<sup>27</sup>. La legislación «social» recién aludida correspondía dictarla «al Estado»<sup>28</sup>, pues —según la propia Constitución republicana— sólo correspondía «a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes»<sup>29</sup>.

Por mandato expreso de la Constitución —que de algún modo acusaba la influencia de la Constitución de Weimar de 1919<sup>30</sup>—, la citada «legislación social» republicana debía regular lo siguiente: «los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de la mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección de la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas»<sup>31</sup>.

Lógicamente, esta constitución republicana no pervivió tras el franquismo, caracterizado por tener una «constitución» dispersa en siete leyes distintas, promulgadas entre 1938 —por tanto, en plena guerra civil— y 1967, y llamadas entonces las «Leyes Fundamentales»<sup>32</sup>. De ellas interesa especialmente, a nuestros efectos, el «Fuero del Trabajo» de

<sup>25</sup> Artículo 46, párrafo 1°.

<sup>26</sup> Artículo 46, párrafo 2°.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Artículo 15, párrafo 1°.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Por ejemplo, en lo relativo a la regulación de los derechos de participación de los trabajadores en la administración de las empresas, mencionados en el artículo 164 de la Constitución del *Reich* Alemán de 11 agosto 1919.

<sup>31</sup> Cfr. su artículo 46, párrafo 2°.

<sup>32</sup> Las cuales eran, más en concreto, el Fuero del Trabajo de 9 marzo 1938, la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 julio 1942, el Fuero de los Españoles de 17 julio 1945, la Ley de Referéndum de 22 octubre 1945, la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 julio 1946, la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 mayo 1958, y La Ley Orgánica del Estado de 1 enero 1967.

9 marzo 1938, cuyas dieciséis declaraciones reflejan a la perfección la ideología laboral del régimen franquista<sup>33</sup>, caracterizada por la negación absoluta de la libertad sindical<sup>34</sup> y del derecho de huelga<sup>35</sup>, por el exacerbado intervencionismo administrativo en la fijación de las condiciones de trabajo<sup>36</sup>, por la hiperprotección del trabajador individual<sup>37</sup> —como contrapeso de la negación de sus derechos en el plano colectivo— y, por último, por la aversión al trabajo de la mujer casada<sup>38</sup>. Esta concreta Ley Fundamental franquista, al igual que las otras cuatro promulgadas antes de 1958, fue sometida a una relativa puesta al día terminológica —por razones estéticas— en 1967. Y como todas las Leyes Fundamentales franquistas, fue derogada expresamente por nuestra vigente CE<sup>39</sup>.

Aparte el citado Fuero del Trabajo, tanto el Fuero de los Españoles de 1945 como la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 también contenían algunas alusiones a temas laborales<sup>40</sup>.

Con la finalidad de remozar estéticamente el régimen franquista, la Ley Orgánica 1/1967, del Estado, introdujo diversas modificaciones en hasta cinco de las citadas Leyes Fundamentales, al efecto de eliminar, por ejemplo, las referencias ideológicas marcadamente totalitaristas que contenía el Fuero del Trabajo, dando nueva redacción a su «Exposición de motivos» y a sus «Declaraciones II (número 3), III (número 4), VIII (número 3), XI (números 2 y 5) y XIII (números 1, 2, 3, 4, 5 y 6)»<sup>41</sup>, para de este modo —supuestamente— «acentuar el carácter representativo del orden político»<sup>42</sup>.

#### §4. El proceso de europeización del Derecho español del Trabajo es todavía mucho más reciente, pues se inicia con nuestra incorporación

<sup>33</sup> Véase A.V. SEMPERE NAVARRO, *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo*, Akal (Madrid, 1982), págs. 39 y ss.

<sup>34</sup> Según su declaración XIII, la «Organización Nacionalsindicalista del Estado se inspirará en los principios de Unidad, Totalidad y Jerarquía» (punto 1), implicando esto que «todos los factores de la economía» apareciesen «encuadrados por ramas de producción o servicios en Sindicatos verticales» (punto 2), concebidos cada uno de estos sindicatos verticales como «una corporación de Derecho Público» (punto 3), que estaban solamente al «servicio del Estado» (punto 5).

<sup>35</sup> Según su declaración XI, los «actos individuales o colectivos que de algún modo turben la normalidad de la producción o atenten contra ella, serán considerados como delitos de lesa Patria» (punto 2).

<sup>36</sup> Según su declaración III, únicamente el «Estado fijará bases para la regulación del trabajo, con sujeción a las cuales se establecerán las relaciones entre los trabajadores y las Empresas» (punto 4).

<sup>37</sup> Según su declaración II, el «Estado se compromete a ejercer una acción constante y eficaz en defensa del trabajador, su vida y su trabajo» (punto 1). A este efecto, según su declaración X, la «previsión proporcionará al trabajador la seguridad de su amparo ante el infortunio» (punto 1), incrementándose «los seguros sociales de: vejez, invalidez, maternidad, accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, tuberculosis y paro forzoso, tendiéndose a la implantación de un seguro total» (punto 2).

<sup>38</sup> Según su declaración II, el Estado «liberará a la mujer casada del taller y de la fábrica» (punto 1).

<sup>39</sup> Véase su Disposición Derogatoria, 1, que deroga, además, la Ley 1/1977, de 4 enero, para la Reforma Política.

<sup>40</sup> Véanse, en este sentido, los artículos 16, 24, 25, 26, 27 y 28 del Fuero de los Españoles, y las declaraciones IX, X y XI de la Ley de Principios del Movimiento Nacional.

<sup>41</sup> Cfr. su Disposición Adicional 2ª.

<sup>42</sup> Cfr. su exposición de motivos, párrafo 5.

a las Comunidades Europeas, con fecha de efectos de 1 enero 1986<sup>43</sup>. La incorporación en sí misma no llevó aparejada ningún cambio sustancial en nuestro Derecho del Trabajo, pues el «acervo comunitario» —que nos comprometíamos a respetar— resultaba por aquel entonces poco relevante en materia de política social<sup>44</sup>.

En efecto, durante la década de los 50 —que es la etapa fundacional de las tres originarias Comunidades Europeas, pues en 1951 se crea la CECA, y en 1957 la CEE y el EURATOM—, solamente contaban los objetivos económicos, que estaban en la propia base de la creación de dichas tres comunidades, pero no los laborales o sociales. Por eso, ha podido hablarse con razón de la originaria «frigidez social» de los padres fundadores de las Comunidades (MONNET, SCHUMANN, etc.)<sup>45</sup>.

En la década de los 60 —de marcada prosperidad económica—, se aportó al «acervo comunitario» social el Reglamento (CEE) 1612/1968, del Consejo, de 15 octubre 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad —actualmente vigente, aunque haya sufrido infinidad de enmiendas—, cuya promulgación resulta perfectamente explicable, en la medida en que existían oportunidades de empleo en todas partes<sup>46</sup>.

En la década de los 70 —en la que se producen las primeras ampliaciones de las Comunidades, y que estuvo marcada por una crisis económica brutal, por causa de la elevación en 1973 del precio del petróleo—, comienza el verdadero intervencionismo comunitario en asuntos laborales, marcado por una Resolución del Consejo de 21 enero 1974, aprobando un denominado «Programa de Acción Social», que se tradujo en lo siguiente: 1) la reactivación del Fondo Social Europeo, al efecto de que sirviese de soporte a las políticas nacionales de fomento del empleo; y 2) la promulgación de las primeras directivas específicamente laborales, muchas de las cuales tenían que ver la con la situación de crisis que padecían entonces las empresas europeas (así, por ejemplo, la Directiva 75/129/CEE, del Consejo, de 17 febrero 1975, sobre despidos colectivos; o la Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 15 febrero 1977, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas; o, ya a comienzos de la década inmediatamente siguiente, la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 octubre 1980, sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario).

Sin embargo, inmediatamente después de nuestra adhesión, se produjo la primera gran reforma de los tres Tratados fundacionales, a través de la llamada «Acta Única Europea», que entró en vigor en 1987. Desde un punto de vista estrictamente laboral, esta reforma se tradujo en añadir al Tratado CEE dos nuevos preceptos, relativos a lo siguiente: 1) según

<sup>43</sup> Con interesante paralelismo respecto de lo ocurrido en España, véase B. XAVIER, «A realização do Direito do Trabalho europeu em Portugal», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, núms. 1-2-3 (1994), págs. 225 y ss.

<sup>44</sup> Véase J.M. GALIANA MORENO, «El lento camino de gestación de la política social comunitaria», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 58 (1993), págs. 190 y ss.

<sup>45</sup> Con cita de MANCINI, véase F. DURAN LOPEZ, *Libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, La Ley (Madrid, 1986), pág. 18, nota 11.

<sup>46</sup> Acerca de una entonces imprevisible manifestación de este tema, pero ya en el siglo actual, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, «El matrimonio como “presupuesto” del derecho a la pensión de viudedad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 35 y ss.

su nuevo artículo 100-A, para adoptar directivas u otras normas laborales que afectasen a los derechos e intereses de los trabajadores, resultaba necesaria la «unanimitad» de los entonces doce Estados miembros<sup>47</sup>; y 2) según su nuevo artículo 118-A, para aprobar directivas en materia de seguridad y salud laboral —lo que hoy llamaríamos prevención de riesgos laborales— bastaba, en cambio, la «mayoría cualificada»<sup>48</sup>. Se trata de una distinción crucial, pues impidió justo a finales de la década de los años ochenta la aprobación de la llamada «Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores» —patrocinada sobre todo por los gobiernos socialistas que entonces había en Europa—, al votar en contra Gran Bretaña.

En esta década, los Estados miembros con gobiernos socialistas —incluido el español— consideraban necesario profundizar en la «dimensión social» del mercado único interior proyectado por el «Acta Unica Europea». El mecanismo de profundización en cuestión era precisamente la citada «Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores», que constaba de 12 grandes apartados («libre circulación»; «empleo y remuneración»; «mejora de las condiciones de vida y de trabajo»; «protección social»; «libertad de asociación y negociación colectiva»; «formación profesional»; «igualdad de trato entre hombres y mujeres»; «información, consulta y participación de los trabajadores»; «protección de la salud y seguridad en el trabajo»; «protección de niños y de los adolescentes»; «personas de edad avanzada»; y «minusválidos»).

Pese a que España presidía las Comunidades durante el primer semestre de 1989, la aprobación de la «Carta» se pospuso al semestre siguiente, de presidencia francesa, pues Francia quería apuntarse el tanto. Pero en la reunión del Consejo Europeo celebrada en la ciudad francesa de Estrasburgo los días 8 y 9 diciembre 1989, sometida a votación la «Carta» no se logró la unanimidad de los entonces doce Estados miembros —unanimitad requerida, recuérdese, por el citado artículo 100-A—, al votar en contra Mrs. THATCHER, que no era precisamente socialista.

Tras varios años de marcadas diferencias entre los Estados miembros en asuntos sociales —evidenciadas en el Protocolo núm. 14, sobre «Política Social», del Tratado de Maastricht (o Tratado de la Unión Europea) de 1992<sup>49</sup>, del que quedaba radicalmente desvinculada Gran Bretaña—, la Unión Europea se restableció en materia de política social con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam de 1997<sup>50</sup>, que laboralmente hablando supuso lo siguiente: 1) incorporar el contenido del citado Protocolo extravagante de 1992 a la versión consolidada del texto

<sup>47</sup> Cfr. su apartado 2.

<sup>48</sup> Cfr. su apartado 2.

<sup>49</sup> Sobre el tema, véase F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas (Madrid, 1994), págs. 73 y ss.

<sup>50</sup> Sobre el tema, véase J.M. GALIANA MORENO, «Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 88 (1998), págs. 195 y ss.

articulado del Tratado, de manera que la política social vincula ya a todos los Estados miembros (que eran desde 1995 quince, Gran Bretaña incluida), con todas sus consecuencias (por ejemplo, la «mayoría cualificada» como regla general, para aprobar normas comunitarias laborales); y 2) incluir un nuevo título (sobre «Empleo»), sin precedentes, en la versión consolidada del texto articulado del Tratado<sup>51</sup>, con el objetivo de obligar —mediante controles anuales— a todos los Estados miembros a crear nuevos empleos, para así alcanzar en el seno de la Unión Europea un «alto nivel de empleo»<sup>52</sup>.

El citado Protocolo núm. 14, sobre «Política Social» —que marca, laboralmente hablando, toda la década de los 90—, suponía en sustancia lo siguiente: 1) era un acuerdo de tan sólo once países, del que quedaba radicalmente excluida Gran Bretaña<sup>53</sup>; 2) pretendía proseguir la vía trazada por la «Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores», acordando nuevas directivas que regulasen los derechos reconocidos en ella<sup>54</sup>; y 3) invertía las reglas de aprobación de normas laborales fijadas en el Acta Unica Europea, pues con él pasaba a ser la regla general la de la «mayoría cualificada» —al igual que en materia de seguridad y salud laboral—, reservándose la «unanimidad»<sup>55</sup> para sólo cinco cuestiones, aunque ciertamente bien importantes (seguridad social y protección social de los trabajadores, rescisión del contrato de trabajo, representación de los trabajadores, condiciones de empleo de nacionales de terceros países y fomento del empleo)<sup>56</sup>.

La incorporación del Protocolo en cuestión a la versión consolidada del texto articulado del Tratado de la Unión sólo fue posible tras el cambio político habido en Gran Bretaña, al acceder al gobierno los laboristas del Sr. BLAIR. Este nuevo panorama obligó a modificar aquellas Directivas —aprobadas al amparo del Protocolo— que excluían de su ámbito de aplicación a Gran Bretaña. Este fue el caso, por ejemplo, de la Directiva 94/45/CEE, del Consejo, de 22 septiembre 1994, sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, luego modificada por la Directiva 97/74/CE, del Consejo, de 15 diciembre 1997, precisamente con el fin de que también se aplicase a Gran Bretaña<sup>57</sup>.

En esta misma década de los 90, y por lo que respecta a España, cabe recordar que una STJCE de 26 septiembre 1996 nos condenó, a instancia de la Comisión, por no haber

<sup>51</sup> Artículos 125 a 129.

<sup>52</sup> Cfr. su artículo 127.1.

<sup>53</sup> Véase el apartado 2 del Preámbulo del Protocolo.

<sup>54</sup> Véase el párrafo 1º del Preámbulo del Protocolo.

<sup>55</sup> Véase punto 2.2 del «Acuerdo» del Protocolo, que remitía al artículo 189 C del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

<sup>56</sup> Véase punto 2.3 del «Acuerdo» del Protocolo.

<sup>57</sup> También fue el caso de la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 junio 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (modificada por la Directiva 97/75/CE, del Consejo, de 15 diciembre 1997); de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 diciembre 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (modificada por Directiva 98/52/CE, del Consejo, de 13 julio 1998); y de la Directiva 97/81/CE, del Consejo, de 15 diciembre 1997, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (modificada por la Directiva 98/23/CE, de 27 abril).

transpuesto dentro de plazo hasta seis Directivas en materia de seguridad y salud laboral. Esta denuncia contra España provocó la apresurada promulgación —que no logró evitar la condena— de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

§5. El reto que ahora mismo tiene planteado el Derecho español del Trabajo, siempre desde el punto de vista del legislador «extraordinario» a que venimos aludiendo, es incluso el de la eventual destrucción de su naturaleza tuitiva del trabajador, por causa de las notorias insuficiencias del proceso de europeización —en el que irremisiblemente estamos inmersos<sup>58</sup>—, que acaba de describirse.

El Tratado de Niza de 2001 resulta meramente continuista respecto del Tratado de Amsterdam de 1997 en materia de «política social», aunque rebaja de cinco a cuatro las materias (esto es, seguridad social y protección de los trabajadores, rescisión del contrato de trabajo, representación de los trabajadores y condiciones de empleo de nacionales de terceros países) en que se requiere la «unanimidad» de los Estados miembros (que son veinticinco, desde 1 de mayo 2004) para que la propia Unión pueda legislar sobre ellas.

El intento simplificador del Derecho originario comunitario que pretendía llevar a cabo el «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», firmado en Roma el 29 octubre 2004 y ratificado por España (Ley Orgánica 1/2005, de 20 mayo), fracasó tras los referenda negativos de Francia y Holanda del propio año 2005. Desde un punto de vista social, quizá lo más interesante de él era el elenco de derechos, libertades y principios contenidos en su Parte II, bajo el rótulo genérico «Carta de los derechos fundamentales de la Unión»<sup>59</sup>.

En efecto, como consecuencia de la globalización de la economía, a través de la liberalización del comercio mundial —especialmente intensa, a partir de 1 enero 1995<sup>60</sup>—, se hace cada vez más evidente la existencia de una nueva «cuestión social» pero a escala planetaria, con todas sus consecuencias negativas para los trabajadores tanto de países del tercer mundo (por ejemplo, la perpetuación de las penosísimas condiciones de empleo en que trabajan) como para los trabajadores de países del primer mundo a que pertenecemos (por ejemplo, la proliferación del fenómeno de la negociación colectiva regresiva, bajo la presión de la desinversión o traslado de instalaciones a otros lugares del mundo, ejercida por empresas multinacionales, que es lo que tecnocráticamente se conoce hoy con el eufemismo «deslocalización»).

<sup>58</sup> Sobre el tema, véase E. GARCIA DE ENTERRIA (Director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Colegio Libre de Eméritos-Civitas (Madrid, 2002), y la contribución en él de M. ALONSO OLEA, «El consentimiento informado, derecho humano fundamental», págs. 221 y ss.

<sup>59</sup> Al respecto, véase J. MARTINEZ GIRON, «El contenido social del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», *Actualidad Laboral*, núm. 18 (2004), págs. 2139 y ss.

<sup>60</sup> Se trata de la fecha en que entró en vigor la constitución de la «Organización Mundial de Comercio» (cfr. M. MILLET, *La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC*, Servicio de Estudios La Caixa [Barcelona, 2001], pág. 68).

Esta presión la ha detectado incluso nuestro TC, al registrar el alegato patronal de que «la inversión podría realizarse en otra factoría radicada en otro Estado..., lo que conllevaría inevitablemente la puesta en peligro del futuro de la factoría»<sup>61</sup>.

Todo lo cual explica la necesidad de un replanteamiento en clave social de muy diversas instituciones, como la imposición de la denominada «cláusula social» como correctivo de la liberalización del comercio mundial —lo que, lógicamente, exorbita las competencias nacionales—, o el ámbito de negociación de los convenios colectivos —mediante la negociación, por ejemplo, de convenios colectivos europeos<sup>62</sup>—, o la actuación de los sindicatos allí donde se toman las decisiones que inciden luego sobre las condiciones reales de trabajo —mediante nuevos mecanismos eficaces de participación institucional de los mismos, al menos en las instituciones europeas—, etc.<sup>63</sup>.

La Unión Europea también pretende paliar, en parte, las consecuencias negativas del fenómeno, mediante el fomento de la denominada «responsabilidad social de las empresas» o RSE, a cristalizar en autorregulaciones y códigos de conducta empresariales. Constituye evidentemente una faceta del denominado «Derecho blando» o «*soft Law*», caracterizado —frente al Derecho tradicional, «Derecho duro» o «*hard Law*»— por su falta de imperatividad y de exigibilidad jurídica. Al respecto, por ejemplo, en una Resolución del Consejo de 6 febrero 2003 —en la que expresamente se mencionan «la globalización» y la necesidad de tener en cuenta la situación de «los países en desarrollo»— se reconoce «la naturaleza voluntaria de la RSE», pues «constituye un comportamiento por parte de las empresas que supera las obligaciones legales de éstas» y que incluye prácticas «dignas de crédito y transparentes» relacionadas con su actuación en lo «económico, social y medioambiental» (incluidos «los intereses de los consumidores»), intándose en ella a los Estados miembros a que «fomenten la RSE a escala nacional, de forma paralela al desarrollo de una estrategia a escala comunitaria».

---

<sup>61</sup> Véase STC 119/2002, de 20 mayo.

<sup>62</sup> Véase A. BAYLOS GRAU (Coordinador), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo (Albacete, 2003), págs. 9 y ss.

<sup>63</sup> Sobre estos temas, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, *Asociaciones sindicales y empresariales de carácter internacional*, Comares (Granada, 2003), págs. 109 y ss.



---

PARTE TERCERA

---

**EL CONTRATO DE TRABAJO**

---



---

## TEMA 9 LOS MECANISMOS DE BUSQUEDA DE EMPLEO

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. El ingreso al trabajo. §2. Los mecanismos informales de ingreso. §3. Los Servicios Públicos de Empleo. §4. Las agencias de colocación sin fines lucrativos. §5. Las empresas de trabajo temporal.

§1. Con la expresión «ingreso al trabajo» —que es la rúbrica del artículo 16 del ET<sup>1</sup>— queremos aludir a una serie de mecanismos orientados a conseguir que todo aquel que busca trabajo llegue a vincularse jurídicamente con un empresario, por medio de un contrato de trabajo. Se trata de mecanismos que sirven para la consumación del encuentro entre las personas que pretenden emplear a otras y las que quieren trabajar o colocarse; o si se quiere —con terminología economicista, tan de moda hoy—, de los mecanismos que sirven para el encuentro entre la oferta y la demanda de puestos de trabajo. De ahí que también se utilicen a estos efectos, incluso en los textos legales, el término «colocación» o la expresión «intermediación en el mercado de trabajo».

El artículo 16 del ET posee dos párrafos, que tratan de la obligación de comunicar a la «Oficina Pública de Empleo» los contratos de trabajo ya celebrados, y de las agencias de colocación, respectivamente<sup>2</sup>. Por tal motivo, el uso que de la expresión «ingreso al trabajo» hace este precepto carece de rigor, por asistemático e incompleto. Asistemático, porque se inserta en la sección primera del capítulo segundo del título primero, a propósito de la «duración del contrato de trabajo»; e incompleto, porque —como veremos en este mismo tema— olvida mencionar algunos de los mecanismos que sirven a dicha finalidad de «ingreso al trabajo».

---

<sup>1</sup> Véase J.P. LANDA ZAPIRAIN, «El ingreso al trabajo (En torno al artículo 16)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), págs. 499 y ss.

<sup>2</sup> El tenor de ninguno de ellos coincide con su original respectivo de 1980. Así, el primero tiene la redacción que le dio el artículo 32.uno de la Ley 14/2000, de 29 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; y el segundo, la que le fue dada por el artículo 37.tres de la Ley 62/2003, de 30 diciembre, también de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

§2. Aunque el artículo 16 del ET no diga nada al respecto, es claro que el encuentro del que acabamos de hablar puede llegar a producirse de manera informal, sin necesidad del concurso de intermediarios (por ejemplo, a través de contactos personales con el empresario) o, más frecuentemente, contando precisamente con intermediarios, como cuando el encuentro en cuestión se produce por medio de un ofrecimiento —tanto de empresarios (lo más habitual), como de personas que se ofrecen— publicitado a través de los medios de comunicación de masas (señaladamente, la prensa). Esta informalidad es posible y hasta frecuente, porque desde 1993 ya no existe para el empresario la obligación de solicitar previamente los trabajadores que necesitase de las oficinas públicas de empleo<sup>3</sup>.

La redacción original del artículo 16.1 del ET-1980 hablaba de que «los empresarios están obligados a solicitar de las Oficinas Públicas de Empleo los trabajadores que necesiten», aunque luego difuminaba esta obligación, afirmando que los empresarios —evidentemente, distintos de las Administraciones públicas, que nunca pueden contratar directamente a nadie— «podrán *contratar directamente* cuando no existiese Oficina de Empleo en la localidad, o no se les facilite por la Oficina, en el plazo de tres días, los trabajadores solicitados o no contratasen a los que la Oficina les haya facilitado, comunicando en todos estos casos la contratación a la Oficina de Empleo correspondiente».

El «ofrecimiento» hecho por el empresario (por ejemplo, a través de la prensa) no es, por supuesto, ninguna «oferta», en el sentido que da a esta última palabra el artículo 1262 del Código Civil. Por ello, la LCT-1944 afirmaba que «si el empresario exigiese previamente a un trabajador determinado que se le presente para ver si le conviene, en caso de duda, deberá suplirle los gastos hechos justificadamente al efecto, y ello aunque no llegare a celebrarse el oportuno contrato de trabajo» (artículo 15, párrafo tercero).

Los ofrecimientos publicitarios de puestos de trabajo hechos por el empresario están sujetos a concretos límites impuestos por la LISOS. En este sentido, es infracción «grave» del empresario, sancionable con multa de hasta 3.005,06 euros, «la publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente»<sup>4</sup>; y además, es infracción «muy grave» del empresario, sancionable con multa de hasta 90.151,82 euros, «establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> La supresión de dicha obligación se produjo con la promulgación del Real Decreto-ley 18/1993, de 3 diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación, que entró en vigor el día 8 diciembre 1993 (cfr. T. SALA FRANCO, *La reforma del mercado de trabajo*, CISS [Valencia, 1994], págs. 17 y ss.). En la actualidad, la única obligación formal que queda en el artículo 16 del ET es la de «comunicar a la Oficina Pública de Empleo ... el contenido de los contratos de trabajo» que lleguen a celebrarse (sobre ello, véase *infra*, Tema 12, §3).

<sup>4</sup> Cfr. sus artículos 15.5 y 40.1.b).

<sup>5</sup> Cfr. sus artículos 16.2 y 40.1.c).

Los recién citados mecanismos se denominan «informales», porque coexisten con otros oficiales, institucionales o «formales», específicamente ideados para facilitar el encuentro entre ofertas y demandas de trabajo. Estos últimos mecanismos —no todos mencionados en el artículo 16 del ET— pueden reconducirse a los tres siguientes: 1) los Servicios Públicos de Empleo (cfr. *infra*, §3); 2) las agencias de colocación (cfr. *infra*, §4); y 3) las empresas de trabajo temporal (cfr. *infra*, §5).

El antiguo artículo 16.2, en la redacción original del ET-1980, contenía una referencia a las «agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores», señalando que deberían «hacer constar en sus anuncios el número de la demanda en la Oficina de Empleo y la identificación de ésta». Que la redacción actual del precepto no las mencione, no parece indicar su prohibición, pues «nada se opone a ellas ni a su funcionamiento en régimen de libertad y aun con ánimo de lucro»<sup>6</sup>. Lo confirma el artículo 15.1 de la LISOS, al tipificar como infracción «grave» en materia de empleo, sancionable con una multa de hasta 3.005,06 euros, «no informar las empresas de selección de sus tareas al servicio público de empleo».

**§3. Los Servicios Públicos de Empleo**, herederos últimos del antiguo Instituto Nacional de Empleo o INEM, aparecen regulados en la Ley 56/2003, de 16 diciembre<sup>7</sup>. Están integrados por «el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas»<sup>8</sup>, y actúan descentralizadamente a través de una «red de oficinas» —de titularidad autonómica, aunque también utilizadas por el Estado—, de las que hay más de 500 en toda España<sup>9</sup>. A través de estas «oficinas», se ejecutan dos tipos distintos de políticas de empleo, que son: 1) las legalmente denominadas «políticas activas», a cargo de las comunidades autónomas<sup>10</sup>, orientadas a «mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo»<sup>11</sup>; y 2) la

<sup>6</sup> Cfr. M. ALONSO OLEA y M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23<sup>a</sup> ed., Civitas (Madrid, 2005), pág. 572.

<sup>7</sup> Sobre la norma, minuciosamente, véase A. MONTOYA MELGAR y R. CRISTOBAL RONCERO, *Comentario a la Ley de Empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, Civitas (Madrid, 2004), págs. 23 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. artículo 5, inciso segundo, de la Ley 56/2003. Téngase en cuenta que «el Instituto Nacional de Empleo pasa a denominarse Servicio Público de Empleo Estatal» y, por tanto, que «todas las referencias que en la legislación vigente se efectúan al Instituto Nacional de Empleo o a sus funciones y unidades deben entenderse realizadas al Servicio Público de Empleo Estatal» (disposición adicional primera, párrafo segundo, de la Ley 56/2003). Además, los Servicios Públicos de Empleo Estatal y Autonómicos forman, conjuntamente, el «Sistema Nacional de Empleo» (artículo 5 de la Ley 56/2003).

<sup>9</sup> Sobre el papel de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, véase F. SERRANO FALCON, *Servicios públicos de empleo e intermediación laboral en las Comunidades Autónomas (en el marco de la Ley de Empleo 56/2003)*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), págs. 19 y ss.

<sup>10</sup> No obstante, «el Servicio Público de Empleo Estatal gestionará las políticas activas de empleo ..., mientras la gestión de las mismas no haya sido objeto de transferencia a las comunidades autónomas» (cfr. disposición transitoria segunda de la Ley 56/2003).

<sup>11</sup> Cfr. artículo 23.1 de la Ley 56/2003. Sobre el tema, véase N. PUMAR BELTRAN, *Política activa de empleo y Seguridad Social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2003), págs. 21 y ss.

que por contraposición cabe denominar política «pasiva», a cargo exclusivo del Estado, consistente en la «acción protectora por desempleo», esto es, en la gestión de las prestaciones y subsidios por desempleo.

La evolución de este tema arranca con la Ley republicana de Colocación obrera de 27 noviembre 1931, que disponía, de un lado, que «bajo la dependencia del Ministerio de Trabajo y Previsión se organiza por el Estado la colocación obrera con el carácter de nacional, pública y gratuita», y de otro lado, que «las Empresas comerciales de colocación y las Agencias de pago cesarán en sus funciones en el término de un año» (artículo 1). En este mismo sentido, la Ley franquista de Colocación obrera de 10 febrero 1943 dispuso que «el Estado español organiza ..., por medio del Ministerio de Trabajo y bajo la inspección de éste, la colocación de trabajadores con carácter nacional, público y gratuito y dependiente de la Delegación Nacional de Sindicatos» (artículo 1), quedando «prohibida la existencia de agencias u organismos privados de cualquier clase, dedicados a la colocación» (artículo 3).

Esta Ley franquista fue derogada por la Ley 51/1980, de 8 octubre, Básica de Empleo, reguladora del citado Instituto Nacional de Empleo o INEM. Se trataba de un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo, al que legalmente se confiaba la gestión de las prestaciones y subsidios por desempleo y, además, el monopolio de la intermediación entre ofertas y demandas de puestos de trabajo.

Este monopolio lo perdió el INEM en 1993, al tiempo que se suprimía —como ya se ha visto— la obligación del empresario de solicitar de las oficinas del propio INEM los trabajadores que precisase contratar<sup>12</sup>.

Además, desde 1997, estas actividades de gestión intermediadora del INEM tendieron a ser transferidas por el Estado a las comunidades autónomas, en el marco más general de transferencia de las llamadas «políticas activas de empleo»<sup>13</sup>.

A esta situación de una dispersión normativa relativamente caótica ha puesto fin la citada Ley 56/2003, en la que se deroga expresamente la también citada Ley 51/1980, Básica de Empleo<sup>14</sup>.

La inscripción como demandante de empleo en la correspondiente «oficina» de los Servicios Públicos de Empleo, sigue siendo todavía muy importante, a determinados efectos. Así —con independencia de otros «derechos» derivados de la «inscripción como desempleados» y ligados normalmente a las citadas «políticas activas» de empleo (por ejemplo, cursos de formación profesional)—, para poder suscribir con el empresario el denominado «contrato para el fomento de la contratación indefinida» —que es el contrato de trabajo fijo que todo empresario desea en principio concertar, por el ahorro que puede suponerle en las cotizaciones a la Seguridad Social—, resulta imprescindible dicha inscripción, puesto que el contrato en cuestión sólo puede celebrarse

<sup>12</sup> Por el citado Real Decreto-ley 18/1993, de 3 diciembre.

<sup>13</sup> En efecto, en 1997 se efectuó dicha transferencia respecto de Cataluña (por Real Decreto 1050/1997, de 27 junio) y de Galicia (por Real Decreto 1375/1997, de 29 agosto).

<sup>14</sup> Sobre la muy necesaria coordinación en este punto entre el Estado y las Comunidades Autónomas insiste la disposición adicional 3ª de la LISOS, a sus peculiares efectos.

con «trabajadores inscritos en la oficina de empleo»<sup>15</sup>. Además, para poder llegar a percibir prestaciones y subsidios por desempleo, también resulta inexcusable —tras la pérdida del trabajo— «la inscripción como demandante de empleo» en estas «oficinas», puesto que «los solicitantes y perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo deberán inscribirse y mantener la inscripción como demandantes de empleo en el servicio público de empleo»<sup>16</sup>.

Según la Ley 56/2003, «se entiende por políticas activas de empleo el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social» (artículo 23.1, párrafo primero).

Según esta misma Ley, toda «la política de empleo se desarrollará, dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea» (artículo 1, párrafo segundo). Esta referencia debe entenderse hecha al Título VIII de dicho Tratado, sobre «Empleo» (artículos 125 a 130), en aplicación del cual se dictan las «Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros», anualmente desde 1998.

Aparte su gestión de las demandas y ofertas de empleo propiamente españolas, las «oficinas» de los Servicios Públicos de Empleo también integran «una red europea de servicios, denominada EURES (EUROpean Employment Services)», cuyas líneas maestras aparecen hoy diseñadas en una Decisión de la Comisión de 2003. Según esta Decisión, «EURES tendrá como objetivo promover, en beneficio de los solicitantes de empleo, los trabajadores y los empresarios ... el intercambio transnacional, interregional y transfronterizo de ofertas y demandas de empleo». Por ello, según esta misma Decisión, la red EURES se basa «en el principio de que debe poder accederse en toda la Unión Europea a las ofertas y las demandas de empleo que hacen públicas cualquiera de los miembros y socios de EURES».

La disposición comunitaria citada es la Decisión 2003/8/CE, de 23 diciembre 2002, por la que se aplica el Reglamento (CEE) del Consejo núm. 1612/68, por lo que se refiere a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo. El funcionamiento de la Red EURES implica el establecimiento de «los procedimientos para crear un sistema uniforme y modelos comunes para el intercambio de información sobre el mercado de trabajo y la movilidad dentro de la red ..., incluida información sobre puestos de trabajo

<sup>15</sup> Cfr. disposición adicional primera.2.a) de la Ley 12/2001, de 9 julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

<sup>16</sup> Cfr. artículo 27.1 de la Ley 56/2003.

y oportunidades de aprendizaje en la Unión Europea». Igualmente, se prevé que todo ello «se incorporará a un sitio web integrado de información sobre movilidad profesional», cuya dirección en internet es <http://ec.europa.eu/eures><sup>17</sup>.

§4. La previsión de que pudiesen existir en España agencias de colocación, eventualmente complementadoras de las «oficinas» de los actuales Servicios Públicos de Empleo (antiguo INEM), se produjo en 1993<sup>18</sup>. Estas agencias aparecen ahora reguladas en el artículo 16.2 del ET<sup>19</sup>, desarrollado por el Real Decreto 735/1995, de 5 mayo. Se habla de que complementan dichas «oficinas», en el sentido de que estas agencias pueden prestar prácticamente los mismos servicios de intermediación en el empleo<sup>20</sup>, aunque previa «autorización» ahora por el Servicio Público de Empleo Estatal y «en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración»<sup>21</sup>.

El citado Real Decreto 735/1995 también regula los denominados «Planes de Servicios Integrados para el Empleo (SIPeS)», que «comprenden la organización y articulación de las políticas activas de empleo relativas al proceso completo de acompañamiento del demandante en su búsqueda de empleo a través de entidades asociadas» (artículo 18); todo ello, previa suscripción del oportuno convenio que tales entidades asociadas —públicas o privadas sin ánimo de lucro— pueden suscribir con el Servicio Público de Empleo Estatal, dada su referencia expresa al INEM<sup>22</sup>.

De su régimen jurídico puede destacarse que se trata de agencias sin ánimo de lucro —expresamente «se prohíbe la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos»<sup>23</sup>—, de manera que deben prestar sus servicios de intermediación entre ofertas y demandas de trabajo sin cobrar remuneraciones de ningún tipo a los empresarios y trabajadores usuarios de las mismas, salvo «los gastos ocasionados por los servicios prestados»<sup>24</sup>.

<sup>17</sup> La Red EURES se puso en marcha por la Decisión 93/569/CEE de la Comisión, de 22 octubre 1993, derogada por la citada Decisión 2003/8/CE.

<sup>18</sup> La previsión aparecía contenida en el artículo 1.2 del citado Real Decreto-ley 18/1993.

<sup>19</sup> Su tenor literal actual procede, como antes se indicó, de la Ley 62/2003, de 30 diciembre.

<sup>20</sup> No son exactamente los mismos servicios, porque, por ejemplo, la tramitación de toda «oferta de empleo procedente de otros países de la Unión Europea», en el marco de la Red Eures, se reserva a los Servicios Públicos de Empleo (cfr. disposición adicional única del Real Decreto 735/1995).

<sup>21</sup> Cfr. artículo 16.2 del ET. Sobre «procedimiento para la concesión, renovación y extinción de la autorización», cfr. artículos 11 a 17 del Real Decreto 735/1995.

<sup>22</sup> De los citados «Planes de Servicios Integrados para el Empleo» se ocupan los artículos 18 a 27 del Real Decreto 735/1995, a su vez desarrollados por Orden Ministerial de 10 octubre 1995, en la que se precisa que tales «Planes» consistirán en «actuaciones de carácter personalizado y sistemático ... de acompañamiento del demandante de empleo para su inserción laboral» (cfr. su artículo 1).

<sup>23</sup> Cfr. artículo 16.2 del ET.

<sup>24</sup> Cfr. artículos 16.2 del ET y 2.1 del Real Decreto 735/1995.



Serán normalmente de titularidad privada<sup>25</sup>, puesto que las públicas creadas en su día por diversas comunidades autónomas —en ejecución de las políticas «activas» de empleo transferidas a ellas por el Estado— han pasado a integrarse en los Servicios Públicos de Empleo, tras la promulgación de la Ley 56/2003<sup>26</sup>.

Precisando la expresión «servicios prestados», el citado Real Decreto 735/1995 señala que por tales servicios «se considerarán ... la oferta o presentación a los empleadores de los trabajadores solicitados por los mismos, siempre que dichos trabajadores se adecúen al perfil profesional de los puestos de trabajo a cubrir existentes en las empresas»<sup>27</sup>.

**§5.** Las empresas de trabajo temporal, popularmente llamadas «ETTs», son empresas privadas dedicadas a satisfacer las necesidades temporales y urgentes de mano de obra de otros empresarios, mediante la cesión temporal a los mismos de trabajadores que tienen en retén. Tradicionalmente estuvieron prohibidas en España, al considerarse que su actuación implicaba tráfico ilegal de mano de obra, expresamente prohibido por el artículo 43 del ET-1980<sup>28</sup>. Pero esta prohibición se hizo insostenible, al publicarse la Directiva comunitaria de 1991, sobre seguridad y salud laboral de los trabajadores «con una relación laboral de duración determinada o de *empresas de trabajo temporal*»<sup>29</sup>. Esta Directiva obligó a los tribunales laborales, ya en el año 1992, a distinguir entre cesiones ilegales de mano de obra —que seguía prohibiendo el citado artículo 43 del ET-1980— y las cesiones lícitas, que eran las

<sup>25</sup> Supuesto que «podrán tener la condición de agencias de colocación las personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza, que actúen sin fines lucrativos» (cfr. artículo 1, párrafo segundo, del Real Decreto 735/1995).

<sup>26</sup> Tal es el caso, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Galicia, del «Servicio Gallego de Colocación», creado por Orden de 19 mayo 1997, en la cual se afirmaba literalmente que los centros asociados al mismo estarían obligados a «no percibir retribución económica alguna de los usuarios por la realización de las acciones desarrolladas ... en el marco de esta disposición» [artículo 15.1.h)]. Precisamente por ello, la propia Administración autonómica gallega se encargaba de compensar económicamente las acciones efectuadas por los centros asociados a dicho «Servicio Gallego de Colocación», en el ámbito de la intermediación laboral (artículos 16 a 22).

<sup>27</sup> Cfr. su artículo 2.1.

<sup>28</sup> Este precepto declaraba que «se prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores, sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan».

<sup>29</sup> Se trata de la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 junio 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal. Sobre el tema, con una perspectiva comparatista, véase M. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1992), págs. 64 y ss.

que llevaban a cabo precisamente las ETTs<sup>30</sup>. Vista esta situación, hubo que dictar apresuradamente normas legalizadoras de las mismas, que precipitaron en la Ley 14/1994, de 1 junio, que es la norma actualmente reguladora de la actividad desarrollada por las ETTs.

Previamente, el artículo 2.1 del citado Real Decreto-ley 18/1993 había dispuesto que «la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan»; disposición ésta que, al pie de la letra, se reiteró en la Ley 10/1994, de 19 mayo, de medidas urgentes de fomento de la ocupación. Por lo demás, la legalización de las ETTs se inscribe en el marco de un contexto mundial favorecedor de la actuación de este concreto tipo de empresas, a pesar de todas las críticas que suscitan, del que es buena muestra el Convenio núm. 181 de la OIT de 1997, sobre agencias de empleo privadas<sup>31</sup>, en el que la OIT da marcha atrás respecto de lo que siempre había declarado sobre este tema<sup>32</sup>.

Sin duda por causa de los abusos que venía provocando la actuación de las ETTs, la recién citada Ley 14/1994 ha debido ser enmendada en múltiples ocasiones, incluso hasta siete veces entre 1999 y 2001<sup>33</sup>. Esta Ley cuenta con un reglamento de desarrollo de la misma, aprobado por Real Decreto 4/1995, de 13 enero. Y el cuadro de las fuentes reguladoras de las ETTs se completa con un convenio colectivo sectorial de ámbito estatal, negociado por las centrales UGT y CC.OO. en 1995, que viene poniéndose al día periódicamente desde entonces<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> En este sentido, y teniendo a la vista dicha Directiva comunitaria de 1991, una STSJ País Vasco de 24 febrero 1992 (Ar. 610), afirmó rotundamente que «no existe cesión ilegal: A) Si hay un soporte contractual entre ambas empresas, de servicio u obra. B) Si los trabajadores tienen una contratación estable con la empresa adjudicataria. C) Si se les ofrece todas las garantías y derechos irrenunciables contenidos en el Estatuto de los Trabajadores o en las normas laborales. D) Si no se vulneran las Normas Comunitarias en materia de empresas de trabajo temporal y E) Si no existe un animus de defraudación o intención especulativa de traficar con la mano de obra».

<sup>31</sup> Este Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento de 15 junio 1999, publicado en el BOE de 13 septiembre 1999, entrando en vigor el 10 mayo 2000.

<sup>32</sup> Y es que, según el citado Convenio núm. 181, quedan autorizadas las empresas de «servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución» [artículo 1.b)].

<sup>33</sup> Dichas siete modificaciones fueron operadas: 1) por la Ley 29/1999, de 16 julio; 2) por la Ley 45/1999, de 29 noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional; 3) por la Ley 53/1999, de 28 diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; 4) por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, aprobando el texto refundido de la LISOS; 5) por la Ley 14/2000, de 29 diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social; 6) por el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; y 7) por la Ley 12/2001, de 9 julio, homónima de la norma recién citada. Antes del período citado, la Ley 14/1994 había sido ya enmendada por la Ley 63/1997, de 26 diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, que procedió a modificar su artículo 17, añadiéndole dos nuevos párrafos.

<sup>34</sup> El segundo convenio colectivo estatal para ETTs fue suscrito en enero de 1997; el tercero, en julio de 2000; y el cuarto, en abril de 2004. Sobre el tercer convenio colectivo, véase L.M. CAMPS RUIZ, *Las empresas de trabajo temporal*, Tirant lo blanch (Valencia, 2001), págs. 16 y ss.

Aunque resulte sorprendente, este primer convenio colectivo estatal propició algunos abusos en la actuación de las ETTs. De ahí la promulgación de la Ley 29/1999, para corregir la siguiente situación, a que alude su exposición de motivos: «los trabajadores contratados para ser cedidos a las empresas usuarias no sólo han sufrido las consecuencias de una elevada precariedad laboral ..., sino que además sus salarios se encuentran muy por debajo de los salarios reconocidos a los trabajadores de la empresa usuaria que efectúan los mismos trabajos de igual valor, al serles de aplicación distintas normas pactadas» (esto es, el citado convenio colectivo estatal de ETTs, aplicable a los trabajadores cedidos por éstas, y el convenio colectivo respectivo —sectorial o de empresa—, aplicable a los «trabajadores propios» de la empresa usuaria, cuyos puestos ocupaban temporalmente los trabajadores cedidos)<sup>35</sup>. Por lo demás, este mismo convenio colectivo estatal de ETTs abrió la actividad empresarial de estas últimas a cualquiera de los puestos de trabajo prolijamente detallados en el Capítulo IV del mismo (desde el chico de los recados hasta puestos de alta dirección).

Según la Ley 14/1994, la constitución de una ETT no es libre, pues está sujeta a la previa obtención de «autorización administrativa», a la prestación de una «garantía financiera» y a la inscripción en un registro especial, denominado «Registro de Empresas de Trabajo Temporal»<sup>36</sup>. Todas estas cautelas se explican, además de por la necesidad de garantizar que la ETT no es ninguna empresa aparente o ficticia —como lo es, en cambio, el verdadero traficante de mano de obra—, por causa de que la actuación de las ETTs provoca la existencia de una atípica relación triangular, por la que se vinculan: 1) la ETT con la empresa usuaria de sus servicios, o «cliente»; 2) la ETT con el trabajador cedido; y 3) la empresa usuaria o «cliente» con el propio trabajador cedido.

La Ley 14/1994 ofrece un concepto auténtico de lo que deba entenderse por ETT, al afirmar que «se denomina empresa de trabajo temporal aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados» (artículo 1). En congruencia con ello, el artículo 1.2 del ET matiza expresamente que el empresario del trabajador cedido es la ETT y no la empresa usuaria, a través de un antiestético injerto en dicho precepto, relativo a «así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas».

Lógicamente, la relación entre la ETT y la empresa cliente suya no es laboral, sino mercantil. Se establece mediante la estipulación entre ambas del legalmente denominado «contrato de puesta a disposición», prolijamente regulado en la Ley 14/1994. Este contrato

<sup>35</sup> Así, donde antes se decía que el trabajador cedido tendría derecho «a ser remunerado ... de conformidad con lo que se establezca en el Convenio colectivo aplicable a las empresas de trabajo temporal o, en su defecto, en el Convenio colectivo correspondiente a la empresa usuaria» [cfr. antiguo artículo 11.1.a), derogado]; ahora se dice, sin embargo, que el trabajador cedido tiene derecho a «percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria» (cfr. artículo 11.1, en su redacción vigente).

<sup>36</sup> Cfr. artículos 1 a 13 del Real Decreto 4/1995. Sobre el tema, véase B. VALDES DE LA VEGA, *Las empresas de trabajo temporal*, Comares (Granada, 2001), págs. 8 y ss.

implica, de una parte, que la ETT se obliga a ceder temporalmente trabajadores a su cliente, exactamente «en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada» con ellos; y de otra parte, la empresa usuaria o cliente se obliga a pagarle a la ETT un precio.

Los supuestos en que cabe la estipulación de dicho contrato mercantil son los del artículo 15 del ET, según dispone expresamente la Ley 14/1994<sup>37</sup>. No obstante, existen casos en que la empresa cliente no puede contratar con una ETT, ni siquiera en dichos supuestos. Por ejemplo, para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria, para realizar actividades y trabajos especialmente peligrosos, o para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal<sup>38</sup>.

Las Administraciones públicas tienen prohibido, como regla general, estipular contratos de puesta a disposición con ETTs<sup>39</sup>.

La relación entre la ETT y el trabajador cedido sí es una auténtica relación laboral, pues se establece en virtud de la estipulación de un contrato de trabajo entre una y otro, que necesariamente ha de formalizarse por escrito. Estos contratos pueden «concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición»<sup>40</sup>, aunque teniendo en cuenta que el trabajador en cuestión sólo trabaja y, por tanto, sólo cobra su salario (a descontar del precio pagado por el cliente a la ETT) cuando es cedido por la ETT a la empresa cliente —en cuyo caso se habla de que es un trabajador «en misión»—, permaneciendo simplemente en retén (sin trabajar ni cobrar) en tanto no ocurre la cesión.

Dada su condición de verdadero empresario del trabajador cedido aunque no utilice sus servicios, corresponde a la ETT, de un lado, «el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social» (artículo 12.1 de la Ley 14/1994); y de otro lado, «asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición en la empresa usuaria posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar» (artículo 12.3 de la Ley 14/1994).

Lógicamente, las ETTs también pueden tener y de hecho suelen tener, además de los trabajadores contratados para ser cedidos, «trabajadores contratados ... para prestar servicios exclusivamente bajo su dirección y control» —que el convenio colectivo estatal de ETTs denomina «personal de estructura» (esto es, «aquél que es contratado para prestar sus servicios directamente en la empresa de trabajo temporal»)—, y a ellos se aplica en su integridad la

<sup>37</sup> Cfr. su artículo 6.2.

<sup>38</sup> Cfr. artículo 8 de la Ley 14/1994.

<sup>39</sup> Véase el artículo 196.3.f), párrafo segundo, del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio.

<sup>40</sup> Cfr. artículo 10.1, párrafo primero, de la Ley 14/1994. Sobre el tema complejo del «período de prueba en las empresas de trabajo temporal», véase C. CHACARTEGUI JAVEGA, *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant lo blanch (Valencia, 2000), págs. 265 y ss.

normativa laboral general<sup>41</sup>. Sobre el tema, existe una norma reglamentaria específica, que es el Real Decreto 216/1999, de 5 febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

La relación entre la empresa usuaria y el trabajador cedido no es una relación de carácter contractual —puesto que el empresario de este trabajador es, recuérdese, la ETT—, aunque la empresa cliente responde frente a este trabajador<sup>42</sup>, dado que está aprovechándose de sus servicios, de su «protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social ... en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional»<sup>43</sup>.

Aun cuando el trabajador cedido no es trabajador de la empresa usuaria, a esta última le corresponde, de un lado, «informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo así como las medidas de protección y prevención contra los mismos» (artículo 16.1 de la Ley 14/1994); y de otro lado, responder «subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición» (artículo 16.3 de la Ley 14/1994)<sup>44</sup>.

Es cierto que la empresa usuaria ejercita las facultades empresariales de dirección y control de la actividad realizada por el trabajador cedido, aunque no se trata de un poder directivo integral, puesto que el poder disciplinario sobre dicho trabajador lo retiene siempre la ETT<sup>45</sup>.

Según la Ley 14/1994, «los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral», teniendo en cuenta que «los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tendrán atribuida la representación de los trabajadores en misión, mientras ésta dure, a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en éstas, sin que ello pueda suponer una ampliación del crédito de horas mensuales retribuidas a que tengan derecho dichos representantes, conforme a lo dispuesto en el apartado e) del artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores» (artículo 17.1, párrafos primero y segundo)<sup>46</sup>.

A pesar de todas sus carencias, es cierto que las ETTs contribuyen de algún modo a ayudar a ingresar en el mercado de trabajo, aunque sólo sea temporalmente, a quien no trabaja. Este ingreso

<sup>41</sup> Cfr. artículo 14 de la Ley 14/1994.

<sup>42</sup> Véase M<sup>a</sup>.L. MOLERO MARAÑÓN, *La responsabilidad empresarial frente al personal de las Empresas de Trabajo Temporal*, La Ley-Actualidad (Madrid, 2001), págs. 36 y ss.

<sup>43</sup> Cfr. artículo 16.2 de la Ley 11/1994.

<sup>44</sup> El propio artículo 16.3 de la Ley 14/1994 transforma dicha responsabilidad «subsidiaria» en «solidaria», en la hipótesis de incumplimiento flagrante de la normativa reguladora del propio contrato de puesta a disposición.

<sup>45</sup> Por eso, «cuando una empresa usuaria considere que por parte del trabajador se hubiera producido un incumplimiento contractual lo pondrá en conocimiento de la empresa de trabajo temporal a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes» (cfr. artículo 15.2 de la Ley 14/1994).

<sup>46</sup> No obstante, «lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de trabajo temporal de la cual depende» (artículo 17.1, párrafo tercero).

temporal podría favorecer incluso, una vez que la empresa cliente ha probado las cualidades del trabajador cedido, el ingreso definitivo de este último en la propia empresa cliente. Y por eso, la Ley 14/1994 afirma, de un lado, que «será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición»<sup>47</sup>; y de otro lado, que «si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido»<sup>48</sup>.

En cualquier caso, a la finalización del contrato de puesta a disposición, el trabajador cedido tiene derecho a percibir de la ETT una indemnización económica, «equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio»<sup>49</sup> (cuantía ésta, por cierto, no mejorada por el convenio colectivo estatal de ETTs, reiteradamente citado).

Por causa de la necesidad de transponer la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, la citada Ley 45/1999 incorporó un nuevo capítulo VI a la Ley 14/1994 (sobre «actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal»). Ello se hizo con la finalidad de salvaguardar el principio de competencia leal de las ETTs europeas respecto de las españolas y viceversa, previendo que las ETTs de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo puedan actuar en España desplazando sus propios trabajadores, y también, que las ETTs españolas puedan actuar en esos mismos ámbitos desplazando a los suyos, aplicándose en ambos casos a los trabajadores temporalmente desplazados las condiciones de trabajo que les sean más favorables (eventualmente, las del lugar de prestación de los servicios), con independencia de cuál sea la legislación aplicable al contrato de trabajo<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Cfr. su artículo 7.3.

<sup>48</sup> Cfr. su artículo 7.2.

<sup>49</sup> Cfr. artículo 11.2 de la Ley 14/1994.

<sup>50</sup> Véase *supra*, Tema 3, §5.

---

**TEMA 10**  
**EL EMPRESARIO Y LA EMPRESA**

---

**Xosé Manuel Carril Vázquez**

**Sumario:** §1. Concepto y clases de empresario. §2. La empresa, el centro de trabajo y el lugar de trabajo. §3. Las empresas contratistas de obras y servicios. §4. Los grupos de empresas. §5. Las cooperativas de trabajo asociado y las sociedades laborales.

§1. El ET contiene, en su artículo 1.2, la definición de lo que entiende por «empresario». Se trata de una definición incompleta, falta de realismo, asistemática y antiestética. Incompleta, porque puede haber empresarios distintos de los sujetos que menciona («a los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes...»), a pesar de su aparente exhaustividad. Falta de realismo, porque sorprendentemente concibe al empresario como si fuese un mero sujeto pasivo («...que reciban la prestación de servicios...»). Asistemática, porque se remite al precepto inmediatamente anterior, esto es, al artículo 1.1 del ET («...de las personas referidas en el apartado anterior...»). Y antiestética, por haberle injertado en 1994 un feo añadido, relativo a las empresas de trabajo temporal («...así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas»). En realidad, laboralmente hablando, empresario es simplemente quien da empleo a otro en virtud de un contrato de trabajo. Precisamente porque el empresario crea empleos, el artículo 1.1 del ET le llama «*empleador* o empresario»<sup>1</sup>.

Aunque luego el ET sólo raramente vuelva a utilizar esta peculiar terminología en el resto de su articulado<sup>2</sup>. Se trata de una terminología muy frecuente sobre todo en versiones

---

<sup>1</sup> Véase L.M. CAMPS RUIZ, «El concepto laboral de empresario», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. I, Edersa (Madrid, 1990), págs. 37 y ss.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, su artículo 34.3, párrafo segundo.

castellanas de documentos de la OIT<sup>3</sup>, que viene a ser la traducción directa y literal de los correspondientes términos en inglés (*employer*) y francés (*employeur*). En tales documentos internacionales, por ejemplo, se afirma que «la palabra *empleador* significa una persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo... por cuenta de su empresa»<sup>4</sup>.

No coinciden las nociones mercantil y laboral de empresario, puesto que —laboralmente hablando— pueden existir empresarios con o sin ánimo de lucro<sup>5</sup>. En este sentido, son verdaderos empresarios el titular del hogar familiar o cabeza de familia respecto de sus servidores domésticos<sup>6</sup>, o las ONGs<sup>7</sup>, los partidos políticos<sup>8</sup> y los sindicatos<sup>9</sup>, dado que —aparte sus voluntarios, afiliados o militantes— también emplean personas en virtud de contratos de trabajo<sup>10</sup>.

Esto de que puede haber empresarios sin ánimo de lucro lo confirma expresamente la LGSS, al afirmar que «a los efectos de la presente Ley se considerará empresario, *aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro*, a toda persona natural o jurídica, pública o privada, por cuya cuenta trabajen las personas incluidas en el artículo 97» (artículo 99.3).

Siempre laboralmente hablando, puede haber empresarios con personalidad o sin ella<sup>11</sup>. Lo reconoce expresamente el artículo 1.2 del ET, al hablar de que son empresarios «todas las personas, físicas

<sup>3</sup> Véanse, por ejemplo, los convenios núm. 87 de 1949, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación; núm. 98 de 1949, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva; núm. 173 de 1992, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador; y núm. 177 de 1996, sobre el trabajo a domicilio.

<sup>4</sup> Véase artículo 1.c) del citado convenio núm. 177 de la OIT.

<sup>5</sup> Sobre la inclusión de los empleadores sin ánimo de lucro en la noción laboral de empresario empleada en el ámbito de la Unión Europea, véase STJCE de 16 octubre 2003, dictada en el asunto C-32/2002 (localizable en <http://curia.eu.int>).

<sup>6</sup> Según el artículo 1.3 del Real Decreto 1424/1985, de 1 agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, «por titular del hogar familiar se entiende tanto el que lo sea efectivamente como el simple titular del domicilio, o lugar de residencia, en el que se presta el servicio doméstico».

<sup>7</sup> Que es el caso, por ejemplo, de la Cruz Roja, la cual —según una STS de 27 mayo 1981 (Ar. 2362)— «como Institución con misión humanitaria y benéfico-social tiene personalidad jurídica propia, y... facultades de disposición en materia de nombramiento y separación de personal, pudiendo contratarlo por medio de pacto de naturaleza laboral».

<sup>8</sup> Que, «si bien con finalidades de carácter ideológico, funcionan asimismo en el ámbito de sus relaciones internas como sujetos empresarios para poder llevar a cabo el desenvolvimiento de la propia dinámica del objeto de la organización» (véase STSJ País Vasco de 23 febrero 1999 [Ar. 2054]). Sobre el tema, véanse también SsTS de 7 abril 1987 (Ar. 2364) y 1 julio 1988 (Ar. 5731).

<sup>9</sup> Pues, como pone de relieve una STSJ Castilla y León (Valladolid) de 1 junio 1992 (Ar. 3147), «no puede olvidarse... que un sindicato en cuanto tiene trabajadores que prestan servicios por su cuenta es también una empresa y como tal debe quedar sometida a la normativa laboral que le resulte de aplicación en sus relaciones con los trabajadores».

<sup>10</sup> Sobre las llamadas «empresas ideológicas» o «de tendencia», entendiéndose por tales las «definidas por su carácter instrumental para la difusión de una ideología, su conexión con el pluralismo político, sindical y religioso y el ejercicio a través de las mismas de un derecho fundamental distinto al de la simple libertad de empresa o iniciativa económica», véase J. TARRAGA POVEDA, *El Sindicato como Empleador*, CES (Madrid, 2002), pág. 65.

<sup>11</sup> Véase M.C. PALOMEQUE LOPEZ, «Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2 (1980), págs. 217 y ss.



o jurídicas, o comunidades de bienes». Se trata, sin embargo, de una enumeración clamorosamente incompleta, puesto que deja fuera, por ejemplo, una realidad tan importante en los tiempos que corren como es la representada por los grupos de empresas sin personalidad jurídica, en los que la responsabilidad laboral de las diversas empresas agrupadas no tiene naturaleza mancomunada —que es la propia de los comuneros de las comunidades de bienes—, sino que tiene carácter solidario, como se verá luego. En este sentido, la legislación de Seguridad Social resulta mucho más realista que el ET, pues —a propósito de los documentos que debe acompañar la empresa, para inscribirse como tal en la Seguridad Social— menciona separadamente la «relación de los comuneros o de las personas integrantes del ente sin personalidad».

En efecto, el artículo 11.2 del reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero, establece que a la solicitud de inscripción del empresario se acompañará: 1) «cuando el empresario fuera una persona física, documento nacional de identidad o, si se tratare de un extranjero, pasaporte o documento que lo sustituya o fotocopias de los mismos»<sup>12</sup>; y 2) «cuando el empresario sea una persona jurídica, además de la identificación de la persona natural que formula la solicitud de inscripción y el título jurídico en virtud del cual se efectúa, se acreditará la condición de empresario mediante escritura de constitución o certificación del registro correspondiente, si se tratare de sociedades que... requieran inscripción; libro de actas, en el caso de comunidades de propietarios; certificado del Ministerio de Justicia e Interior o... de la respectiva Comunidad Autónoma, en el supuesto de asociaciones o cualquier otro documento análogo, según la naturaleza y actividad de la persona jurídica de que se trate o, en su defecto, *relación de los comuneros o de las personas integrantes del ente sin personalidad*, expresando su nombre y apellidos, domicilio y documento nacional de identidad de cada uno de ellos»<sup>13</sup>.

Además, cabe perfectamente la existencia —también desde el punto de vista laboral— de empresarios con o sin capacidad de obrar. Este último sería el caso, por ejemplo, de los niños o de los incapaces que fuesen dueños —o, como ahora afirma el artículo 44 del ET, «titulares»— de la empresa, respecto de los que la LPL afirma que actuarán como tales empresarios a través de «sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a Derecho» (artículo 16.4).

A diferencia de lo que ocurre con el trabajador, el ET no contiene normas reguladoras de la capacidad del empresario para estipular como tal un contrato. Pero esta laguna, que implica de hecho una remisión en bloque a leyes civiles, mercantiles o administrativas, puede suplirse aplicando analógicamente el artículo 16 de la LPL, que trata de la capacidad y legitimación procesal. El posible juego del mecanismo de la representación necesaria

<sup>12</sup> Véase su punto 1º.

<sup>13</sup> Véase su punto 2º.

o voluntaria del empresario se explica, en estos casos, por causa del hecho de que las prestaciones que asume el empresario en virtud del contrato de trabajo (dar trabajo, pagar el salario, etc.), a diferencia de lo que ocurre con las de trabajador, no tienen ningún carácter personalísimo o *intuitu personae*<sup>14</sup>.

En fin, fuera de su artículo 1.2, el ET reconoce expresamente —aunque de manera asistemática<sup>15</sup>— que también pueden ser empresarios laborales las diversas Administraciones públicas (esto es, la General del Estado, la Autonómica, la Local y la Institucional)<sup>16</sup>. Estas últimas son, sin embargo, empresarios laboralmente peculiares, en la medida en que carecen —a diferencia de lo que ocurre en la hipótesis del empresario privado— de verdadera libertad de contratación laboral, y, por tanto, de la posibilidad de contratación directa a su libre arbitrio de trabajadores. Lo confirma la legislación administrativa general de carácter básico, al indicar que las «Administraciones Públicas seleccionan su personal ya sea funcionario, ya *laboral*, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garantizan en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad»<sup>17</sup>.

La legislación de Seguridad Social también confirma que laboralmente puede ser empresario la Administración pública, al considerar tal «toda persona física o jurídica, *pública* o privada»<sup>18</sup>.

**§2.** Aunque es evidente que el ET —al igual que ocurre en el lenguaje corriente— utiliza en ocasiones, como sinónimas, las palabras «empresario» y «empresa»<sup>19</sup>, también lo es que jurídicamente hablando no cabe en

<sup>14</sup> Véase *infra*, Tema 16, §1.

<sup>15</sup> A diferencia de la LCT-1944, que en su artículo 4, después de establecer que «es empresario o patrono el individuo o la persona jurídica propietaria o contratista de la obra, explotación, industria o servicio donde se preste el trabajo» (párrafo 1º), reconocía expresamente que la Administración pública también podía ser empresario, al afirmar que el «Estado, las Diputaciones Provinciales y los Ayuntamientos, o bien las Entidades oficiales representativas de estas Instituciones, quedan equiparados a los Empresarios ... respecto de las obras o servicios públicos que se ejecuten directamente o por administración» (párrafo 3º).

<sup>16</sup> Sobre el tema, véase una STSud de 7 octubre 2004 (Ar. 2167 de 2005).

<sup>17</sup> Véase el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Esta misma ley, aunque proclama que «los puestos de trabajo de la Administración ... serán desempeñados por funcionarios públicos» [artículo 15.1.c), párrafo 1º], establece hasta seis concretas situaciones en las que dichos puestos de trabajo también «podrán desempeñarse por personal laboral» [artículo 15.1.c), párrafo 2º]. En el ámbito concreto de la Administración pública universitaria, téngase en cuenta que la Ley Orgánica 6/2001, de 21 diciembre, de Universidades, afirma que las Universidades públicas «podrán contratar, en régimen laboral, personal docente e investigador entre las figuras siguientes: ayudante, profesor ayudante doctor, profesor colaborador, profesor contratado doctor, profesor asociado y profesor visitante» (artículo 48.1), pero con limitaciones, pues este último precepto también establece que el «número total del personal docente e investigador contratado no podrá superar el cuarenta y nueve por ciento del total del personal docente e investigador de la Universidad».

<sup>18</sup> Véase artículo 10, párrafo 1º, del reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero.

<sup>19</sup> Véanse sus artículos 12.6, 22.1, 34.6, 36.3, 39.4, 51.1, 51.12, 51.14, 60.2, 65.2, 66.2, 67.1, 76.2 y 82.3.

modo alguno confundir ambas nociones<sup>20</sup>. En efecto, el «empresario» es sujeto y la «empresa» es objeto, más o menos complejo, que consta de los siguientes tres elementos esenciales. En primer lugar, un elemento subjetivo que son los *trabajadores*, aunque se trate solamente de uno, puesto que si no existen trabajadores, no cabe hablar de «empresa» desde el punto de vista laboral. En segundo lugar, un elemento objetivo que es la *infraestructura*, más o menos compleja, e integrada por bienes físicos (inmuebles, maquinaria, etc.) y jurídicos (derechos, como patentes, marcas, créditos, etc.)<sup>21</sup>. En tercer lugar, un elemento funcional que es la *coordinación* de los otros dos (trabajo y capital) recién citados, al que genéricamente alude el ET con las expresiones «organización y dirección» (artículos 1.1 y 8.1), que es justamente lo que hace el «empresario».

Estos tres elementos aparecen bien reflejados en el Real Decreto 1438/1985, de 1 agosto, regulador de la relación laboral especial de los representantes de comercio. Se trata de una norma que excluye de su ámbito de aplicación, por no ser verdaderos trabajadores, a los representantes de comercio «titulares de una *organización* empresarial autónoma, entendiéndose por tal aquella que cuenta con *instalaciones y personal propio*»<sup>22</sup>.

De los tres elementos, el más significativo es el de los trabajadores, hasta el punto de que laboralmente cabe clasificar las empresas, según el número de trabajadores empleados por ellas (o «tamaño de la plantilla») <sup>23</sup> —que es justamente lo que la legislación laboral denomina el «tamaño de la empresa»<sup>24</sup>—, precisamente en pequeñas, medianas y grandes empresas<sup>25</sup>. Aunque el ET contempla en su articulado multitud de estos números, quizá el más decisivo de todos sea el de cincuenta trabajadores, pues a efectos de representación legal o unitaria de los trabajadores permite trazar la línea divisoria entre pequeñas y grandes empresas. Así: 1) pequeñas empresas (o mejor aún, «microempresas») <sup>26</sup> serían las de cinco o menos trabajadores, en las que no existen órganos de representación legal o unitaria de los trabajadores; 2) medianas empresas, las que contasen con entre seis y cuarenta y nueve trabajadores, en las que la representación legal o unitaria corresponde a los delegados de personal; y 3) grandes empresas, las que tuviesen cincuenta o más trabajadores, en las que el comité de empresa aparece como el órgano de representación legal o unitaria del conjunto de los mismos. En cualquier caso, se trata de un número aproximativo, multiplicándose por debajo del mismo las alusiones —generalmente flexibilizadoras— a las pequeñas empresas<sup>27</sup>.

<sup>20</sup> Sobre una interesante «idea de empresa», condicionada por la globalización, véase B. XAVIER, «A Crise na Empresa e o Despedimento Colectivo», *Scientia Iuridica*, t. LI-núm. 292 (2002), págs. 111 y ss.

<sup>21</sup> A la que alude la legislación laboral cuando habla de «máquina, aparato, instrumento o instalación» (artículo 4.6º de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales), de «bienes [o de derechos]... afectos al proceso productivo» (artículo 275.1 de la LPL), de «objetos elaborados» (artículo 32.2 del ET) o, más genéricamente, de «elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial» (artículo 51.11 del ET).

<sup>22</sup> Véase su artículo 1.2.b).

<sup>23</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos 11.2.b) y 15.1.b), párrafo 3º, del ET.

<sup>24</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos 20, 30.2 y 31 de la citada Ley 31/1995.

<sup>25</sup> Véase S. DEL REY GUANTER, *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1995), págs. 9 y ss.

<sup>26</sup> Véase *infra*, Tema 31, §6.

<sup>27</sup> Véanse artículos 14.1, 33.8, 40.2, párrafo 1º, 51.1 y 4, 62.1 y 74.2, todos del ET.

Sobre esta base, y desde el punto de vista de cómo se organiza la «empresa», es evidente que cabe la existencia de estructuras organizativas complejas o sencillas, según que la «empresa» esté integrada o no por una pluralidad de unidades productivas diversas. Estas unidades productivas laboralmente relevantes, en que eventualmente puede subdivirse la empresa, se conocen con el nombre de «centros de trabajo». Según el ET, «a efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral» (artículo 1.5, párrafo 1º). Si de hecho existe, el empresario está obligado a comunicar su existencia a la Administración laboral, pues la LISOS considera infracción administrativa del empresario —a los efectos de la prevención de riesgos laborales— «no comunicar a la autoridad laboral competente la apertura del centro de trabajo».

En efecto, a propósito de las «infracciones en materia de prevención de riesgos laborales», la LISOS considera: 1) infracción «leve» del empresario, sancionable con multa de como máximo 1.502,53 euros<sup>28</sup>, «no comunicar a la autoridad laboral competente la apertura del centro de trabajo..., siempre que no se trate de industria calificada por la normativa vigente como peligrosa, insalubre o nociva por los elementos, procesos o sustancias que se manipulen»<sup>29</sup>; y 2) infracción «grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 30.050,61 euros<sup>30</sup>, «no comunicar a la autoridad laboral competente la apertura de centro de trabajo... siempre que se trate de industria calificada por la normativa vigente como peligrosa, insalubre o nociva por los elementos, procesos o sustancias que se manipulen»<sup>31</sup>.

En la Administración pública, según la Ley 9/1987, de 12 junio, «en las elecciones a representantes del personal laboral ..., constituirá un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del departamento u organismo de que se trate que radiquen en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo convenio colectivo» (disposición adicional quinta, párrafo 1º).

En todo centro de trabajo el empresario está obligado a tener el denominado «libro de visitas», a los efectos de constancia de las que pueda hacer la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, afirmando al respecto la LISOS que constituye infracción «leve» por obstrucción a la labor inspectora «la falta del Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el centro de trabajo» [artículo 50.3.b)].

La regla general es que el centro de trabajo y el lugar de trabajo, en el que el trabajador presta sus servicios, coincidan. La legislación laboral tiende a favorecer esta coincidencia, hasta el punto incluso de prever que el empresario pueda llegar a constituir y dar de alta «centros de trabajo móviles o itinerantes»<sup>32</sup>, de los cuales el ejemplo más cumplido

<sup>28</sup> Véase su artículo 40.2.a).

<sup>29</sup> Véase su artículo 11.3.

<sup>30</sup> Véase su artículo 40.2.b).

<sup>31</sup> Véase su artículo 12.5.

<sup>32</sup> Véase artículo 40.1 del ET.

lo suministra el ET, al indicar que en «la actividad de trabajo en el mar se considerará como centro de trabajo el buque, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto base» (artículo 1.5, párrafo 2º). En ocasiones, sin embargo, el centro de trabajo y el lugar de trabajo no coinciden. Tal es el caso, por ejemplo, del contrato de trabajo a domicilio, que es «aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o *en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario*»<sup>33</sup>; o de la relación laboral especial de los representantes de comercio, entre los que no se incluyen —porque tienen un contrato de trabajo común— los «trabajadores de la Empresa que aun dedicándose a promover o concertar operaciones mercantiles para la misma lo hagan *en sus locales* o teniendo en ellos su puesto de trabajo y sujetos al horario laboral de la Empresa»<sup>34</sup>; o también —pero ahora no tanto desde el punto de vista de la prestación laboral, sino desde el punto de vista de la propia actividad empresarial—, el caso de las empresas contratistas de que se hablará seguidamente.

La doctrina más autorizada, sobre la base de que «todo trabajo se realiza en un espacio físico determinado y, por lo general, bien localizado», recuerda también que hay «trabajos itinerantes, como el del representante de comercio; y trabajos en medios móviles, como los de transporte de todo tipo, aunque en éstos hay una localización impuesta por el mismo medio: buque, tren, avión, camión, etc.»<sup>35</sup>. Téngase en cuenta, según la Ley 42/1997, de 14 noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que la actuación de esta última se ejerce en «los vehículos y los medios de transporte en general, en los que se preste trabajo, incluidos los buques de las marinas mercante y pesquera, los aviones y aeronaves civiles, así como las instalaciones y explotaciones auxiliares o complementarias en tierra para el servicio de aquéllos» (artículo 4.1.2).

Con notoria impropiedad jurídica, el Real Decreto 171/2004, de 30 enero, de desarrollo del artículo 24 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales, confunde «centro de trabajo» y «lugar de trabajo», al afirmar que se entiende por el primero «cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo» [artículo 2.a)].

**§3.** Además de las relaciones internas existentes en el seno de la empresa entre el empresario y sus trabajadores, resulta evidente que el empresario tiene también relaciones externas con otras empresas, que formaliza mediante la estipulación de muy diversos tipos de contratos (préstamos, suministros, ventas, etc.). De entre estas relaciones externas,

<sup>33</sup> Véase artículo 13.1 del ET.

<sup>34</sup> Véase artículo 1.2.a) del citado Real Decreto 1438/1985, de 1 agosto.

<sup>35</sup> Véase M. ALONSO OLEA y M<sup>º</sup>.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Civitas (Madrid, 2005), pág. 263.

las únicas que interesan a la legislación laboral son las que se formalizan por medio de *contratas de obras y servicios*, estipuladas entre una empresa contratista y la empresa contratante (también llamada empresa principal). Según el artículo 42.1 del ET, estas *contratas de obras y servicios* sólo resultan laboralmente relevantes cuando se refieren a la «realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad» de la empresa principal<sup>36</sup>. A estos efectos, la delimitación de lo que deba entenderse por «propia actividad» —que es un tema muy dependiente de los hechos y circunstancias de cada caso<sup>37</sup>— la efectúa el propio artículo 42 del ET, sobre la base de dos índices. En primer lugar, uno de carácter positivo, de acuerdo con el cual son *contratas correspondientes a la propia actividad* aquellas que exigen que «los trabajadores del contratista... estén prestando servicios [en la empresa principal]» (artículo 42.3)<sup>38</sup>. En segundo lugar, un índice de carácter negativo, de acuerdo con el cual no constituyen como *regla contratas de la propia actividad* las que se refieran a trabajos de «construcción o reparación» encargados por la empresa principal (artículo 42.2, párrafo 2º).

En esta línea, «será actividad propia de la empresa la que consista en obras o servicios necesarios para cumplir su objetivo, bien se trate de actividad principal de la empresa (como claramente es la fontanería para la construcción) o de funciones accesorias o secundarias, pero imprescindibles para que la empresa funcione, de tal manera que, si no se hacen a través de una contrata, la empresa principal tiene que realizarlas para alcanzar sus objetivos»<sup>39</sup>. Este es el caso, por ejemplo, de un Colegio Mayor Universitario que, teniendo como actividad principal tanto la colaboración en la formación de los alumnos, como su alojamiento y manutención, proporcionándoles desayuno, comida y cena, suscribe con otra empresa un contrato de arrendamiento de sus servicios de comedor y cafetería<sup>40</sup>.

El citado índice de carácter positivo aparece contemplado expresamente en el artículo 24.1 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales —relativo a que «cuando en un mismo centro desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales»—, y determina que tanto la empresa principal como la contratista deban informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los extremos a que alude el propio artículo 42 del ET, en sus apartados 3, 4 y 5. Por su parte, el índice de carácter negativo aparece también previsto en el artículo 42.2, párrafo 2º, del ET, al declarar que «no habrá responsabilidad por los actos

<sup>36</sup> Véase su primer inciso.

<sup>37</sup> Véase J. GARATE CASTRO, «Reflexiones sobre las responsabilidades laborales y de Seguridad Social del comitente en la contratación de obras y servicios», en *Problemas de la Ciencia Jurídica. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Puy Muñoz*, t. I, Universidad (Santiago de Compostela, 1991), págs. 281 y ss.

<sup>38</sup> Véase su primer inciso.

<sup>39</sup> Véase STSJ Andalucía (Granada) de 15 diciembre 1997 (Ar. 4980).

<sup>40</sup> Véase STSud de 24 noviembre 1998 (Ar. 10034).

del contratista... cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial», aunque en este último caso la LGSS prevea la posible exigencia de unas muy concretas responsabilidades subsidiarias de Seguridad Social a la empresa contratante<sup>41</sup>.

La propia LGSS afirma que «no habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda»<sup>42</sup>. En concordancia con este precepto de Seguridad Social, el ET afirma que «no habrá responsabilidad por los actos de contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda»<sup>43</sup>.

En estos casos, la legislación laboral interviene para obligar al empresario principal a cerciorarse de la solvencia empresarial de los contratistas de su propia actividad. De ahí, según el artículo 42 del ET: 1) que el empresario principal deba «comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social»<sup>44</sup>, pues si no lo comprueba, incurre en «responsabilidad» —ni el ET ni la LGSS aclaran de qué tipo—, no quedando más remedio que reputarla de naturaleza «subsidiaria», con el contratista por sus deudas *previas a la contrata* contraídas con la Seguridad Social<sup>45</sup>; y 2) que el «empresario principal... durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas... con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el *período de vigencia de la contrata*»<sup>46</sup>.

La comprobación de que los contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social se realiza recabando «por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables»<sup>47</sup>, transcurridos los cuales, «quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante»<sup>48</sup>.

---

<sup>41</sup> Véase artículo 127.1, párrafo 1º, de la LGSS, según el cual «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo dispuesto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente».

<sup>42</sup> Véase su artículo 127.1, párrafo 2º.

<sup>43</sup> Véase su artículo 42.2, párrafo 2º.

<sup>44</sup> Véase su apartado 1.

<sup>45</sup> Como se sabe, la solidaridad nunca se presume (cfr. artículo 1137 del Código Civil).

<sup>46</sup> Véase su apartado 2.

<sup>47</sup> Véase artículo 42.1 del ET. En igual sentido, véase artículo 10.3.b) del Real Decreto 1637/1995, de 6 octubre.

<sup>48</sup> Véase artículo 42.1 del ET.

Esta responsabilidad solidaria del empresario principal durante el año siguiente a la terminación de la contrata, por las deudas salariales del contratista, solamente se refiere a las deudas de tal clase definidas por el artículo 26 del ET, que trata precisamente «del salario»<sup>49</sup>. Se excluyen, por tanto, la percepciones de naturaleza no salarial (como, por ejemplo, las indemnizaciones por despido)<sup>50</sup>, y también, según la jurisprudencia laboral tradicional, igualmente los salarios de tramitación<sup>51</sup>.

El artículo 42 del ET también menciona repetidamente al empresario «subcontratista»<sup>52</sup>, que es un empresario con quien ha contratado, a su vez, el contratista, y respecto del cual el propio contratista pasa a convertirse, también a su vez, en empresario principal<sup>53</sup>. Se trata, por tanto, de un fenómeno de contratas en cadena, que hace responder igualmente al empresario principal primero del contratista, tanto respecto de las deudas de este último como de las del «subcontratista»<sup>54</sup>.

Todas estas cautelas resultan, sin embargo, insuficientes en los supuestos de tráfico de mano de obra. Están regulados en el artículo 43 del ET —con la rúbrica «Cesión de trabajadores»<sup>55</sup>—, y ocurren cuando una empresa necesita contratar trabajadores, pero no quiere ampliar plantilla. En este caso, lo que hace es estipular con otra empresa una contrata simulada o ficticia de obras o servicios, que le permite utilizar los trabajadores de la contratista ficticia, que esta última le cede para que trabajen en sus instalaciones, sin necesidad de contratarlos. Si estos trabajadores logran probar judicialmente —siempre durante la vigencia de la contrata simulada— que la empresa contratista era una empresa ficticia (o mero traficante de mano de obra), entonces —sin perjuicio de la existencia de otras posibles responsabilidades— estos «trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección en la empresa cedente o cesionaria» (artículo 43.4, inciso primero).

Para probar que la empresa cedente era una empresa ficticia, dichos trabajadores deberán acreditar —según la jurisprudencia tradicional— alguno de los tres indicios siguientes: 1) la «falta de infraestructura empresarial» de la empresa cedente, probando, por ejemplo, que carecía de maquinaria para la realización de los trabajos objeto de la supuesta contrata, o que carecía de centro de trabajo propiamente dicho, no pudiendo considerarse tal una simple oficina donde se evacuaban meras labores de carácter administrativo<sup>56</sup>; 2) la

<sup>49</sup> Monográficamente sobre este último tema, a propósito siempre de las responsabilidades en materia de contratas, véase STSud de 1 febrero 2006 (Ar. 924).

<sup>50</sup> Véanse SsTSud de 19 enero 1998 (Ar. 998) y 20 mayo 1998 (Ar. 4738), y STSJ Castilla y León (Valladolid) de 26 noviembre 2002 (Jur. 32310 de 2003).

<sup>51</sup> Véanse SsTSud 14 julio 1998 (Ar. 8544), 26 diciembre 2000 (Ar. 1880 de 2001) y 23 enero 2001 (Ar. 2062).

<sup>52</sup> Véanse sus apartados 2, 3, 4, 5, 6 y 7.

<sup>53</sup> Sobre el tema, véase G. BARREIRO GONZALEZ, «Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas (En torno al artículo 42)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), págs. 889 y ss.

<sup>54</sup> Véase, con cita expresa de diversas SsTS, una STSJ Cataluña de 18 julio 2003 (Ar. 2902).

<sup>55</sup> Véase A. MARTÍN VALVERDE, «Cesión ilegal de trabajadores», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. I, Civitas (Madrid, 1995), págs. 1026 y 1027.

<sup>56</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, *El empresario aparente*, Civitas (Madrid, 1992), pág. 35.



«falta de efectiva gestión empresarial» de la supuesta contratista, probando, por ejemplo, que no tenía encargados, ni mandos intermedios, ni técnicos cualificados para dirigir los trabajos objeto de la supuesta contrata, de modo que los trabajadores cedidos estaban totalmente sujetos al poder directivo de la empresa cesionaria, de cuyos directivos, técnicos, mandos intermedios, etc., dependían totalmente<sup>57</sup>; y 3) la «falta de actividad empresarial específica y complementaria» de la empresa cedente respecto de la empresa cesionaria, cosa que ocurre, por ejemplo, cuando los trabajadores cedidos eran utilizados por la empresa cesionaria para realizar trabajos inespecíficos (normales y permanentes en la empresa cesionaria), cuando los trabajadores cedidos realizaban el mismo trabajo que el personal de la empresa cesionaria (mezclado con él, fichando con él, etc.) o, también muy claramente, cuando eran utilizados por la empresa cesionaria para realizar trabajos distintos de los contemplados en la supuesta contrata<sup>58</sup>. Esta jurisprudencia aparece hoy sancionada por el artículo 43 del ET, a cuyo tenor «se incurre en la cesión ilegal de los trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: 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»<sup>59</sup>.

Si logran acreditar estos indicios, los trabajadores podrán ser judicialmente declarados hijos y sus «derechos y obligaciones ... en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste los servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal»<sup>60</sup>.

Los empresarios cedente y cesionario condenados por tráfico de mano de obra, aparte de que «responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social»<sup>61</sup>, pueden ser sancionados penalmente<sup>62</sup> y, además, administrativamente con multa de como máximo 90.151,82 euros, habida cuenta que la «cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente» aparece tipificada como infracción «muy grave» por la LISOS<sup>63</sup>.

**§4. Los grupos de empresas** —que muy frecuentemente son grupos de sociedades— son otro fenómeno empresarial que eventualmente puede llegar a llamar también la atención del laboralista<sup>64</sup>. En principio, estos grupos plantean una problemática jurídica meramente mercantil, de manera que por el mero hecho de que un trabajador haya sido contratado por una empresa agrupada (que es la que le paga su salario y cotiza por él a la Seguridad Social), ello no determina que el trabajador en cuestión deba ser considerado trabajador del grupo o de la empresa dominante de

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pág. 36.

<sup>59</sup> Al respecto, véase J.R. MERCADER UGUINA, «La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida», en J. CRUZ VILLALON (coordinador), *La Reforma Laboral de 2006. Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, Lex Nova (Valladolid, 2006), págs. 155 y ss.

<sup>60</sup> Véase artículo 43.4, inciso segundo, del ET.

<sup>61</sup> Véase artículo 43.3 del ET.

<sup>62</sup> Artículo 312 del Código Penal.

<sup>63</sup> Véase su artículo 8.2.

<sup>64</sup> Con sugerente análisis desde la perspectiva del Derecho común, véase C. MOLINA NAVARRETE, *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*, Publicaciones del Real Colegio de España (Bologna, 1995), págs. 21 y ss.

éste. De ahí que los grupos de empresas no aparezcan regulados en el ET —aunque contenga algunas referencias marginales a los mismos—, hasta el punto incluso de que la negociación de convenios colectivos propios de grupos de empresas, que es algo extraordinariamente frecuente en la España de hoy, ni siquiera encaja en la regulación que de los convenios colectivos realiza el propio ET<sup>65</sup>.

Los grupos de empresas son una realidad prácticamente ignorada por nuestra legislación laboral de carácter general, resultando excepcionales las dos alusiones a los mismos contenidas en los artículos 44.10 y 51.14 del ET<sup>66</sup>, y las cuatro contenidas en los artículos 16.5, 80.1.b), 82.3.a) y 247.2 de la LPL<sup>67</sup>. Sólo alguna norma laboral muy específica también con rango de ley se atreve a definir, aunque a sus peculiares efectos, lo que debe entenderse por esta realidad empresarial. Así, la Ley 10/1997, de 24 abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, delimita lo que sean los «grupos de empresas de dimensión comunitaria» utilizando la idea de «control», pues a los efectos de esta ley «se considera “empresa que ejerce el control” a aquella que pueda ejercer una influencia dominante sobre otra, que se denominará “empresa controlada”, por motivos de propiedad, participación financiera, estatutos sociales u otros»<sup>68</sup>.

Existe, sin embargo, una relativamente abundante jurisprudencia laboral sobre el tema. Esta jurisprudencia registra, por ejemplo, que un grupo de empresas puede crearse por segregación de las actividades que venía desarrollando una sola empresa, que continúa actuando como empresa matriz del grupo por ella creado<sup>69</sup>. Registra, también, la negociación de convenios colectivos propios de grupos de empresas, que encaja en el ET, a pesar de su clamorosa falta de regulación de este fenómeno<sup>70</sup>. Y registra, sobre todo, la exigencia de responsabilidades laborales frente al grupo por parte de los trabajadores formalmente pertenecientes sólo a una empresa agrupada. En este último caso, la demanda de los trabajadores puede llegar a prosperar si acreditan que la empresa agrupada era, en realidad, una empresa ficticia —interpuesta entre ellos y el grupo, por decisión de este último, aunque no exista intención ninguna de fraude de ley—, a cuyo efecto los tribunales laborales suelen exigirles que prueben la concurrencia

<sup>65</sup> Sobre esto, véase *infra*, Tema 28, §7.

<sup>66</sup> En los que se habla de «empresas que ejerzan el control», de «empresa que ejerza el control» y de «empresa que tomó la decisión».

<sup>67</sup> Que únicamente matizan que se trata de «grupos sin personalidad».

<sup>68</sup> Artículo 4.1.

<sup>69</sup> Sobre escisión de sociedades, con interesante reflexión de Derecho comparado, véase J. VASCONCELOS, *A Cisão de Sociedades*, Universidade Católica Editora (Lisboa, 2001), págs. 39 y ss.

<sup>70</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «La jurisprudencia laboral sobre negociación colectiva y grupos de empresas», en *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Madrid, 2003), págs. 13 y ss.

de alguno o algunos de los tres indicios siguientes<sup>71</sup>, relativos a que entre las diversas empresas pertenecientes al grupo había: 1) «unidad de plantilla», existente cuando los trabajadores en cuestión prestaban, por ejemplo, servicios a las diversas empresas agrupadas<sup>72</sup>; 2) «unidad de dirección», existente cuando la empresa agrupada a la que formalmente pertenecían era, en realidad, una empresa laboralmente sujeta a otra, la dominante del grupo, que era la que ejercía el control sobre ella<sup>73</sup>; y 3) «unidad de caja», existente en los casos de confusión patrimonial entre las diversas empresas agrupadas, que suele adquirir relevancia laboral cuando la empresa a la que formalmente pertenecía el trabajador había entrado en situación de crisis, pero siendo solvente el grupo en su conjunto<sup>74</sup>.

Generalmente estos pleitos suelen plantearse ante la jurisdicción laboral reclamando por despidos o por salarios, aunque no siempre. Otras veces se plantean, por ejemplo, a causa de que la «externalización» de las actividades de una empresa (lo que, con un tecnicismo anglosajón de moda, se conoce como «*outsourcing*»), que da lugar a la creación de un grupo de empresas, es mirada con recelo por los trabajadores adscritos a las actividades externalizadas, que pleitean para que se declare la existencia de una cesión ilegal de trabajadores prohibida por el artículo 43 del ET. Sobre el tema, resulta decisiva una STS de 27 octubre 1994 (Ar. 8531) —posteriormente reiterada<sup>75</sup>—, relativa a la constitución por la empresa «IBM, SA» de una sociedad filial «encargada de la prestación a los clientes de los servicios de desarrollo, explotación y gestión de los sistemas de información», y a la que se adscribieron los «trabajadores de tres centros distintos de trabajo». En este caso, el TS declaró que existía una verdadera «unidad productiva autónoma» —traspasada a la filial, con amparo en el artículo 44 del ET—, confirmando expresamente que la decisión de «especializar y dar autonomía a la gestión, mediante la creación de una sociedad filial encargada de proporcionar estos servicios al mercado... es una decisión plenamente lícita que corresponde a la esfera propia del principio de libertad de empresa».

Cuando los tribunales laborales consideran responsable al grupo de empresas frente al trabajador, dado que el grupo en cuestión suele carecer en cuanto tal de personalidad jurídica única, declaran sistemáticamente que el conjunto de empresas agrupadas responde solidariamente frente a dicho trabajador. A ello parece oponerse el tenor del artículo 1137 del Código Civil, según el cual «la concurrencia... de dos o más deudores en una sola obligación no implica que... cada uno de estos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma», pues «sólo habrá lugar a

<sup>71</sup> La existencia de estos tres indicios puede deducirse asimismo del examen de nuestra práctica convencional sobre grupos de empresas con convenio colectivo propio. Véase, al respecto, A. ARUFE VARELA, «Las condiciones de trabajo y empleo en el contenido de los convenios colectivos de grupos de empresas», en *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, cit., págs. 63 y ss.

<sup>72</sup> Véanse SsTS de 4 marzo 1985 (Ar. 1270) y 7 diciembre 1987 (Ar. 8851).

<sup>73</sup> Véanse SsTS de 5 marzo 1985 (Ar. 1274) y 17 julio 1985 (Ar. 3797).

<sup>74</sup> Véase STS de 9 febrero 1987 (Ar. 800).

<sup>75</sup> Véase STS de 20 enero 1997 (Ar. 618).

esto cuando la obligación expresamente lo determine constituyéndose con el carácter de solidaria»<sup>76</sup>. Pero, a pesar de la falta de existencia de ley laboral que expresamente prevea esta responsabilidad del grupo, se trata de una condena plenamente justificada precisamente por ministerio de la ley, pues —sobre la base de que el grupo era jurídicamente verdadero «mandante» y de que la concreta empresa agrupada, a que formalmente pertenecía el trabajador, tenía el carácter jurídico de «mandatario» de dicho grupo— resulta entonces plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 1717 del Código Civil, según el cual «si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas *solidariamente* para todos los efectos del mandato»<sup>77</sup>.

A diferencia del ET, la LCT-1944 preveía no sólo el grupo de trabajadores con un único contrato, sino también el contrato único de un grupo de empresarios con un trabajador, al declarar que «se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquel por virtud del cual *una o varias personas* participan en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, obligándose a ejecutar una obra o a prestar un servicio a *uno o varios empresarios* o a una persona jurídica de tal carácter bajo la dependencia de éstos, mediante una remuneración, sea la que fuere la clase o forma de ella» (artículo 1).

**§5.** En fin, también llaman la atención de los laboristas, pero ahora por razones exclusivamente procesales, determinadas empresas mercantiles actuantes en el terreno de lo que genéricamente se denomina «*economía social*»<sup>78</sup>. Se trata de empresas en las que las mismas personas son, en principio, quienes trabajan y quienes organizan la empresa —y quienes ostentan, por tanto, la titularidad de la misma—, lo que provoca un relativo acercamiento de estos «socios trabajadores» y «socios de trabajo» al régimen jurídico propio de los trabajadores dependientes, con la consiguiente atribución de sus asuntos contenciosos, en cuanto que también trabajan, a la jurisdicción laboral<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El empresario aparente*, cit., pág. 50.

<sup>77</sup> *Ibidem*, págs. 51 y 52.

<sup>78</sup> La expresión la utiliza, por ejemplo, el artículo 3.1.5 de la Ley 42/1997, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Con ella pretende aludirse a empresas que carecen de «un interés principalmente especulativo o de capital y están orientadas a la satisfacción de necesidades de trabajo de sus socios, a la participación con preeminencia del trabajo frente a cualquier otro factor de producción, y a la solidaridad» (véase M. GARCIA JIMENEZ, *Autoempleo y trabajo asociado: el trabajo en la economía social*, Universidad [Córdoba, 2001], pág. 21).

<sup>79</sup> La LISOS considera sujetos responsables de las infracciones administrativas que regula a «las cooperativas con respecto a sus socios trabajadores y socios de trabajo» (artículo 2.6), dando por supuesto que los primeros lo son de cooperativas de trabajo asociado, y los segundos de otros tipos distintos de cooperativas. Sobre la naturaleza jurídica de esta particular relación, véase K.M. SANTIAGO REDONDO, *Socio de cooperativa y relación laboral*, *Ibidem* (Madrid, 1998), págs. 31 y ss.

La única alusión expresa a este tema que aparece contenida en la CE se refiere a lo siguiente: «Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción» (artículo 129.2). Las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía, han asumido competencia sobre el mismo, al amparo de lo que previene el artículo 149.3 de la propia CE<sup>80</sup>.

Aquí se incluyen, ante todo, las que la Ley 27/1999, de 16 julio, de Cooperativas, denomina «cooperativas de trabajo asociado»<sup>81</sup>, que son «las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros»<sup>82</sup>. En estas peculiares cooperativas, respecto de las cuestiones contenciosas que se produzcan entre los socios cooperativistas de trabajo —que son verdaderos socios industriales— y sus cooperativas (sobre percepciones económicas, jornada, régimen disciplinario, etc.)<sup>83</sup>, se afirma en dicha Ley que «se someterán ante la Jurisdicción del Orden Social»<sup>84</sup> —a pesar de que «la relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria»<sup>85</sup>—, tras «el agotamiento de la vía cooperativa previa, durante la cual quedará en suspenso el cómputo de plazos de prescripción o caducidad para el ejercicio de acciones»<sup>86</sup>.

Con independencia de ello, las cooperativas de trabajo asociado también pueden contratar personas en virtud de contratos de trabajo, en cuyo caso adquieren la condición laboral de empresario, aunque «el número de horas/año realizadas por trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena no podrá ser superior al 30 por 100 del total de horas/año realizadas por los socios trabajadores»<sup>87</sup>.

<sup>80</sup> Véase, al respecto, artículo 38, párrafo 1º, de la LISOS.

<sup>81</sup> Demuestran la permanente y solvente atención al tema por parte de nuestra doctrina laboralista, por ejemplo, F. VALDES DAL-RE, *Las cooperativas de producción (Un estudio sobre el trabajo asociado)*, Montecorvo (Madrid, 1975), págs. 23 y ss.; A. MONTOYA MELGAR, «Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado», en el Vol. *Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos (Madrid, 1980), págs. 139 y ss.; M.C. ORTIZ LALLANA, *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de Trabajo Asociado*, Bosch (Barcelona, 1989), págs. 1 y ss.; y J. LOPEZ GANDIA, *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2006), págs. 11 y ss.

<sup>82</sup> Artículo 80.1.

<sup>83</sup> Sobre estas cuestiones, véanse sus artículos 80.4, 80.5, 82 y 83.

<sup>84</sup> Artículo 80.1, párrafo 1º.

<sup>85</sup> Artículo 80.1.

<sup>86</sup> Artículo 87.3. Véase, además, artículo 2.ñ) de la LPL. A pesar del tenor literal de este precepto, téngase en cuenta que el artículo 13.4, párrafo 2º, de la Ley 27/1999 afirma que «serán de aplicación a los socios de trabajo las normas establecidas en esta Ley para los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, con las salvedades establecidas en este artículo».

<sup>87</sup> Artículo 80.7. Este mismo precepto relaciona hasta siete supuestos que «no computarán en este porcentaje».

Diferentes de las cooperativas de trabajo asociado, aunque también deben encuadrarse en el marco de la «economía social», son las llamadas sociedades laborales, en las que los «socios trabajadores» son a la vez verdaderos socios y verdaderos trabajadores asalariados. Según la Ley 4/1997, de 24 marzo, «las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido podrán obtener la calificación de “Sociedad Laboral”»<sup>88</sup>. Acerca de la afirmación de la LPL de que los «órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones contenciosas que se promuevan... entre las sociedades... anónimas laborales y sus socios trabajadores, por su condición de tales»<sup>89</sup>, la citada Ley 4/1997 matiza que «las referencias contenidas en el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral... sobre sociedades anónimas laborales se entenderán hechas, en lo sucesivo, a las Sociedades Laborales»<sup>90</sup>.

En ellas, también pueden coexistir los recién citados «socios trabajadores» junto a trabajadores asalariados no socios empleados por la Sociedad Laboral, aunque, como regla general, «el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios, no podrá ser superior al 15 por 100 del total de horas-año trabajadas por los socios trabajadores»<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Artículo 1.1.

<sup>89</sup> Artículo 2.ñ).

<sup>90</sup> Disposición adicional 4ª, párrafo 1º.

<sup>91</sup> Artículo 1.2.

---

**TEMA 11**  
**EL TRABAJADOR**

---

**Xosé Manuel Carril Vázquez**

**Sumario:** §1. Concepto jurídico de trabajador. §2. La relevancia social de los trabajadores. §3. Criterios jurídicos para la clasificación de los trabajadores. §4. Por razón del régimen jurídico laboral. Trabajadores de régimen común y trabajadores sujetos a relaciones laborales especiales. §5. Por razón del régimen jurídico de Seguridad Social. Trabajadores del régimen general y trabajadores (del mar, agrícolas y de la minería del carbón) con regímenes especiales de Seguridad Social.

§1. Desde un punto de vista jurídico-laboral, a diferencia de lo que ocurre en el lenguaje corriente —en el que toda persona que trabaja es trabajador—, sólo son «trabajadores» las personas 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» (artículo 1.1 del ET). Siempre desde este peculiar punto de vista jurídico, se trata, por tanto, de la persona que presta servicios a otra en virtud de un contrato de trabajo.

Este artículo 1.1 del ET debe leerse en conjunción con el artículo 1.3 y la disposición final primera, ambos del propio ET, que detallan hasta ocho concretos supuestos de trabajos —prestados por quienes no son, a nuestros efectos, «trabajadores»—, ya analizados, excluidos del ámbito de aplicación de la legislación laboral<sup>1</sup>.

A nuestros efectos, el trabajador es necesariamente una persona física, natural o de carne y hueso. Lo confirma de manera implícita el citado artículo 1.1 del ET, al contraponer la persona del trabajador a «otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». De manera muy explícita, lo confirma también la legislación de Seguridad Social, al impedir la afiliación y la cotización de grupos de trabajadores en cuanto que tales grupos, pues —según ella— sólo cabe la afiliación y la cotización de trabajadores que sean personas físicas.

---

<sup>1</sup> Véase *supra*, Tema 4.

A pesar de que el artículo 10.2 del ET menciona como una modalidad del contrato de trabajo el «contrato de grupo»<sup>2</sup>, este precepto resulta ser no sólo letra vieja<sup>3</sup>, sino sobre todo letra muerta, incluso desde el punto de vista de la legislación de Seguridad Social<sup>4</sup>. En efecto, esta última única y exclusivamente permite la afiliación de «cada ciudadano» (con su nombre y apellidos, DNI, etc.) y la cotización por «cada uno» de los trabajadores<sup>5</sup> —a diferencia de lo que ocurre con los empresarios, respecto de los que se permite la inscripción de grupos de empresas, comunidades de bienes, entes sin personalidad, etc.<sup>6</sup>—, hasta el punto incluso de que en el caso de «los artistas, intérpretes o ejecutantes que participen colectivamente en una misma actuación, tales como los componentes de un grupo musical, coro, orquesta, ballet o compañía de teatro»<sup>7</sup> —que parece, doctrinalmente hablando, un supuesto de libro de contrato de trabajo de grupo—, la cotización ha de efectuarla necesariamente el empresario de espectáculos públicos por «cada artista»<sup>8</sup>.

En realidad, el contrato de trabajo de grupo —que la jurisprudencia laboral más reciente considera como figura que «ha caído en desuso»<sup>9</sup>—, al igual que el caso del auxiliar asociado (artículo 10.3 del ET)<sup>10</sup>, viene a ser un supuesto de trabajo en común, no tanto a iniciativa del propio empresario (artículo 10.1 del ET)<sup>11</sup>, sino más bien a iniciativa de un trabajador (que es el «auxiliado», en el caso del auxiliar asociado, y el «jefe», en el caso del grupo o equipo).

**§2.** Así conceptuados, los trabajadores resultan ser el estrato social más relevante del conjunto de la población española. En efecto, sobre un total de más de 40 millones de habitantes —lo que nos coloca, en el seno de la Unión Europea, en una posición intermedia-alta junto a Polonia, y por debajo de Alemania, Francia, Reino Unido e Italia—, resulta que existen más de 12 millones de trabajadores, cuyos salarios

<sup>2</sup> Según él, «si el empresario hubiese celebrado un contrato con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad, no tendrá frente a cada uno de sus miembros los derechos y deberes que como tal le competen. El jefe del grupo ostentará la representación de los que lo integren, respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación».

<sup>3</sup> La regulación del tema se remonta, por lo menos, a la LCT-1931, aunque con una gran confusión terminológica, visto que lo entremezclaba con la regulación del convenio colectivo. Sobre esto, clásico, véase M. ALONSO OLEA, *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1955), págs. 18 y ss.

<sup>4</sup> Sobre el tema, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «La decadencia de una vieja modalidad contractual laboral: el contrato de trabajo de grupo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 128 (2005), págs. 459 y ss.

<sup>5</sup> Véase artículo 104.2 de la LGSS, artículo 22.4, párrafo 2º, del reglamento sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre; y artículo 21.1, párrafo 1º, del reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de los trabajadores, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero.

<sup>6</sup> Véase *supra*, Tema 10, §1.

<sup>7</sup> Véase artículo 111 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril.

<sup>8</sup> Véase artículo 32.5 del Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre. El ET ni siquiera exige la constancia por escrito de esta vieja figura (véase su artículo 8.2), aunque contiene una enigmática —y quizá jurídicamente insostenible— alusión a la misma en su artículo 13.5, según el cual «los trabajadores a domicilio podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley, salvo que se trate de un grupo familiar».

<sup>9</sup> Véase STSJ Canarias (Las Palmas) de 26 noviembre 1999 (Ar. 1268 de 2000).

<sup>10</sup> Según el cual, «si el trabajador, conforme a lo pactado por escrito, asociare a su trabajo un auxiliar o ayudante, el empresario de aquél lo será también de éste».

<sup>11</sup> Según el cual, «si el empresario diera un trabajo en común a un grupo de sus trabajadores, conservará respecto de cada uno, individualmente, sus derechos y deberes».



(tanto por la vía de las cotizaciones a la Seguridad Social como por la del impuesto sobre la renta de las personas físicas) constituyen el soporte económico, basado en la solidaridad intergeneracional, del grueso de los más de 8 millones de pensionistas que también hay en España.

Estas grandes cifras, y muchas otras, son las que se tienen en cuenta en el crucial y quizá tranquilizador «Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo. Texto del Informe y votos particulares», especialmente en sus detallados cuadros estadísticos<sup>12</sup>.

§3. Evidentemente, no resulta sencillo clasificar esa masa inmensa de trabajadores actualmente existente en España<sup>13</sup>, aunque es claro que algunos criterios clasificatorios, siempre de carácter jurídico, deben quedar descartados. Tal es el caso, por ejemplo, del criterio que permite distinguir trabajadores «manuales» (o por traducción directa del inglés *blue collar*, trabajadores de «cuello azul») e «intelectuales» (o también, por traducción directa del inglés *white collar*, trabajadores de «cuello blanco» almidonado), distinción superada en España a partir de 1931<sup>14</sup>, aunque todavía queden algunos rastros de ella en nuestra vigente legislación laboral y de Seguridad Social. También es el caso del criterio que permite distinguir entre trabajadores «representados» y «representantes» (esto es, miembros de comités de empresa, delegados de personal, delegados sindicales, etc.), puesto que aun tratándose de una distinción crucial desde el punto de vista de la política empresarial de gestión de personal —dado el carácter de «intocables» de tales representantes, por causa del complejo sistema de garantías que, por pura lógica, la legislación laboral les reconoce—, la taxonomía que de ella se deriva no resulta útil a efectos clasificatorios, dado que el número de representantes es clamorosamente inferior al de los muchos millones de trabajadores representados. Y lo mismo cabe afirmar del criterio clasificatorio que permite oponer trabajadores «a domicilio» y el resto de trabajadores, pues aun siendo verdad que la informática tiende a revitalizar —por la vía del «teletrabajo»<sup>15</sup>— la arcaica figura del trabajador «a domicilio», también es cierto que al día de hoy los trabajadores siguen siendo en su inmensa mayoría trabajadores «presenciales».

<sup>12</sup> Publicado en el *Boletín Oficial de Las Cortes Generales-Congreso de los Diputados*, Serie D, de 2 octubre 2003, núm. 596, págs. 1 y ss.

<sup>13</sup> Sobre las dificultades del tema, también en Portugal, véase B. XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, Verbo (Lisboa, 1992), págs. 315 y ss.

<sup>14</sup> Véase *supra*, Tema 6, §4.

<sup>15</sup> Véase L. MELLA MENDEZ, «Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo», *Aranzadi Social*, 1998-V, págs. 641 y ss.

El ET regula la figura del trabajo a domicilio en su artículo 13, afirmando que «tendrá la consideración de contrato de trabajo a domicilio aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario» (apartado 1), e indicando —por razones históricas, relativas a las penosísimas condiciones de seguridad e higiene en que estos trabajadores desarrollaban su trabajo— que «todo empresario que ocupe trabajadores a domicilio deberá poner a disposición de éstos un documento de control de la actividad laboral que realicen, en el que debe consignarse el nombre del trabajador, la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados y cuantos otros aspectos de la relación laboral interesen a las partes» (apartado 4). Esta rancia figura, propia de trabajadores destajistas o que cobran por unidad de obra, ha sido revitalizada —en el plano del Derecho de la Unión Europea— por el denominado «Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo» de 16 julio 2002 (suscrito en Bruselas por la CES, del lado sindical, y por la UNICE-UEAPME y CEEP, del lado patronal)<sup>16</sup>, en el que se afirma, entre otras muchas cosas, que cabe perfectamente que el «teletrabajador»<sup>17</sup> trabaje «en su domicilio» (artículo 8). Evidentemente, el ET se equivoca al considerar el trabajo «a domicilio» como una modalidad del contrato de trabajo (es sólo un tipo peculiar de trabajador, con un contrato de trabajo común), del mismo modo que carecería de todo sentido jurídico hablar de «contrato de trabajo *presencial*».

En cuanto a la distinción citada entre trabajadores «manuales» y trabajadores «intelectuales», quedan rastros de la misma en el ET, en su artículo 14.1, a propósito de la duración del período de prueba, al distinguir entre trabajadores «técnicos titulados» y «trabajadores que no sean técnicos titulados»; en su artículo 21.1, a propósito del pacto de no competencia postcontractual, al hablar de «técnicos» y «los demás trabajadores»; en su artículo 71.1, a efectos de las elecciones a comités de empresa, al distribuir los trabajadores electores y elegibles «en dos colegios, uno integrado por los técnicos y administrativos [trabajadores intelectuales] y otro por los trabajadores especialistas y no cualificados [trabajadores manuales]». Por su parte, en las normas de cotización a la Seguridad Social también se refleja esta distinción, señaladamente en el reglamento aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre, cuyo artículo 26.2 establece diversos grupos de cotización que oscilan entre el núm. 1 («Ingenieros y Licenciados») y el núm. 10 («Peones»).

Descartados estos criterios, quizá el más útil para clasificar la inmensa masa de millones de trabajadores existente, siempre desde un punto de vista jurídico, sea el relativo al peculiar régimen jurídico unitario que se les aplica. En esta línea, por razón de su régimen jurídico laboral, cabe

<sup>16</sup> Véase L. MELLA MENDEZ, «Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 1 (2003), págs. 21 y ss.

<sup>17</sup> El artículo 2 de este acuerdo marco («Definición y ámbito de aplicación»), después de apuntar que «el teletrabajo es una forma de organización y/o ejecución del trabajo, que utiliza la tecnología de la información, en el contexto de un contrato o relación de trabajo, donde el trabajo, que también podría ser ejecutado en local del empresario, es realizado fuera de este local conforme a unos términos acordados» (párrafo 1º), afirma que «este acuerdo se refiere a los teletrabajadores» (párrafo 2º), indicando que «un teletrabajador es cualquier persona que realiza el teletrabajo tal como como ha sido definido» (*ibidem*). Según una STSud de 22 abril 1996 (Ar. 3334), son verdaderos trabajadores, que están vinculados a su empresario por «una relación laboral de específicas características pero no desnaturalizada en su esencia de prestación de trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena mediante el abono de una retribución». Acerca de analogías y diferencias —algunas discutibles— entre «trabajo a domicilio» y «teletrabajo», véase STS de 11 abril 2005 (Ar. 4060).

distinguir trabajadores de régimen jurídico laboral común y trabajadores de régimen jurídico laboral especial o, con otras palabras, trabajadores que están sujetos a relaciones laborales especiales (cfr. *infra*, §4); y por razón de su régimen jurídico de Seguridad Social, cabe distinguir entre trabajadores del régimen general y trabajadores de regímenes especiales de Seguridad Social (cfr. *infra*, §5).

§4. Trabajadores de régimen jurídico laboral común son los que tienen sus derechos y deberes regulados en el Título I del ET, que trata «De la relación individual de trabajo» (artículos 1 a 60), sobreentendiéndose que esta relación individual del trabajo es, en realidad, el contrato de trabajo «común». Frente a ellos, trabajadores de régimen jurídico laboral especial son los mencionados en el artículo 2 del ET —con el rótulo «Relaciones laborales de carácter especial»—, que son trabajadores cuyo régimen de derechos y deberes se encuentra contenido en normas distintas del propio Título I del ET, que suelen ser normalmente reglamentos aprobados por Real Decreto, y a los que el propio ET —después de mencionar en las letras a) a la i) de su artículo 2.1, cuáles son dichas «relaciones laborales de carácter especial»— remite, afirmando que «la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución» (artículo 2.2). Estas relaciones laborales especiales son las siguientes.

El ET-1980 tomó esta figura de las «relaciones laborales de carácter especial» del artículo 3 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y ordenó, además, que el Gobierno debía aprobar en el plazo de dieciocho meses las correspondientes normas reguladoras del régimen jurídico de las mismas, que enumeraba en su propio artículo 2<sup>18</sup>. Pero este mandato solamente se cumplió en el caso de las relaciones laborales especiales de los deportistas profesionales<sup>19</sup> y de los representantes de comercio<sup>20</sup>, por lo que la Ley 32/1984, de 2 agosto, de modificación de determinados artículos del ET-1980, volvió a otorgar al efecto un nuevo plazo al Gobierno<sup>21</sup>, que en esta ocasión sí cumplió.

Las SsTC 48/1983, de 1 junio; 79/1983, de 5 agosto; 26/1984, de 26 febrero, y 20/1994, de 27 enero, han declarado que la regulación separada de las relaciones laborales de carácter especial, al margen de lo que dispone el Título I del ET, no es contraria al artículo 14 de la Constitución<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Véase su disposición adicional 2ª.

<sup>19</sup> Mediante la promulgación del Real Decreto 318/1981, de 5 febrero.

<sup>20</sup> Mediante la promulgación del Real Decreto 2033/1981, de 4 septiembre.

<sup>21</sup> Al declarar que el «Gobierno, en el plazo de doce meses contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, regulará el régimen jurídico de las relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2º, punto 1, de la Ley 8/1980, de 10 marzo, del Estatuto de los Trabajadores» (disposición adicional 1ª).

<sup>22</sup> Véase J. GORELLI HERNANDEZ, «Las contrataciones laborales especiales y las modalizadas», en el vol. *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 483 y ss.

En primer lugar, la relación laboral especial «del personal de alta dirección», mencionada en el artículo 2.1.a) del ET y reglamentada en el Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto<sup>23</sup>. Su especialidad radica en que se trata de «trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa»<sup>24</sup>, aunque no se trata de poderes absolutos para hacer o deshacer, sino más bien de poderes limitados por «los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad»<sup>25</sup>. Y es que si no existiese esta limitación, no podría hablarse de personal laboral de alta dirección, pues quienes tienen poderes absolutos son el empresario y, también, quienes ocupan los cargos de «consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad», que están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la legislación laboral por el artículo 1.3.c) del ET. En cualquier caso, esta especialidad explica que este personal laboral de alta dirección se encuentre en la empresa sometido a una situación relativamente próxima a la de «despido libre», que ocurrirá normalmente cuando se quiebre «la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes»<sup>26</sup>.

El régimen jurídico de esta relación laboral especial ha de completarse no sólo con lo que afirma el citado artículo 1.3.c) del ET, sino también con lo que establece la LGSS a propósito del personal directivo no laboral (excluido, por tanto, del ámbito de aplicación de la legislación laboral), según la cual «estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores *por cuenta propia o autónomos* [no son, por tanto, personal laboral] quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla» (disposición adicional 27<sup>a</sup>).

Sobre esta base, y teniendo en cuenta la doctrina de la STJCE de 16 diciembre 1993 —a propósito de un pleito entablado por cierto alto directivo laboral (apellidado WAGNER MIRET) contra el FOGASA—, otorgando al personal laboral de alta dirección el derecho a una protección equivalente a la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial, cabe reputar personal directivo excluido del ámbito de aplicación de esta relación laboral especial, también

<sup>23</sup> Véase A. BLASCO PELLICER, *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1995), págs. 15 y ss.; y también, M.A. LIMON LUQUE, *Administradores y Directivos de las Sociedades Mercantiles Capitalistas: su Configuración como Relación Laboral y su Encuadramiento en la Seguridad Social*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2004), págs. 25 y ss.

<sup>24</sup> Véase artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Véase exposición de motivos, párrafo 2º, del Real Decreto 1382/1985. En igual sentido, véase su artículo 2.

—visto que están excluidos «de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial»— a «los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas..., cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma» [artículo 97.2.k) de la LGSS]<sup>27</sup>.

El personal laboral de alta dirección se encuentra en situación relativamente próxima a la de «despido libre», puesto que el empresario no necesita alegar expresamente ninguna justa causa para rescindir la relación<sup>28</sup>, aunque debe preavisar la extinción al directivo con «tres meses de antelación»<sup>29</sup> y, además, abonarle una indemnización «equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades»<sup>30</sup>. Esta indemnización puede elevarse por pacto individual expreso entre la empresa y el alto directivo<sup>31</sup>, en cuyo caso se habla de «contrato blindado»<sup>32</sup>.

En segundo lugar, la relación laboral especial «del servicio del hogar familiar», mencionada en el artículo 2.1.b) del ET y reglamentada en el Real Decreto 1424/1985, de 1 agosto<sup>33</sup>. La especialidad de esta relación radica en que se estipula para la realización de tareas domésticas (limpiar, cocinar, hacer recados, etc.) precisamente en un hogar familiar<sup>34</sup>. Aquí la distinción esencial es la existente entre servidores del hogar a tiempo completo y servidores del hogar a tiempo parcial<sup>35</sup> —estos últimos, popularmente llamados «asistentas» por horas, son los que trabajan «durante un tiempo inferior a ochenta horas de trabajo efectivo durante el mes»<sup>36</sup>—, pues el titular del hogar familiar sólo tiene deberes de Seguridad Social, de cuyo incumplimiento responde directamente si se trata de un empleado de hogar a tiempo completo (por

<sup>27</sup> En cambio, y supuesto que detentasen algún tipo de poder, no repelería la inclusión en esta relación laboral especial de «los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control» [artículo 97.2.a) de la LGSS].

<sup>28</sup> Véase artículo 11.1 del Real Decreto 1382/1985, al establecer que «el contrato de trabajo podrá extinguirse por desestimiento del empresario» (párrafo 1º).

<sup>29</sup> Véase artículo 10.1 del Real Decreto 1382/1985, por remisión del artículo 11.1, párrafo 1º, del mismo. En caso de «incumplimiento total o parcial del preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del periodo incumplido» (artículo 11.1, párrafo 2º, del Real Decreto 1382/1985).

<sup>30</sup> Véase artículo 11.1, párrafo 1º, del Real Decreto 1382/1985.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Véase M. ALVAREZ DE LA ROSA, *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Civitas (Madrid, 1990), págs. 82 y ss. Sobre eventual «moderación» por el Juez de lo Mercantil de la indemnización que corresponda al personal de alta dirección en caso de extinción de su relación laboral, véase artículo 65 de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal.

<sup>33</sup> Véase R. QUESADA SEGURA, *El contrato de servicio doméstico*, La Ley (Madrid, 1991), págs. 11 y ss.

<sup>34</sup> Véase exposición de motivos, párrafo 2º, y artículo 1.4 del Real Decreto 1424/1985.

<sup>35</sup> Véase artículo 7 del Real Decreto 1424/1985, relativo precisamente al «tiempo de trabajo».

<sup>36</sup> Véase artículo 49.1.2º del reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la seguridad social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero.

ejemplo, en caso de accidente no laboral, que en el supuesto de este concreto tipo de empleados de hogar también incluye el accidente de trabajo *in itinere*)<sup>37</sup>.

Se trata, en efecto, de una distinción que es crucial, porque los empleados del hogar a tiempo completo deben ser afiliados y dados de alta en la Seguridad Social por el titular del hogar familiar, mientras que, por el contrario, en el caso de los empleados a tiempo parcial, «el obligado a solicitar la afiliación, el alta y la baja... será el propio trabajador al servicio del hogar familiar»<sup>38</sup>.

El empleado del hogar también se encuentra en situación relativamente próxima a la de «despido libre», puesto que el empresario no necesita alegar expresamente ninguna justa causa para rescindir la relación<sup>39</sup>, aunque debe preavisar la extinción a su empleado<sup>40</sup> y, además, abonarle una indemnización «equivalente al salario en metálico correspondiente a siete días naturales multiplicado por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de seis mensualidades»<sup>41</sup>.

Se encuentra excluida de esta relación laboral especial, regulándose por la legislación laboral común, la prestación de servicios domésticos a una comunidad de vecinos (o a «personas jurídicas») <sup>42</sup>, al considerarse que dicha «empresa comunal» no tiene la condición jurídica de «titular del hogar familiar»<sup>43</sup>.

En tercer lugar, la relación laboral especial «de los penados en instituciones penitenciarias», mencionada en el artículo 2.1.c) del ET y reglamentada en el Real Decreto 782/2001, de 6 julio, que se refiere al trabajo productivo realizado por estos penados en «talleres penitenciarios»<sup>44</sup>. En este caso, la especialidad de la relación se explica

<sup>37</sup> Sobre que en este concreto Régimen Especial de Seguridad Social todos los accidentes tienen el tratamiento legal de los accidentes no laborales, véase J. MARTINEZ GIRON, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VAZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo (A Coruña, 2005), pág. 153.

<sup>38</sup> Véase artículo 49.1, párrafo 1º, del reglamento aprobado por Real Decreto 84/1996.

<sup>39</sup> Pues cabe la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por «desistimiento del empleador», según establecen los artículos 9.11 y 10.2 del Real Decreto 1424/1985.

<sup>40</sup> Más en concreto, «en el caso de que la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año, el empleador deberá conceder un plazo de preaviso cuya duración, computada desde que se comunique al trabajador la decisión de extinción, habrá de ser, como mínimo, de veinte días... [y] en los demás supuestos el preaviso será de siete días» (artículo 10.2, párrafo 1º, del Real Decreto 1424/1985).

<sup>41</sup> Véase, por remisión del artículo 10.2, párrafo 2º, el artículo 9.3 del Real Decreto 1424/1985.

<sup>42</sup> Véase artículo 2.1.a) del Real Decreto 1424/1985. Sobre esta particular exclusión, véase M.C. CUEVA PONTE, *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Lex Nova (Valladolid, 2005), págs. 192 y ss.

<sup>43</sup> Véanse STCT de 11 noviembre 1982 (Ar. 6183) y STSJ Madrid de 4 junio 1996 (Ar. 2512). El artículo 2.2, párrafo 2º, del Real Decreto 1424/1985 excluye del ámbito de esta relación laboral especial, salvo prueba en contrario, la actividad denominada «a la par» (*au pair*) —y coloquialmente, de canguro—, que consiste básicamente en la prestación de servicios, como cuidados de niños, enseñanza de idiomas u otros «domésticos», a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos. Téngase en cuenta, según la LGSS, que están incluidos en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social «los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares» [artículo 97.2.b)].

<sup>44</sup> Véase J.A. SOLER ARREBOLA, *La relación laboral especial penitenciaria*, Comares (Granada, 2000), págs. 7 y ss.

por el triple dato de que el penado<sup>45</sup> tiene el «deber» de trabajar<sup>46</sup>, con la finalidad esencial de prepararlo para su «futura inserción laboral... cuando accedan a la libertad»<sup>47</sup>; porque, lógicamente, no puede ser despedido si es que llegase a incumplir gravemente sus deberes laborales; y porque, aunque tenga derecho al salario, no se le entrega materialmente dinero (lo por ellos ganado se ingresa en una «cuenta de peculio»)<sup>48</sup>, por razones de orden y seguridad dentro del establecimiento.

A pesar de que la CE reconoce como «fundamentales» los derechos del penado interno «a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social» (artículo 25.2), el TC —modificando la letra y la sistemática de la propia CE— ha declarado que no son tales, por lo que condicionó su efectividad a los medios de que disponga la Administración Penitenciaria en cada momento, aunque concluya que dicha Administración debe intentar crear y proporcionar puestos de trabajo para todos los reclusos (SsTC 127/1989, de 19 octubre, y 17/1993, de 18 enero 1993).

El que la relación laboral especial penitenciaria no contemple el despido como causa específica de extinción de la misma<sup>49</sup>, ha sido reiteradamente declarado por el TS<sup>50</sup>.

Obviamente, los penados internos están protegidos «por la contingencia de desempleo cuando sean liberados de prisión, en los términos establecidos en el Título III del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social»<sup>51</sup>. Según esta última norma, al penado se le considera beneficiario del «subsidio» asistencial por desempleo, por el hecho de «haber sido liberado de prisión y no tener derecho a la prestación por desempleo, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses»<sup>52</sup>.

En cuarto lugar, la relación laboral especial «de los deportistas profesionales», mencionada en el artículo 2.1.d) del ET y reglamentada en el Real Decreto 1006/1985, de 26 junio<sup>53</sup>. La especialidad de esta relación (que comprende no sólo a los futbolistas, sino también a los baloncestistas, ciclistas, pelotaris, etc., siempre que se dediquen como medio

<sup>45</sup> Téngase en cuenta que los penados «internos en régimen abierto» quedan «sometidos a un sistema de contratación ordinaria con empresarios, que se regulará por la legislación laboral común» (artículo 1.2 del Real Decreto 782/2001).

<sup>46</sup> Véase artículo 26, párrafo 1º, de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 septiembre, General Penitenciaria.

<sup>47</sup> Véase artículo 4.1 del Real Decreto 782/2001. Téngase en cuenta que el «deber» en cuestión también puede comprender «diferentes modalidades de ocupación no productiva que se desarrollen en los establecimientos penitenciarios» (por ejemplo, estudiar, ayudar en los servicios auxiliares del establecimiento, etc.) a que se refiere el artículo 1.3 del Real Decreto 782/2001.

<sup>48</sup> Véase artículo 16.1 del Real Decreto 782/2001.

<sup>49</sup> Véase artículo 10 del Real Decreto 782/2001.

<sup>50</sup> Véanse SsTSud 5 mayo 2000 (Ar. 2771), 25 septiembre 2000 (Ar. 8216) y 30 octubre 2000 (Ar. 9658).

<sup>51</sup> Véase artículo 19 del Real Decreto 782/2001.

<sup>52</sup> Véase artículo 125.1.d) de la LGSS. Véase, también, X.M. CARRIL VAZQUEZ, «Régimen jurídico del subsidio por desempleo de los liberados de prisión», *Tribuna Social*, núm. 77 (1997), págs. 39 y ss.

<sup>53</sup> Véase M. CARDENAL CARRO, *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad (Murcia, 1996), págs. 37 y ss.; y F. RUBIO SANCHEZ, *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson (Madrid, 2002), págs. 31 y ss.

de vida y, por tanto, «profesionalmente» a la práctica del deporte correspondiente) se deriva de que aquí los contratos son siempre «de duración determinada»<sup>54</sup> —lo que resulta del todo lógico, dado que la vida profesional activa de un deportista está siempre limitada en el tiempo—, hasta el punto incluso que si nada se pacta al respecto, hay que entender que el contrato lo es sólo por una «temporada»<sup>55</sup>.

Vista esta limitación de la vida profesional activa del deportista (que a lo mejor, como en el caso del futbolista, a partir de los 30 años puede ya considerarse «viejo»), se comprende la esencial movilidad de este tipo de trabajadores, admitiendo el Real Decreto en cuestión, con gran liberalidad, la existencia de «cesiones» y «traspasos»<sup>56</sup>. Esta movilidad explica, a su vez, que la lealtad del deportista a su club no sea la propia de un trabajador común, sino más bien la que podría predicarse de un «mercenario» (de ahí que se hable en este contexto, por ejemplo, de «opciones de compra» de futbolistas profesionales); lo cual explica, también a su vez, que el deportista profesional esté sujeto a una disciplina laboral especial, pues cabe que el club le imponga «sanciones pecuniarias como consecuencia de incumplimientos contractuales», lo que no cabe en el caso de los trabajadores ordinarios, dado que el artículo 58.3 del ET prohíbe expresamente la «multa de haber»<sup>57</sup>.

En este sector del deporte profesional existen, además, potentes convenios colectivos (por ejemplo, para el fútbol o baloncesto profesionales), aunque peculiares por causa de la inexistencia de órganos de representación legal en el club de los deportistas (esto es, delegados de personal o comités de empresa)<sup>58</sup>.

En quinto lugar, la relación laboral especial de «los artistas en espectáculos públicos», mencionada en el artículo 2.1.e) del ET y reglamentada en el Real Decreto 1435/1985, de 1 agosto<sup>59</sup>. Aquí la especialidad se deriva del dato de la laboralización indiscriminada de todo tipo de artistas, menores y mayores, incluidas las denominadas «figuras», que en buena lógica jurídica deberían ser consideradas trabajadores autónomos.

<sup>54</sup> Véase artículo 6, párrafo 1º, del Real Decreto 1006/1985.

<sup>55</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «Actividades profesionales y organizaciones deportivas y jurisdicción: puntos críticos», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Trabajo y Libertades Públicas*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1999), págs. 132 y ss.

<sup>56</sup> Dado que «durante la vigencia de un contrato los clubes o entidades deportivas podrán ceder temporalmente a otros los servicios... [del] deportista profesional, con el consentimiento expreso de éste» (artículo 11.1 del Real Decreto 1006/1985), teniendo en cuenta que en «el acuerdo de cesión se indicará expresamente la duración de la misma, que no podrá exceder del tiempo que reste de vigencia del contrato del deportista profesional con el club o entidad de procedencia» (artículo 11.3 del Real Decreto 1006/1985).

<sup>57</sup> Véase *infra*, Tema 18, §4. Además, el contrato de trabajo puede extinguirse por «despido del deportista» [artículo 13 h) del Real Decreto 1006/1985]. En caso de «despido improcedente», no cabe la «readmisión», teniendo derecho el deportista profesional «a una indemnización, que a falta de pacto se fijará judicialmente, de al menos dos mensualidades de sus retribuciones periódicas, más la parte proporcional correspondiente de los complementos de calidad y cantidad de trabajo percibidos durante el último año, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, por año de servicio» (artículo 15.1 del Real Decreto 1006/1985).

<sup>58</sup> Véase A. ARUFE VARELA, «Reflexiones acerca de la estructura de la negociación colectiva en el ámbito del deporte profesional», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Trabajo y Libertades Públicas*, cit., págs. 147 y ss.

<sup>59</sup> Véase I. ALZAGA RUIZ, *La relación laboral de los artistas*, CES (Madrid, 2001), págs. 23 y ss.



De ahí que este Real Decreto 1435/1985 considere que también existe relación laboral incluso para la realización de «una» sola actuación<sup>60</sup>, lo que resulta aberrante por tratarse de la prestación en este caso de un servicio jurídicamente indivisible<sup>61</sup>, que en modo alguno puede ser objeto de contrato de trabajo, ni común ni especial. Esto explica anomalías tremendas, como la relativa, por ejemplo, a que el convenio colectivo nacional taurino de 2003 delimite su ámbito personal de aplicación, mencionando con nombres y apellidos a los concretos matadores de toros (por ejemplo, Enrique Ponce, «El Juli», Manuel Díaz «El Cordobés» o Jesulín de Ubrique), rejoneadores (por ejemplo, Fermín Bohórquez, Joao Moura o Luis Domecq), etc., a los que se aplica<sup>62</sup>.

La anomalía en cuestión se remonta incluso a la Reglamentación Nacional del Trabajo del Espectáculo Taurino de 1943, que también precisaba cuál era su ámbito subjetivo de aplicación en el año en que se promulgó, mediante la especificación con nombres y apellidos de los matadores de toros a quienes se aplicaba (Domingo Ortega, «Manolete», Juan Belmonte, etc.)<sup>63</sup>.

Las cuatro reglamentaciones nacionales de trabajo de artistas, expresamente declaradas vigentes en su día por el Real Decreto 1435/1985<sup>64</sup>, vienen siendo —tras haber caducado el 31 diciembre 1995— trabajosamente sustituidas por convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal. Así, aparte el citado convenio colectivo nacional taurino, cabe referirse también al acuerdo marco nacional de artistas y técnicos de empresas de salas de fiestas, baile y discotecas, que derogó la Ordenanza de Teatro, Circo y Variedades de 1972. Estos convenios colectivos (también los de Comunidad Autónoma, como el del Sector de Actores de Madrid) contienen una regulación bastante realista no sólo de las condiciones de trabajo de las «primeras figuras», sino también de los artistas con menor nivel salarial o «caché».

Lo insólito de la regulación contenida en el Real Decreto 1435/1985 se completa con su afirmación, relativa a que «el incumplimiento del contrato por el empresario o por el artista, que conlleve la inejecución total de la prestación artística, se regirá por lo establecido en el Código Civil»<sup>65</sup>.

En sexto lugar, la relación laboral especial de los representantes de comercio, mencionada en el artículo 2.1.f) del ET y reglamentada en el Real Decreto 1438/1985, de 1 agosto, esto es, la relación laboral especial «de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de

<sup>60</sup> Véase artículo 5.1 del Real Decreto 1435/1985.

<sup>61</sup> Véase *supra* Tema 4, §7.

<sup>62</sup> Según el convenio colectivo en cuestión, existe aquí un doble contrato de trabajo, pues su artículo 16 afirma que «los contratos laborales entre organizadores de espectáculos taurinos con los jefes de cuadrilla y los jefes de cuadrilla con su cuadrilla, se formalizarán por escrito, por sextuplicado ejemplar».

<sup>63</sup> Véase su disposición transitoria segunda.

<sup>64</sup> Véase su artículo 12.2.

<sup>65</sup> Véase artículo 10.4, inciso 1º. Este precepto continúa afirmando que por «inejecución total se entenderán aquellos supuestos en los que ni siquiera hubiera empezado a realizarse el trabajo que constituye la prestación pactada» (inciso 2º).

aquellas». Su especialidad se deriva del doble dato de que, de un lado, realizan su trabajo fuera de las instalaciones de la empresa y sin vigilancia del empresario<sup>66</sup>; y de otro lado, de que su retribución se compone de una «parte fija»<sup>67</sup> —o por unidad de tiempo— y, usualmente, también de una parte variable, en función de los resultados que obtengan mediando en operaciones mercantiles, que es lo que conoce con el nombre de «comisiones»<sup>68</sup>.

El ET excluye de su ámbito la «actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de las mismas» [artículo 1.3.f)]<sup>69</sup>. Estos mediadores mercantiles «independientes» aparecen definidos, en términos extraordinariamente imprecisos, por la Ley 9/1992, de 30 abril, reguladora del contrato de agencia (artículo 2.1).

El Real Decreto 1438/1985 regula diversas indemnizaciones (por muestrario<sup>70</sup>, por gastos de desplazamiento<sup>71</sup> o por clientela<sup>72</sup>), a que tiene derecho el representante de comercio por razón del ejercicio de su actividad.

Especialidad monumental es, también, la relativa a que estos representantes de comercio con relación laboral especial resultan ser los únicos sujetos obligados y responsables del pago de sus cotizaciones a la Seguridad Social<sup>73</sup>.

En séptimo lugar, la relación laboral especial de «los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo», mencionada en el artículo 2.1.g) del ET y reglamentada en el Real Decreto 1368/1985, de 17 julio, que es una norma muy condicionada por lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 abril, de integración social de los minusválidos. Aquí la especialidad de la relación se explica por causa de los sujetos ligados por ella, que son: un

<sup>66</sup> De no hacerlo así, dichos trabajadores quedarían excluidos del ámbito de aplicación del Real Decreto 1438/1985, según se desprende de su artículo 1.2.a).

<sup>67</sup> Véase artículo 8.1 del Real Decreto 1438/1985.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> Por su parte, el artículo 1.2 del Real Decreto 1438/1985 relaciona algunos supuestos excluidos del ámbito de aplicación del mismo, bien porque exista contrato de trabajo común (en el caso de los «trabajadores de la Empresa que aun dedicándose a promover o concertar operaciones mercantiles para la misma lo hagan en sus locales o teniendo en ellos su puesto de trabajo y sujetos al horario laboral de la Empresa» [apartado a]), bien porque no exista ni contrato de trabajo común ni relación laboral especial (por ejemplo, los que sean «titulares de una organización empresarial autónoma» [apartado b]) o «las personas naturales incluidas en el ámbito de aplicación de la normativa específica sobre producción de seguros y corresponsales no banqueros siempre que, de acuerdo con dicha normativa, se configuren como sujetos de una relación mercantil» [apartado c])). Acerca de esto último, véase A. V. SEMPERE NAVARRO, «Ante una reducción ilegal del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo (La OM de 17 de noviembre de 1981 y los corresponsales no banqueros)», *Revista de Política Social*, núm. 135 (1982), págs. 63 y ss.

<sup>70</sup> Véase su artículo 6.

<sup>71</sup> Véase su artículo 8.

<sup>72</sup> Véase su artículo 11.

<sup>73</sup> Véase artículo 31 del reglamento aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre.

«minusválido» o persona que tenga «reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje»<sup>74</sup>; y de otro lado, un «centro especial de empleo», que es una empresa muy singular, puesto que en su plantilla tiene que emplear al menos un 70 por ciento de minusválidos y debe contar en ella, además, con «personal no minusválido dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social»<sup>75</sup>.

El reconocimiento jurídico de la condición de «minusválido» corresponde al IMSERSO o, también, a los órganos competentes de aquellas Comunidades Autónomas que tengan asumidas las funciones del mismo<sup>76</sup>.

Por supuesto, un minusválido puede igualmente trabajar en empresas distintas de los citados «Centros Especiales de Empleo». Al respecto, el Real Decreto 1368/1985 afirma que «quedan excluidas de su ámbito de aplicación las relaciones laborales existentes entre los Centros Especiales de Empleo y el personal no minusválido que preste sus servicios en dichos centros y la de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en otro tipo de Empresas»<sup>77</sup>, pues en este último caso lo que existe es un contrato de trabajo común.

La Ley citada 13/1982 fomenta la contratación ordinaria de minusválidos, fundamentalmente a través de dos tipos de medidas. En primer lugar, disponiendo que «las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores minusválidos»<sup>78</sup>. En segundo lugar, afirmando que «se fomentará el empleo de los trabajadores minusválidos mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su integración laboral»<sup>79</sup>, teniendo en cuenta que las subvenciones y bonificaciones para la contratación laboral común de minusválidos aparecen contenidas en los programas anuales de fomento de empleo de las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado<sup>80</sup>.

<sup>74</sup> Véase artículo 2.1 del Real Decreto 1368/1985.

<sup>75</sup> Véase artículo 42.2, párrafo 2º, de la Ley 13/1982. Según este mismo precepto, «se entenderán por servicios de ajuste personal y social los de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos que procuren al trabajador minusválido del Centro Especial de Empleo una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación de su relación social» (párrafo 2º).

<sup>76</sup> Sobre esta acción declarativa, véase B. ALONSO GARCIA, *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas (Madrid, 1997), págs. 63 y ss.

<sup>77</sup> Véase su artículo 1.2.

<sup>78</sup> Véase su artículo 38.1, párrafo 1º. No obstante, este mismo precepto permite, de manera excepcional, que las empresas puedan quedar exentas de esta obligación mediante la aplicación de otras medidas alternativas (párrafo 2º). El incumplimiento de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional se tipifica como infracción «grave» del empresario, por el artículo 15.3 de la LISOS.

<sup>79</sup> Véase artículo 38.4 de la Ley 13/1982. Según este mismo precepto, las «ayudas podrán consistir en subvenciones o préstamos para la adaptación de puestos de trabajo, la eliminación de barreras arquitectónicas que dificulten su acceso y movilidad en los Centros de producción, la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, el pago de las cuotas de la seguridad social, y cuantas otras se consideren adecuadas para promover la colocación de los minusválidos, especialmente la promoción de Cooperativas».

<sup>80</sup> Aparte el citado artículo 2.1.g), el ET contiene referencias adicionales a los minusválidos en sus artículos 4.2.e), 7.b), 11, 16.2, 17.1, 20.3 y 54.2.g), y en su disposición adicional 2ª. Sobre los «enclaves laborales» como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, véase el Real Decreto 290/2004, de 20 febrero.

En octavo lugar, la relación laboral especial de los «estibadores portuarios», mencionada en el artículo 2.1.h) del ET y regulada en los artículos 13 a 19 del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques, modificado por la Ley 48/2003, de 26 noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general. Aquí la especialidad deriva del hecho de que existe una atípica relación triangular establecida, de un lado, entre cada «Agrupación Portuaria de Interés Económico»<sup>81</sup> y el trabajador-estibador<sup>82</sup>, que están vinculados por una relación laboral especial necesariamente «por tiempo indefinido»<sup>83</sup>; y de otro lado, entre la citada «Agrupación Portuaria» y cada concreta empresa estibadora actuante en el concreto puerto de que se trate, por virtud de la cual la primera cede temporalmente a la segunda al trabajador-estibador, para que este último realice las actividades de «carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías»<sup>84</sup>.

Aparte los estibadores sujetos a relación laboral de carácter especial, también existen estibadores vinculados a empresas estibadoras por un contrato de trabajo común<sup>85</sup>. Precisamente la empresa estibadora se dirigirá a la correspondiente «Agrupación Portuaria» cuando sus tareas específicas «no pueden ser cubiertas por el personal propio de cada Empresa [estibadora]»<sup>86</sup>.

En fin, el artículo 2.1.i) del ET contiene una cláusula de cierre, en la que se afirma que también tiene la naturaleza de relación laboral especial «cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley».

Al amparo de esta autorización, la Ley 53/2002, de 30 diciembre, ha creado la relación laboral especial de los «menores internados», esto es, los incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento<sup>87</sup>. La Ley 44/2003, de 21 noviembre, también ha creado la relación laboral especial de los médicos internos residentes (MIR), denominándola «relación laboral especial de residencia»<sup>88</sup>. Y la Ley 22/2005, de

<sup>81</sup> Que sustituyen a las sociedades estatales de estiba y desestiba, de acuerdo con lo establecido por la disposición adicional 6ª de la Ley 48/2003. De ahí que esta misma norma señale que las «referencias a las sociedades estatales de estiba y desestiba... se entenderán hechas a las agrupaciones portuarias de interés económico» (disposición adicional 7ª.3).

<sup>82</sup> Véase artículo 13 del Real Decreto-Ley 2/1986, que remite al artículo 2 del mismo texto legal, relativo a la definición de las actividades de estiba y desestiba.

<sup>83</sup> Véase artículo 14, párrafo 1º, del Real Decreto-Ley 2/1986.

<sup>84</sup> Véase disposición adicional 7ª.1 de la Ley 48/2003.

<sup>85</sup> Véase artículo 10 del Real Decreto-Ley 2/1986; y también, disposición adicional 7ª de la Ley 48/2003.

<sup>86</sup> Véase artículo 11.1 del Real Decreto-Ley 2/1986.

<sup>87</sup> Véase su artículo 39.

<sup>88</sup> Véase su disposición adicional 1ª.

18 noviembre, aunque resulte escandaloso —pues se trata de la Ley por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea—, procedió a crear a toda prisa la «relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos»<sup>89</sup>.

En esto de la creación por normas con rango de ley formal de nuevas relaciones laborales especiales existe bastante voluntarismo político, que luego queda en nada. Al respecto, recuérdese la creación por la Ley 37/1988, de 28 diciembre, de la «relación laboral especial de los jóvenes que colaboren en el trabajo para su inserción profesional»<sup>90</sup>, que nunca fue regulada.

§5. Descontados los trabajadores empleados mediante las recién citadas relaciones laborales especiales, resulta evidente que los trabajadores de régimen laboral común siguen constituyendo una inmensa mayoría de muchos millones de trabajadores<sup>91</sup>. Pero cabe clasificar y ordenar esta mayoría inmensa utilizando un segundo criterio jurídico, que se refiere al régimen jurídico de Seguridad Social eventualmente aplicable a todos esos trabajadores de régimen jurídico laboral común. De acuerdo con este criterio, cabe desgajar hasta tres grupos distintos de trabajadores de ese tronco laboral común, todos caracterizados por trabajar en el sector primario de la economía y por aplicárseles condiciones de trabajo tan peculiares, que justifican en algunos casos el encuadramiento de los mismos en regímenes «especiales» de Seguridad Social, distintos del régimen «general» en el que se encuadra el grueso de los trabajadores de los sectores secundario y terciario de la economía (es decir, los trabajadores de la industria y de los servicios). Estos trabajadores peculiares del sector primario son los siguientes.

Este criterio de ordenación resulta especialmente útil para clasificar trabajadores, en la medida en que lo que se encuadra en la Seguridad Social no son contratos, sino personas y, entre ellas, precisamente «trabajadores»<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Véase su disposición adicional 1ª. Sobre la «delimitación de la relación laboral especial entre abogados», véase M. ARETA MARTINEZ y A.V. SEMPERE NAVARRO, *La Contratación Laboral (especial) entre Abogados: Presente y Perspectivas*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2006), págs. 21 y ss.

<sup>90</sup> Véase su disposición adicional 21ª.

<sup>91</sup> Algunos con contrato de trabajo común, pero con tipicidad muy acusada. Al respecto, véase A. CAMARA BOTIA, *El contrato de trabajo aeronáutico*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 29 y ss.; F.J. TOROLLO GONZALEZ, *Tiempo de trabajo y contrato ferroviario*, Universidad Complutense (Madrid, 1995), págs. 31 y ss.; y C. SANCHEZ TRIGUEROS, *La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares*, Universidad (Murcia, 1996), págs. 33 y ss.

<sup>92</sup> Así, la LGSS —cuyo Título II regula el «Régimen General de la Seguridad Social»— afirma, en relación con el campo de aplicación de este régimen, que «estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los *trabajadores* por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1 a) del artículo 7 de la presente Ley» (artículo 97.1).

En primer lugar, los trabajadores del mar y, especialmente, los pescadores. Desde antiguo, se les aplican condiciones de trabajo (y especialmente, salariales) muy peculiares<sup>93</sup>, como es el caso del denominado «salario a la parte», consistente en la percepción de una parte (llamada «quiñón») del importe de la pesca capturada por la embarcación. Esta peculiaridad, y otras (peligrosidad del trabajo, imposibilidad de aplicación de las reglas de la jornada ordinaria cuando se pesca, anticipación de la jubilación por causa de la dureza del trabajo, etc.)<sup>94</sup>, justifican que se les aplique un bloque normativo peculiar de Seguridad Social, que es el régimen especial de Seguridad Social de los trabajadores del mar<sup>95</sup>.

Dada la caducidad en 31 diciembre 1995 de las cuatro reglamentaciones de trabajo reguladoras del régimen jurídico laboral de estos trabajadores del mar, no cabe más remedio que concluir que estas normas caducadas siguen vigentes, al menos con la condición de costumbres (reguladoras, por ejemplo, del citado «salario a la parte») pacíficamente observadas en el sector; y ello, por causa de la práctica imposibilidad de existencia de convenios colectivos sectoriales estatales de sustitución de tales reglamentaciones, visto que la negociación colectiva en este sector económico tiene todavía un carácter extraordinariamente embrionario<sup>96</sup>.

Como es lógico, la legislación de Seguridad Social, incluso la general en materia de cotización y liquidación, se refiere a la existencia del «salario a la parte»<sup>97</sup>. Este «salario a la parte» de los pescadores, ya regulado en el Código del Trabajo de 1926<sup>98</sup>, presupone tres conceptos básicos: el «monte mayor o montón», que es el importe total bruto de la pesca capturada por la embarcación<sup>99</sup>; el «monte menor», que es el montante neto resultado de sustraer al total de la pesca capturada los gastos de explotación de la nave y la participación del armador<sup>100</sup>; y por último, el «quiñón», que es la parte que debe percibir cada trabajador del reparto del «monte menor» efectuado entre todos los trabajadores<sup>101</sup>.

<sup>93</sup> Esto seguramente explica que la Ley de Relaciones Laborales de 1976 considerase como relación laboral de carácter especial la del «trabajo en el mar» [artículo 3.d)].

<sup>94</sup> Sobre su jornada especial de trabajo, véanse los artículos 15 a 18 bis del Real Decreto 1561/1995, de 21 septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

<sup>95</sup> Así, el Decreto 2864/1974, de 30 agosto, por el que se regula el régimen especial de Seguridad Social de los trabajadores del mar, afirma, en relación con el campo de aplicación de este régimen, que «quedarán comprendidos los *trabajadores* o asimilados que, estando incluidos en el artículo 7 de la Ley General de Seguridad Social..., se dediquen a la realización de alguna de las actividades marítimo-pesqueras enumeradas en los apartados siguientes» (artículo 2, párrafo 1º).

<sup>96</sup> Véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, *La seguridad social de los trabajadores del mar*, Civitas (Madrid, 1999), págs. 143 y ss.

<sup>97</sup> Véanse los artículos 51 a 55 del Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre.

<sup>98</sup> Véase su artículo 43, párrafo 3º, según el cual «también se podrá contratar la dotación “a la parte”, y, en tal caso, se hará constar en el contrato la parte de las ganancias que corresponde a cada uno».

<sup>99</sup> Véase artículo 132.a) de la Reglamentación Nacional del Trabajo de pesca de arrastre de 1961. También, artículos 144. a) de la Reglamentación Nacional del Trabajo de la pesca de cerco y otras artes de 1963, y 104.a) de la Ordenanza del Trabajo para la pesca marítima en buques arrastreros al fresco de 1976.

<sup>100</sup> Véase artículo 132.b) de la Reglamentación Nacional del Trabajo de pesca de arrastre de 1961. También, artículos 144.b) de la Reglamentación Nacional del Trabajo de la pesca de cerco y otras artes de 1963, y 104.b) de la Ordenanza del Trabajo para la pesca marítima en buques arrastreros al fresco de 1976.

<sup>101</sup> Véase artículo 132.c) de la Reglamentación Nacional del Trabajo de pesca de arrastre de 1961. También, artículos 144.c) de la Reglamentación Nacional del Trabajo de la pesca de cerco y otras artes de 1963, y 104.c) de la Ordenanza del Trabajo para la pesca marítima en buques arrastreros al fresco de 1976.

En segundo lugar, los trabajadores agrícolas, que presentan un claro paralelismo con los trabajadores del mar en cuanto a sus condiciones de trabajo<sup>102</sup>. Su singularidad determina incluso que los sucesivos Reales Decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional, sobre la base de que este salario se aplica en «cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios», se vean obligados a fijar anualmente un salario mínimo interprofesional peculiar, en relación con los «trabajadores eventuales y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de ciento veinte días». De ahí, también lógicamente, que resulten encuadrados en un régimen propio de Seguridad Social, que es el régimen especial agrario de la Seguridad Social<sup>103</sup>.

La vieja ordenanza general del trabajo en el campo (de 1969, luego derogada por la de 1975), que caducó en 31 diciembre 1995, ha sido sustituida por un laudo arbitral de 17 noviembre 2000 (BOE de 29 noviembre 2000), dictado en el «conflicto derivado del proceso de negociación para la sustitución de la ordenanza de trabajo en el campo». En este laudo, en principio de «vigencia indefinida», aparece regulado el tema del «salario a la parte» (artículo 15)<sup>104</sup>.

Modalidad señera de trabajo parciario en el campo, que viene suscitando una relativamente abundante jurisprudencia laboral —lo que prueba su vitalidad<sup>105</sup>—, es la representada por el cultivo de tomate a la parte para la exportación en las Islas Canarias, y, especialmente, en la provincia de Las Palmas. Se trata de una modalidad de trabajo parciario actualmente regulada por convenios colectivos sectoriales de ámbito provincial, en los que —como nueva prueba de la vitalidad de este tipo de trabajo— se regulan diversos supuestos prácticos relativos a la «liquidación según producción», practicable al trabajador-cultivador<sup>106</sup>. Aunque estos trabajadores-cultivadores están comprendidos en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social, cuentan —nueva prueba de la vitalidad de este concreto tipo de trabajo parciario— con un sistema especial de cotización.

Las «aparcerías» reguladas en la Ley 49/2003, de 26 noviembre, de arrendamientos rústicos, no interesan especialmente al laboralista, puesto que en dicha norma se afirma que «el conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de esta ley corresponderán a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil»<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> Así, por ejemplo, el citado Real Decreto 1561/1995, de 21 septiembre, contiene en sus artículos 5 y 24 la regulación de la jornada especial en el campo.

<sup>103</sup> Así, el Decreto 2123/1971, de 23 julio, por el que se regula el régimen especial agrario de la Seguridad Social, afirma —en relación con el campo de aplicación de este régimen— que «quedarán incluidos... todos los *trabajadores* españoles, cualquiera que sea su sexo y estado civil, que en forma habitual y como medio fundamental de vida realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias» (artículo 2, párrafo 1º).

<sup>104</sup> Véase su artículo 15. Sobre el tema, F. CAVAS MARTINEZ, *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (Madrid, 1995), págs. 510 y ss.

<sup>105</sup> El *leading case* sobre el tema es una STCT de 25 abril 1969 (JS, núm. 31, ref. 188/69), que se atreve a contradecir incluso, aunque con toda razón, jurisprudencia anterior del TS.

<sup>106</sup> Así, por ejemplo, el «supuesto número 1» se refiere a lo siguiente: «Que un/a trabajador/a cultivando una fanegada de tomates durante una zafra cuyo período de tiempo fuera de veinte y seis semanas..., obtuviera una producción de cuarenta mil kilos... aptos para la exportación y que su salario mínimo fuera el vigente».

<sup>107</sup> Véase su artículo 33.

En tercer lugar, los trabajadores de la minería, que cuentan —a pesar de que este trabajo no constituye ninguna relación laboral especial— con un régimen jurídico laboral propio, aprobado por Real Decreto 3255/1983, de 21 diciembre, que contiene el denominado «Estatuto del Minero» (reglamentando sus jornadas peculiares, la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como la silicosis, las peculiaridades de su jubilación, etc.)<sup>108</sup>; y que cuentan, además, en el caso de los trabajadores de explotaciones carboníferas, incluso con su propio régimen especial de Seguridad Social de la minería del carbón<sup>109</sup>.

Debe considerarse embrión de este régimen especial «el pacto colectivo de 7 marzo 1933 estipulado en el seno del jurado mixto de la minería por patronos y obreros de la cuenca minera asturiana, creando una «Caja de Jubilaciones y Subsidios» de carácter permanente..., que mejoraba la protección mínima del seguro obligatorio de vejez», la cual —tras su conversión en Mutualidad Laboral— subsiste todavía, aunque sin personalidad jurídica, integrada en el INSS<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Véase S. RODRIGUEZ ESCANCIANO, *El régimen jurídico del contrato de trabajo minero*, Universidad (León, 1997), págs. 45 y ss.

<sup>109</sup> Así, el Decreto 298/1973, de 8 febrero, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social para la minería del carbón, afirma —en relación con el campo de aplicación de este régimen— que «estarán obligatoriamente comprendidos... los *trabajadores* por cuenta ajena que, reuniendo las condiciones señaladas para los mismos en el artículo 7 de la Ley General de Seguridad Social..., estén incluidos en las Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales relativas a la Minería del Carbón» (artículo 2.1). Sobre el tema, véase M. R. MARTINEZ BARROSO, *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la minería del carbón*, Universidad (León, 1997), págs. 42 y ss.

<sup>110</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Paredes (Santiago de Compostela, 1990), págs. 39, 41, 57 y 64.



---

**TEMA 12**

**LA CELEBRACION DEL CONTRATO DE TRABAJO**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. La capacidad para contratarse. §3. La formalización del contrato de trabajo. §4. La perfección y la consumación del contrato de trabajo. §5. La nulidad del contrato de trabajo.

§1. La «celebración» del contrato de trabajo es la creación del mismo y, por tanto, la creación de la relación jurídica más básica y esencial que quepa concebir entre trabajador y empresario. Se trata de un tema regulado en los artículos 6, 7, 8 y 9 del ET, en los que además de «celebración», también se utilizan como palabras sinónimas de ella «concertación» y «realización» del contrato de trabajo. Su análisis exige considerar separadamente diversos temas, que son el de la capacidad para contratar, bien en la posición de trabajador, bien en la de empresario (cfr. *infra*, §2); el de la formalización del consentimiento, en cuanto que elemento esencial de existencia de cualquier contrato y, por tanto, también de la existencia del contrato de trabajo (cfr. *infra*, §3); el de su perfección y su consumación, a través de la dación y la prestación del trabajo comprometido (cfr. *infra*, §4); y por último, el de la nulidad del contrato de trabajo inválidamente celebrado (cfr. *infra*, §5).

La expresión «celebración del contrato», que procede del Derecho común (por ejemplo, artículos 1259, 1262, 1278, etc., del Código Civil), la utilizan también la LPL (por ejemplo, artículo 16.2) y la LISOS (por ejemplo, artículo 15.4)<sup>1</sup>.

§2. La capacidad para contratarse como trabajador es un tema naturalmente vinculado desde siempre al de la aptitud física para poder realizar algún tipo de trabajo productivo. Dicha concreta aptitud

---

<sup>1</sup> Es también la que utiliza la más autorizada doctrina científica (cfr., por ejemplo, M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Civitas [Madrid, 2005], pág. 239).

la tienen de hecho los niños y los adolescentes. Pero como existe el riesgo de que la utilización de su trabajo pueda poner en peligro tanto su salud física como su formación profesional y humana, es por lo que los artículos 6 y 7 del ET —como venía siendo tradicional en nuestra legislación laboral— modulan salomónicamente la capacidad contractual del trabajador en función de la edad del mismo<sup>2</sup>, distinguiendo los tres supuestos de hecho siguientes.

Evidentemente, no cabe confundir la «capacidad» para contratar y la «aptitud» para emplearse como trabajador, pues la primera es la idoneidad jurídica para celebrar válidamente, como tal trabajador, un contrato de trabajo —prevalece en ella, por tanto, lo relativo al «contrato»—, mientras que la segunda —en la que prevalece lo relativo al «trabajo»— se refiere a la posibilidad de efectuar adecuadamente un concreto trabajo contratable.

Por eso, puede ocurrir que se tenga plena «capacidad» para contratarse como trabajador y no se tenga, sin embargo, «aptitud» para realizar un trabajo concreto o incluso ningún tipo de trabajo, como en el caso de los trabajadores en situación de «incapacidad temporal» o de los declarados en situación de «incapacidad permanente» (total, absoluta, etc.), tal y como define estas contingencias la legislación de Seguridad Social. En estos supuestos, es claro que el tecnicismo «incapacidad» se refiere sólo a la falta de aptitud física de tales personas para el trabajo.

Pero evidencia la conexión entre ambas, por ejemplo, el hecho de que los «discapacitados» psíquicos puedan perfectamente emplearse como trabajadores, en los términos prevenidos por el Real Decreto 1368/1985, de 17 julio, precisamente porque son físicamente aptos para desarrollar un trabajo productivo<sup>3</sup>.

En primer lugar, carecen de capacidad para contratar sus servicios como trabajadores los menores de 16 años de edad, pues el artículo 6.1 del ET prohíbe imperativamente «la admisión al trabajo» de los mismos, por la sencilla razón de que hasta que no cumplan esos 16 años lo que los menores tienen el deber de hacer es estudiar<sup>4</sup>.

La edad mínima de admisión al trabajo fue fijada en 10 años por la Ley de 24 julio 1873 (popularmente llamada Ley Benot), bajada luego a 9 años por Real Orden de 30 julio 1900

---

<sup>2</sup> Véase M.I. RAMOS QUINTANA, «Trabajo de los menores (Artículo 6)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), págs. 291 ss.; además, F. SUAREZ GONZALEZ, «Capacidad para contratar (Artículo 7)», *ibidem*, págs. 311 ss.

<sup>3</sup> Otras muestras significativas de la relevancia jurídico-laboral que por sí misma tiene la «aptitud» para el trabajo las suministran el artículo 52.a) del ET y los artículos 196.3 y 231.3 de la LGSS.

<sup>4</sup> Hace brillar esta regla la excepción, clásica, que recoge hoy el artículo 6.4 del ET, en los siguientes términos: «la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física, ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados». Según una STSJ Madrid de 13 septiembre 2002 (Ar. 3346), el contrato de trabajo del artista menor de 16 años no es nulo, a pesar de no haber sido administrativamente autorizado, si cuenta con el consentimiento de sus padres y si el trabajo en cuestión no le perjudica en modo alguno, aunque la ausencia de dicha autorización administrativa «podría haber acarreado para el empresario incumplidor alguna sanción de carácter administrativo».

(si los niños en cuestión supiesen leer o escribir), elevada más tarde a 14 años por el Código del Trabajo de 23 agosto 1926, y a 15 años en 1972 (como consecuencia de la ratificación por España de diversos Convenios de la OIT)<sup>5</sup>, hasta que la Ley de Relaciones Laborales la fijó en 16 años en 1976, aunque disponiendo —en congruencia con la reforma de la legislación educativa— su implantación gradual.

La Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 junio 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo —inaplicable aquí, por menos favorable a los jóvenes españoles—, la fija en los 15 años, llamando genéricamente «niños» a todos los menores de esa edad.

En segundo lugar, poseen capacidad limitada para contratarse como trabajadores los mayores de 16 años y menores de 18<sup>6</sup>, pero sólo si viven «de forma independiente, con consentimiento» de sus representantes legales (padres, tutores, etc.) [artículo 7.b), párrafo 1º, del ET], o también, aun no viviendo de forma independiente —que será hoy lo más probable—, si su representante legal les «autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo» [artículo 7.b), párrafo 2º, del ET]<sup>7</sup>.

Según el ET, los menores de 18 años —incluso con la autorización recién citada— «no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno... declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana» (artículo 6.2)<sup>8</sup>, prohibiéndoseles asimismo «realizar horas extraordinarias» (artículo 6.3)<sup>9</sup>.

La LISOS considera infracción administrativa «muy grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 90.151,82 euros, «la transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral» (artículo 8.4).

En tercer lugar, poseen capacidad plena para «contratar la prestación de su trabajo... quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo

<sup>5</sup> Según M. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Facultad de Derecho-Universidad Complutense (Madrid, 1976), pág. 53, «la ratificación y publicación de estos convenios [núms. 10, 58, 59 y 60] hace de ellos derecho español interno, y deroga, por consiguiente los preceptos de la LCT», añadiendo en llamada al pie que «los cuatro convenios de la OIT mencionados... fueron modificados y refundidos por el convenio núm. 138 (Ginebra, 1973), según el cual “la edad mínima... [de admisión] al trabajo... no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a quince años”, salvo para países “cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados”, que pueden fijarla en los 14».

<sup>6</sup> A propósito de su capacidad procesal, véase artículo 16.2 de la LPL.

<sup>7</sup> Según STSJ Madrid de 16 mayo 1997 (Ar. 1586), si el menor de 18 años y mayor de 16 «vivía con sus padres... se ha de presumir que conocían que su hijo estaba trabajando y en consecuencia con su actitud estaban consintiendo tácitamente».

<sup>8</sup> La Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales, confirma la vigencia, a estos efectos, del viejo Decreto de 26 julio 1957, sobre trabajos prohibidos a menores.

<sup>9</sup> El ET contiene normas adicionales protectoras de los trabajadores menores de dieciocho años, en sus artículos 34.3 («no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo»), 34.4 («el período de descanso [en jornada continuada] tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media») y 37.1 («la duración del descanso semanal... será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos»).

dispuesto en el Código Civil» [artículo 7.a) del ET]<sup>10</sup>, esto es, desde luego quienes hayan cumplido los 18 años y sean, por tanto, mayores de edad<sup>11</sup>.

Aunque hoy pase desapercibido, conviene recordar que la mayoría de edad laboral a los 18 años se remonta a la Ley de 17 julio 1911, reguladora del contrato de aprendizaje, promulgada cuando la mayoría de edad civil la fijaba el Código Civil en 23 años (luego rebajada a 21 años, en 1943, al efecto de acomodar la regulación del Código Civil a la del Código de Comercio).

Por supuesto, es claro que no existe ninguna edad máxima a partir de la cual se incapacite a nadie para contratar su trabajo, especialmente tras haberse declarado inconstitucional por la STC 22/1981, de 2 julio, la originaria disposición adicional 5ª del ET-1980, cuyo párrafo 2º incapacitaba para emplearse a quienes hubiesen cumplido 69 años.

Frente a lo que ocurre con el trabajador, el ET no contiene norma alguna que regule la capacidad para contratar trabajadores en posición de empresario, lo que de hecho implica una remisión en bloque a lo que al respecto dispongan las leyes civiles, mercantiles o administrativas correspondientes.

Adaptando a su capacidad para contratar la regulación que contiene el artículo 16 de la LPL, a propósito de la capacidad procesal, cabe indicar lo siguiente: 1) si el empresario es una persona jurídica, entonces pueden celebrar el contrato quienes legalmente la representen; 2) si fuese una comunidad de bienes o grupo de empresas, quienes aparezcan como organizadores, directores o gestores de los mismos; y 3) si se trata del empresario persona física, entonces ella misma o sus representantes voluntarios y, supuesto que no fuese capaz, quienes deban suplir su incapacidad conforme a Derecho.

**§3.** El contrato de trabajo es, por supuesto, un contrato. Y por eso, le resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 1261.1º del Código Civil, acerca de que es requisito esencial para la validez de todo contrato el «consentimiento de los contratantes». Ahora bien, si miradas las cosas con realismo, resulta que lo realmente decisivo no es tanto el consentimiento en sí mismo, sino más bien su exteriorización o manifestación (respecto del consentimiento meramente interiorizado, se afirma, con toda razón, que «los pensamientos no pagan aduana»)<sup>12</sup>. Esta

<sup>10</sup> Esta remisión obliga a tener en cuenta lo dispuesto en el Código Civil, por ejemplo, a propósito de la emancipación en supuestos distintos del de alcanzar la mayoría de edad (artículo 323) o, también, de la habilitación judicial de mayor edad (artículo 321). Téngase en cuenta, además, que carecen de capacidad para contratar su trabajo los condenados a pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, pues esta pena —a imponerse sólo cuando la profesión u oficio «hubieran tenido relación directa con el delito cometido» (artículo 56 del Código Penal)— «priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena» (artículo 45 del Código Penal).

<sup>11</sup> Cfr. artículo 315, párrafo 1º, del Código Civil.

<sup>12</sup> Cfr. J. MARTINEZ GIRON, «Cuestiones previas a la celebración del contrato de trabajo, en especial, el momento en que deba considerarse “perfeccionado” el contrato», en J. GARATE CASTRO (Coordinador), *Estudios de jurisprudencia social de Galicia*, Fundación Alfredo Brañas (Santiago de Compostela, 2000), pág. 132.

manifestación o exteriorización del consentimiento es lo que jurídicamente se conoce con el nombre de «forma», verdadero requisito esencial para la existencia del contrato, al resultar absurdo imaginar que pueda llegar a haber contratos sin ella.

Con toda autoridad se afirma en nuestra doctrina que «el contrato de trabajo, como todo contrato, necesita de una forma, llamando tal al modo como se exteriorizan las declaraciones o manifestaciones de voluntad de los contratantes y se hace patente su concurrencia», por lo que no cabe distinguir «unos contratos con forma, a los que habría que llamar *formales*, y otros sin forma, que deberían ser llamados *amorfos*»<sup>13</sup>.

Sobre el tema de la forma (o, mejor aún, de la formalización) del contrato de trabajo, el artículo 8.1, inciso 1º, del ET sienta la regla general de que «el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra». Pero se trata de una regla general ficticia, pues es tal el número de excepciones, modulaciones y cargas que conoce, que lo único que verdaderamente resulta realista afirmar es que la forma escrita constituye hoy en España la verdadera regla en la contratación laboral.

El Real Decreto 1424/1985, de 1 agosto, regulador de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, revela que en este concreto segmento de empleos la regla general continúa siendo todavía la de la contratación verbal, pues presume «en defecto de pacto escrito» no sólo la duración temporal del contrato por un año (artículo 4.2), sino incluso la estipulación de período de prueba, con despido libre, por quince días (artículo 4.3).

En primer lugar, porque el número de excepciones directas a la oralidad, en cuanto que medio para la posible formalización del contrato de trabajo, nunca ha parado de crecer desde la promulgación del ET en 1980, hasta llegar a las once que actualmente detalla su artículo 8.2<sup>14</sup>. En segundo lugar, porque «los empresarios están obligados a comunicar a la Oficina Pública de Empleo [obviamente, por escrito o sus

<sup>13</sup> Véase M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., cit., pág. 248.

<sup>14</sup> El precepto en cuestión se refiere a que «deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación, los contratos a tiempo parcial, fijo-discontinuo y de relevo, los contratos de trabajo a domicilio, los contratos para la realización de una obra o servicio determinado, los contratos de inserción, así como los de los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero» (inciso 1º), y a que «igualmente constarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas» (inciso 2º). En estos casos, según el artículo 8.3 del ET, «el empresario entregará a la representación legal de los trabajadores una copia básica de todos los contratos, a excepción de los contratos de relación laboral especial de alta dirección sobre los que se establece el deber de notificación a la representación legal de los trabajadores» (párrafo 1º); copia —a entregar a los representantes «en plazo no superior a diez días desde la formalización del contrato» (párrafo 3º), y a enviar luego a la Oficina de Empleo (párrafo 4º)— que «contendrá todos los datos del contrato a excepción del número del documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil o cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal» (párrafo 2º), y teniendo en cuenta que la transgresión por el empresario de estos derechos de información se considera infracción «grave» por el artículo 7.7 de la LISOS.

equivalentes telemáticos], en el plazo de los diez días siguientes a su concertación..., el contenido de los contratos de trabajo que celebren o las prórrogas de los mismos, deban o no formalizarse por escrito» (artículo 16.1 del ET)<sup>15</sup>. En tercer lugar, porque el empresario, siempre que «la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas,... deberá informar por escrito al trabajador... sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito» (artículo 8.5 del ET).

Este último precepto se adicionó al ET-1980 en 1994, al efecto de intentar transponer la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 octubre 1991, que fue una norma comunitaria aprobada en su día con la sorprendente «unanimidad» de los entonces doce Estados miembros —a pesar de que Gran Bretaña se oponía frontalmente en la época a la política social comunitaria—, lo que sólo resultó posible porque venía a copiar prácticamente a la letra la legislación de empleo inglesa. El obligado injerto de semejante cuerpo extraño en nuestra legislación explica quizá la tardía promulgación del Real Decreto 1659/1998, de 24 julio, reglamentando el citado artículo 8.5 del ET, por virtud del cual se hizo realmente efectiva la transposición de la Directiva, pero cinco años después de que hubiese vencido su plazo de transposición («a más tardar el 30 de junio de 1993», según la propia Directiva).

La LISOS sólo considera infracción administrativa meramente «leve» del empresario, sancionable con multa de como máximo 300,51 euros, «no informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, en los términos y plazos establecidos reglamentariamente» (artículo 6.4)<sup>16</sup>.

Según el Real Decreto 1659/1998, este deber de información deberá hacerlo efectivo el empresario, como regla, «en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de comienzo de la relación laboral» (artículo 6.1).

Las principales resultas jurídicas que lleva aparejada la inobservancia por el empresario de la exigencia legal de formalización por escrito del contrato de trabajo pueden reconducirse a las tres siguientes: 1) «de no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios» (artículo 8.2, inciso 3º, del ET); 2) en todo

<sup>15</sup> El incumplimiento de estas obligaciones se considera infracción administrativa meramente «leve» en el artículo 14 de la LISOS. Acerca de los medios telemáticos mencionados, véase Real Decreto 1424/2002, de 27 diciembre, y Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 770/2003, de 14 marzo.

<sup>16</sup> Dichos elementos y condiciones resultan ser hasta nueve distintos (identidad de las partes, domicilio de la empresa, centro de trabajo al que está adscrito el trabajador, salario percibido, plazos de preaviso que ambas partes estén obligadas a respetar, convenio colectivo aplicable, etc.), y aparecen detallados en el artículo 2.2 del Real Decreto 1659/1998.

caso, «cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral» (artículo 8.4 del ET)<sup>17</sup>; y 3) se considera infracción «grave» del empresario, sancionable con multa administrativa de hasta 3005,06 euros, «no formalizar por escrito el contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador» (artículo 7.1 de la LISOS).

Por supuesto, en las Administraciones Públicas la contratación laboral verbal resulta rigurosamente inadmisibles, aplicando los tribunales laborales sin paliativos, cuando conocen de este tipo de asuntos, las presunciones a que acaba de aludirse<sup>18</sup>.

Téngase en cuenta, por último, que el consentimiento en la contratación laboral no sólo puede manifestarse con palabras (sean verbales o escritas) —es el llamado consentimiento expreso—, sino que también puede evidenciarse por medio de hechos. De estos hechos los más concluyentes resultan ser desde siempre la dación y la prestación de trabajo, pues ambos revelan por sí solos que sus protagonistas se encuentran contractualmente vinculados, en virtud de lo que debe considerarse como un consentimiento tácito. Por ello, sobre esta peculiar manera —ni oral ni escrita— de formalización del consentimiento se ha fundado desde siempre la denominada «presunción de contrato de trabajo», cuya existencia se remonta a 1908, y que tradicionalmente se formuló en nuestra legislación laboral indicando que «el contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta, aunque no exista estipulación escrita o verbal»<sup>19</sup>.

Esta tan tradicional presunción —precisamente porque permite concluir, salvo prueba en contrario, que todo el que trabaja lo hace en virtud de un contrato de trabajo—, aunque remodelada hoy con bastante poca finura jurídica por el artículo 8.1 del ET<sup>20</sup>, tiene «la importancia de erigir el ET y, en general, las normas reguladoras del contrato de trabajo en Derecho común de las prestaciones de servicios, relegando a segundo plano, como derecho especial, las restantes normas sobre aquéllas, incluidas las del Código civil»<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Este precepto refleja lo dispuesto en el artículo 1279 del Código Civil.

<sup>18</sup> Al respecto, véase STSud de 9 febrero 1994 (Ar. 2471).

<sup>19</sup> Artículo 3 de la LCT-1944. Acerca de sus orígenes, véase artículo 5 de la Ley de Tribunales Industriales de 19 mayo 1908.

<sup>20</sup> Según él, «se presumirá existente [el contrato de trabajo] entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro a cambio de una retribución a aquél» (inciso 2º). Sobre el tema, M.C. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 61 ss.

<sup>21</sup> Véase M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., cit., pág. 253.

§4. El contrato de trabajo no es ningún contrato real —a pesar de la eminencia que tienen la dación y la prestación del trabajo—, sino un verdadero contrato consensual. Y por eso, le resulta plenamente aplicable, a propósito de su «perfección», lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, según el cual «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento».

En puridad, el contrato de trabajo se perfecciona a través del mero consentimiento exteriorizado por medio de la dación y de la prestación de trabajo, normalmente acompañadas de palabras (como regla, según se dijo, escritas)<sup>22</sup>.

Pero los tribunales laborales, con una interpretación bastante estrecha del tenor de ese precepto del Código Civil, se han creído obligados a distinguir entre «perfección» y «consumación» del contrato de trabajo, declarando que el contrato de trabajo se consume —o, si se quiere, está «vigente»<sup>23</sup>— sólo cuando se hayan producido la dación y la prestación (o, si se quiere, la prestación y la recepción) del trabajo contratado. Y ello, por causa sobre todo de la imposibilidad de aplicar el régimen del despido a la extinción injusta de un contrato de trabajo meramente «perfeccionado», pero todavía no consumado, puesto que la indemnización por despido se calcula siempre en función del tiempo de servicios ya prestados en la empresa por el trabajador (es el caso, por ejemplo, de la típica indemnización por despido improcedente, consistente en 45 días de salarios por año trabajado, o la parte proporcional si se hubiese trabajado menos de un año, con el máximo de 42 mensualidades de indemnización), resultando obvio que si no se ha trabajado nada, no se puede tener derecho a ninguna indemnización calculada, como suelen serlo las indemnizaciones laborales tasadas, precisamente en función del trabajo realizado.

Sobre el tema, resulta ejemplar una STCT de 11 febrero 1986 (Ar. 807), según la cual en estos casos no cabe «el ejercicio de acciones de despido..., cuyas resultas legales —readmisión, indemnización, salarios de tramitación— exigen la extinción de un contrato de trabajo... en ejecución..., como lo demuestra el contenido... de la LPL, cuando obliga al

<sup>22</sup> En J. MARTINEZ GIRON, «Cuestiones previas a la celebración del contrato de trabajo, en especial, el momento en que deba considerarse “perfeccionado” el contrato», cit., pág. 132, concluía lo siguiente: «el contrato de trabajo, como cualquier otro contrato consensual, se perfecciona —como dice el Código Civil— por el mero consentimiento, aunque esto significa dos cosas. Por supuesto, que hay que consentir interna y libremente. Pero también, y además, que hay que exteriorizar ese consentimiento meramente interno... Por lo tanto, consentimiento interno, sí, pero también consentimiento exteriorizado, teniendo en cuenta que si ese consentimiento libre se exterioriza por medio de palabras o escritos, estaremos en presencia de un “precontrato” de trabajo de libro, y que si se exterioriza por medio de hechos, y hechos tan relevantes como la prestación y recepción del trabajo prestado, entonces y sólo entonces nos encontraremos en presencia de un contrato consensual de trabajo “perfecto”».

<sup>23</sup> Esta palabra la toma la jurisprudencia laboral en cuestión del tenor del artículo 30 del ET.



trabajador “despedido” a detallar en su demanda “el trabajo que realizaba antes de producirse el despido, salario, tiempo y forma de pago y antigüedad”, ninguna de cuyas circunstancias concurrían en los recurrentes, que ni estaban trabajando en el momento de autos ni cobraban salarios por consiguiente, ni ostentaban antigüedad alguna»<sup>24</sup>.

Siempre según esta jurisprudencia laboral —constante desde el año 1950<sup>25</sup>— un contrato meramente «perfeccionado», pero todavía no consumado, equivale a un «precontrato de trabajo», cuyo incumplimiento por el empresario —negándose a dar el trabajo que había prometido— no permite al trabajador reclamar por despido o por salarios que hubiese podido devengar, sino que sólo le da derecho a demandar por los daños y perjuicios que le hubiese producido la no consumación del contrato; demanda que debe presentar precisamente ante los tribunales laborales, aunque invocando lo dispuesto en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, a propósito de la responsabilidad contractual.

Aunque el esencial artículo 10.1 de la LPL, relativo a que «con carácter general será Juzgado competente el del lugar de *prestación de los servicios* o el del domicilio del demandado, a elección del demandante», hace completa abstracción del precontrato de trabajo —al igual que ocurre con el ET, que también lo ignora absolutamente<sup>26</sup>—, la jurisprudencia laboral ha sabido encajar en él dicha figura, afirmando que «del mismo modo que se ha entendido que ese lugar era no sólo el presente sino también el pasado si la prestación de servicios ha cesado..., también debe comprenderse el *lugar futuro* en donde esté prevista [en el futuro] dicha prestación»<sup>27</sup>.

**§5.** La celebración inválida del contrato de trabajo acarrea su «nulidad», que es un tema regulado en el artículo 9 del ET, bajo el rótulo «validez del contrato»<sup>28</sup>. De acuerdo con este precepto, la nulidad del contrato de trabajo puede ser parcial o total.

<sup>24</sup> En esta misma sentencia, se acepta la distinción «contrato de trabajo *in fieri*» y «contrato de trabajo *in facto esse*, o en ejecución». Acerca de esta peculiar terminología, por lo demás con orígenes muy clásicos, véase J. MARTINEZ GIRON, «El precontrato de trabajo en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19 (1984), pág. 452.

<sup>25</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «El precontrato de trabajo: límites normativos y práctica judicial», *Actualidad Laboral*, núm. 42 (1994), pág. 657. Últimamente, SsTSJ Madrid de 28 junio 2005 (Jur. 201818) y País Vasco de 27 septiembre 2005 (Jur. 7255 de 2006).

<sup>26</sup> El Real Decreto 1435/1985, de 1 agosto, regulador de la relación laboral de los artistas, afirma —en precepto insólito, por lo excepcional, en nuestra legislación laboral— que «el incumplimiento del contrato por el empresario o por el artista, que conlleve la inejecución total de la prestación artística, se regirá por lo establecido al respecto en el Código Civil» (artículo 10.4, inciso 1º), teniendo en cuenta que «por inejecución total se entenderán aquellos supuestos en los que ni siquiera hubiera empezado a realizarse el trabajo que constituye la prestación pactada» (artículo 10.4, inciso 2º).

<sup>27</sup> Cfr. J. MARTINEZ GIRON, «Cuestiones previas a la celebración del contrato de trabajo, en especial, el momento en que deba considerarse “perfeccionado” el contrato», cit., pág. 133, comentando una STSJ Galicia de 8 junio 1999 (Ar. 1695), clave en materia de precontrato de trabajo.

<sup>28</sup> Véase Y. MANEIRO VAZQUEZ, «La nulidad de los contratos laborales por vicio del consentimiento en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia», en J. GARATE CASTRO (Editor), *Estudios de Jurisprudencia Social de Galicia*, cit., págs. 169 y ss.

A propósito del trabajo de los llamados extranjeros «sin papeles»<sup>29</sup>, la más reciente jurisprudencia laboral unificada —para disuadir inadmisibles situaciones de explotación de los mismos— confirma que «el contrato de trabajo del extranjero no autorizado [esto es, “sin permiso de trabajo ni de residencia”] no es, en la actual legislación un contrato nulo»<sup>30</sup>. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas en que pudiera haber incurrido el empresario por la comisión de las infracciones administrativas tipificadas en la legislación sobre extranjería y en la LISOS<sup>31</sup>.

La nulidad parcial del contrato de trabajo existe cuando alguna o algunas de sus cláusulas, pero no sus requisitos esenciales (consentimiento, objeto y causa)<sup>32</sup>, incumplen preceptos de carácter imperativo. En este caso, el «contrato de trabajo... permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados» (artículo 9.1, párrafo 1º, del ET). En realidad, hablar aquí de nulidad «parcial» es sólo quedarse a medias, pues lo que en verdad se produce —adoptando terminología procedente del Derecho común— es la sanación del contrato de trabajo<sup>33</sup>.

La remisión que el citado artículo 9.1, párrafo 1º, del ET efectúa a «lo dispuesto en el número 1 del artículo 3 de esta Ley», debe entenderse hecha más en concreto a su apartado c), según el cual la relación laboral se regula «por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos».

<sup>29</sup> Recuérdese que el ET no regula el tema, limitándose a afirmar que «podrán contratar la prestación de sus servicios... los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia», actualmente contenida en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 noviembre.

<sup>30</sup> STSud de 9 junio 2003 (Ar. 3936). En esta sentencia, relativa a un ecuatoriano, se declara que «siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección [como la relativa al accidente de trabajo] que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900». Su doctrina ha sido reiterada por STSud de 29 septiembre 2003 (Ar. 7446), a propósito del despido de una trabajadora «de nacionalidad argentina», cuyos permisos de trabajo y residencia «estaban en curso en el momento del cese», y que alegaba haber sido despedida verbalmente por «haber planteado al empresario que no podía realizar sobreesfuerzos desmedidos y desproporcionados como consecuencia de estar embarazada». Al respecto, véase I. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, «Obligaciones y responsabilidades de la empresa en materia de inmigración: puntos críticos al hilo de la reciente jurisprudencia en materia de accidente de trabajo y despido», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 500 ss.

<sup>31</sup> El artículo 36.3, párrafo 2º, de la citada Ley Orgánica 4/2000 (modificada por la también citada Ley Orgánica 14/2003), afirma que «la carencia de la correspondiente autorización..., sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle». Sobre estas infracciones, véase *infra*, Tema 35, §4 *in fine*. Sobre los procedimientos administrativos en materia de extranjería, véase *infra*, Tema 36, §2.

<sup>32</sup> *Ex* artículo 1261 del Código Civil.

<sup>33</sup> Sobre *De sanatione in radice* del contrato de matrimonio, véase L. MIGUELEZ DOMINGUEZ, S. ALONSO MORAN y M. CABREROS DE ANTA, *Código de Derecho Canónico y legislación complementaria. Texto latino y versión castellana, con jurisprudencia y comentarios*, 9ª ed., BAC (Madrid, 1974), págs. 443-444, comentando los cánones 1138 a 1141 del Código de Derecho Canónico de 1917.

Un supuesto típico de esta clase de nulidad, por ejemplo, es el de la cláusula de temporalidad pactada *a posteriori* por quien ya tenía en la empresa la condición de trabajador fijo, en cuyo caso como «resulta nula una sola parte del contrato, en lo relativo a las cláusulas de... temporalidad del mismo..., el contrato permanecerá válido en lo restante y se entenderá completado con el precepto que establece la presunción de haber sido concertado por tiempo indefinido»<sup>34</sup>.

Los tribunales laborales deciden en equidad acerca de «la subsistencia o supresión en todo o en parte» de las «condiciones o retribuciones especiales» que tuviese asignadas el trabajador «en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato» (artículo 9.1, párrafo 2º, del ET)<sup>35</sup>.

La nulidad total se refiere, en cambio, a los requisitos esenciales del contrato (recuérdese, consentimiento, objeto y causa). Resulta usual que los tribunales no la declaren directa y frontalmente como consecuencia del ejercicio de acciones de nulidad, sino indirectamente con ocasión del ejercicio de acciones distintas, como la de despido o la de reclamación de prestaciones de Seguridad Social<sup>36</sup>. En atención a sus efectos, cabe hablar de dos tipos distintos de nulidad total del contrato de trabajo, que son: 1) la nulidad total retroactiva (esto es, con efectos *ex tunc* o desde entonces) —por ejemplo, por falta radical de consentimiento del empresario para emplear al trabajador o, en cuanto a la causa, por simulación de contrato de trabajo para obtener fraudulentamente prestaciones de Seguridad Social<sup>37</sup>—, en cuyo caso lo que los tribunales laborales declaran, en realidad, es la *inexistencia* de contrato de trabajo<sup>38</sup>; y 2) la nulidad total irretroactiva (esto es, con efectos *ex nunc* o desde ahora) —por ejemplo, en cuanto al objeto del contrato, el empleo de menores<sup>39</sup>—, que es la única

<sup>34</sup> Cfr. STSJ Cataluña de 13 noviembre 2002 (Ar. 4115), con cita de reiterada jurisprudencia del TS al respecto.

<sup>35</sup> A propósito de pacto accesorio de no competencia postcontractual, declarado parcialmente nulo sólo en lo tocante a su duración (por vulnerar el artículo 21.2 del ET) pero válido en todo lo demás, véase STSJ Madrid de 30 noviembre 2004 (Ar. 109 de 2005).

<sup>36</sup> Un caso típico de reclamación directa de la nulidad, a instancia de los representantes de los trabajadores, se produce cuando se demanda la declaración de nulidad de contratos temporales suscritos por una Administración Pública, sin haberse seguido «para ello sistema selectivo alguno que respetara los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad» (cfr. STSJ Comunidad Valenciana de 13 enero 2000 [Ar. 2173]). Acerca de las peculiaridades procesales de esta «acción declarativa por el procedimiento [laboral] común», véase STSJ Baleares de 16 noviembre 1998 (Ar. 4596). Además, véase A.V. SEMPERE NAVARRO y R.Y. QUINTANILLA NAVARRO, *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2003), págs. 67 ss.

<sup>37</sup> Sobre todo cuando se trata de reclamar prestaciones por desempleo, tal supuesto de hecho resulta frecuentísimamente registrado por la jurisprudencia laboral (cfr., por ejemplo, SsTSud de 4 julio 1996 [Ar. 5637], 23 julio 1996 [Ar. 6388], 31 enero 1997 [Ar. 651] y 20 marzo 1997 [Ar. 2601]).

<sup>38</sup> Así, a propósito de contrato de trabajo verbal suscrito por persona carente de capacidad de obligar a cierta Administración Pública, se afirma que «resulta evidente, que no cabe hablar de un contrato válido y eficaz..., sino de un contrato inexistente o nulo, con nulidad absoluta o radical desde el principio, por falta absoluta de consentimiento de una de las partes que no produce efecto jurídico alguno como tal» (cfr. STSJ Galicia de 25 enero 1995 [Ar. 153]).

<sup>39</sup> Así, en STSJ Asturias de 23 diciembre 1993 (Ar. 5137) se afirma que «la anulación del contrato celebrado por un menor [de 16 años] opera sus efectos *ex nunc*, manteniéndose en consecuencia las prestaciones de trabajo-salario, intercambiadas con anterioridad».

especie de la nulidad total regulada en el ET, mediante la indicación de que «en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido» (artículo 9.2), pues si no fuese así, se produciría un **enriquecimiento injusto del empresario**, dada su imposibilidad de devolverle al trabajador el trabajo que ya le había prestado.

El hecho de que el citado artículo 9.2 del ET haya omitido el inciso del viejo artículo 55 de la LCT-1944, relativo a la posibilidad de exigencia de la remuneración «salvo si la nulidad proviniera de voluntad maliciosa del trabajador», parece una omisión deliberada. Por ello, aun en caso de engaño del trabajador (por ejemplo, sobre las titulaciones que posee), cabría igualmente la exigencia de la remuneración consiguiente a un contrato válido<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> En este sentido, STSJ Andalucía (Málaga) de 13 octubre 1999 (Ar. 3519).

---

**TEMA 13**

**MODALIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO**

---

**Alberto Arufe Varela**

**Sumario:** §1. Concepto de «modalidades» del contrato de trabajo. §2. Clases de «modalidades» del contrato de trabajo. §3. Por razón de la causa del contrato. El contrato para la formación, el contrato de trabajo en prácticas y el período de prueba. §4. Por razón de la duración del contrato. Los contratos de trabajo de duración determinada. §5. Por razón del tiempo de trabajo. Los contratos de trabajo a tiempo parcial.

§1. La expresión «modalidades del contrato de trabajo» aparece utilizada como rúbrica de la sección cuarta del capítulo primero del título primero del ET (artículos 10 a 13). Se trata de un conjunto de preceptos carente de toda unidad sistemática, puesto que lo más lógico —previa la determinación de lo que es el contrato de trabajo común, ordinario o típico, por oposición a las legalmente denominadas «relaciones laborales de carácter especial»— sería precisar cuáles son las variantes de ese mismo contrato de trabajo común, ordinario o típico. Y esto es justamente lo que no procede a realizar, con toda la pulcritud jurídicamente exigible, dicho conjunto de cuatro preceptos.

En las leyes históricas de contrato de trabajo, la Ley republicana de 1931 utilizaba la expresión «modalidades especiales del contrato» como rúbrica de su capítulo IV (artículos 58 a 71), incluyendo en él disposiciones relativas al «trabajo en común», al «contrato con un grupo de trabajadores», al «contrato colectivo», a los «Reglamentos de trabajo» y, por último, al «contrato colectivo con los trabajadores que hayan de ocuparse en las obras o servicios» que se ejecutasen mediante contratos públicas. Igualmente, el Libro I de la Ley franquista de 1944 (aprobado por Decreto de 27 enero 1944) empleaba la expresión «modalidades del contrato de trabajo» como rúbrica de su capítulo III (artículos 17 a 26), haciendo referencia en él al «trabajo en común», al «contrato con un grupo de trabajadores», al «Reglamento de régimen interior» y, por último, al «contrato ... con los

trabajadores que hayan de ocuparse en las obras o servicios» que se ejecutasen mediante contratas públicas<sup>1</sup>.

**§2.** Lo que sea contrato de trabajo común, ordinario o típico —que es el contrato de trabajo que realmente quiere tener cualquier trabajador— se deduce de las presunciones *iuris tantum* de contrato de trabajo que contiene el artículo 8 del ET. De acuerdo con estas presunciones, se trata de un contrato de trabajo por virtud del cual el trabajador «presta un servicio», «por tiempo indefinido» y, por último, «a jornada completa». Por ello mismo, cuando se trastoca alguno de estos tres elementos, nos encontramos ante variantes o «modalidades» de ese contrato de trabajo (común, etc.) que cualquier trabajador desea realmente tener, lo que sucede: 1) en los contratos de trabajo con causa mixta o compleja (regulados en los artículos 11 y 14 del ET), en los que el trabajador —muchas veces a su pesar— no se limita simplemente a prestar un servicio a cambio de un salario (cfr. *infra*, §3); 2) en los contratos de trabajo de duración determinada (regulados en el artículo 15 del ET), opuestos por definición a los contratos de trabajo que realmente quiere el trabajador, que son los contratos fijos o de duración indefinida (cfr. *infra*, §4); y 3) en los contratos de trabajo a tiempo parcial (regulados en el artículo 12 del ET), en los que lógicamente el trabajador no cobra todo lo que debería cobrar si estuviese contratado a jornada completa (cfr. *infra*, §5).

Resulta evidente la asistematicidad de la sección cuarta del capítulo primero del título primero del ET (artículos 10 a 13), puesto que, de un lado, dos de sus preceptos —artículos 10 y 13— no se refieren a verdaderas «modalidades» del contrato de trabajo<sup>2</sup>; y de otro lado, auténticas «modalidades» del mismo aparecen en preceptos —artículos 14 y 15 del ET— que se encuentran fuera de la mencionada sección. Repárese, por ejemplo, en que el artículo 15 del ET utiliza hasta en siete ocasiones el término «modalidad» para referirse a los contratos de trabajo por él regulados.

**§3.** Sobre la base de que la «causa» del contrato de trabajo es simplemente trabajar a cambio de un salario —y de ahí que la principal obligación del trabajador sea justamente la de trabajar, mientras que la principal obligación del empresario es la de retribuir el trabajo prestado—, cuando esta situación se trastoca, añadiéndole a dicha «causa» pura algún elemento contaminante, es cuando nos encontramos ante contratos de trabajo con

<sup>1</sup> Por su parte, el Libro II de la LCT-1944 (aprobado por Decreto de 1 marzo 1944) evita considerar «modalidades» del contrato de trabajo los concretos supuestos de contrato, incluso de trabajo, que regulaba (embarco, aprendizaje, de las mujeres, de los menores, etc.).

<sup>2</sup> Véase *supra*, Tema 12, §1 (a propósito del contrato de trabajo de grupo) y §3 (a propósito del trabajo a domicilio).

«causa» mixta o compleja. Las modalidades de contrato de trabajo común con esta «causa» contaminada pueden reconducirse a las tres siguientes.

Utilizamos la palabra «causa» en el sentido del artículo 1261 del Código Civil, en relación con los requisitos esenciales para la validez de los contratos, al afirmar que «no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: ... causa de la obligación que se establezca»; teniendo en cuenta, además, que «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte» (artículo 1274 del Código Civil).

En primer lugar, el legalmente denominado hoy «contrato para la formación», regulado en el artículo 11.2 del ET y en el Real Decreto 488/1998, de 27 marzo<sup>3</sup>. Es la versión moderna del viejísimo y tradicional contrato de aprendizaje<sup>4</sup>, ya regulado en el año 1911 con la finalidad de que los jóvenes llegasen a aprender oficios manuales<sup>5</sup>. Aquí la «causa» del contrato está contaminada, en la medida en que el joven trabajador no se limita sólo a trabajar a cambio de un salario, sino que también debe proceder simultáneamente a recibir una formación teórica, que el empresario también está obligado a darle por sí mismo o por otros<sup>6</sup>. Esta formación teórica resulta tan jurídicamente relevante, que —de acuerdo con el artículo 11.2.k) del ET— «el contrato para la formación se presumirá de carácter común u ordinario cuando el empresario incumpla en su totalidad sus obligaciones en materia de formación teórica»<sup>7</sup>. Lógicamente, el tiempo dedicado a aprender forma parte de la jornada, pero no se retribuye, pues lo único que retribuye el empresario es el tiempo dedicado a trabajar, que no puede exceder del 85 por 100 de la jornada normal de trabajo<sup>8</sup>. Esta retribución proporcionalmente inferior

<sup>3</sup> Artículos 5 a 12 y 17 a 23.

<sup>4</sup> De hecho, aunque la redacción original del ET-1980 utilizaba la denominación de contrato «para la formación», entre diciembre de 1993 y mayo de 1997 se recuperó la tradicional de «aprendizaje», volviéndose de nuevo a la original del ET-1980 por medio del Real Decreto-ley 8/1997, de 16 mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida.

<sup>5</sup> Según la Ley de 17 julio 1911, «el contrato de aprendizaje es aquel en que el patrono se obliga a enseñar prácticamente, por sí ó por otro, un oficio ó industria, á la vez que utiliza el trabajo del que aprende, mediando ó no retribución, y por tiempo determinado» (artículo 1), pudiendo existir incluso «remuneración á favor ... del patrono ó maestro, cuando se estipule» (artículo 21). Sobre el tema, véase F.J. PRADOS DE REYES, *El contrato de aprendizaje*, Universidad (Granada, 1979), págs. 61 y ss.

<sup>6</sup> Véase P. RABANAL CARBAJO, *Los contratos de trabajo formativos*, Dykinson (Madrid, 2002), págs. 35 y ss.

<sup>7</sup> Por ello, resulta sorprendente —en realidad, intolerable— que pueda estipularse este contrato «formativo» aun cuando «el trabajador acredite ... que ha realizado un curso de formación profesional ocupacional adecuado al oficio o puesto de trabajo objeto del contrato», pues en tal caso «se entenderá cumplido el requisito de formación teórica» y, además, «la retribución del trabajador se incrementará proporcionalmente al tiempo no dedicado a la formación teórica» [artículo 11.2.e), párrafo cuarto, del ET].

<sup>8</sup> De hecho, en esta modalidad contractual el salario mínimo interprofesional constituye en realidad un «subsuelo» salarial, pues dicho mínimo puede reducirse en proporción al tiempo de trabajo efectivo [cfr. artículo 11.2.h) del ET].

que el trabajador percibe, unida al dato de que se trate de trabajadores carentes de protección por desempleo, es lo que convierte a los contratos de este tipo (que incluso llegaron a denominarse, en su día, «contratos basura») en contratos de trabajo relativamente indeseables<sup>9</sup>. De ahí, entre otras cosas, que deba tratarse necesariamente de contratos de duración determinada («la duración mínima del contrato será de seis meses y la máxima de dos años» [artículo 11.2.c) del ET])<sup>10</sup> y, además, de contratos irrepetibles («expirada la duración máxima del contrato para la formación, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa» [artículo 11.2.d) del ET]).

Se trata, en efecto, de una modalidad dirigida a la contratación de trabajadores jóvenes sin formación, pues sólo se puede celebrar el contrato «con trabajadores mayores de dieciséis años y menores de veintinueve años que carezcan de la titulación requerida para realizar un contrato de trabajo en prácticas» [artículo 11.2.a) del ET]<sup>11</sup>.

La formación teórica —que debe ocupar al menos el 15 por 100 de la jornada normal de trabajo— «se impartirá siempre fuera del puesto de trabajo», aunque puede tener lugar en la propia empresa, cuando «cuenta con aulas o espacios y medios adecuados para este fin» (artículo 10.3 del Real Decreto 488/1998)<sup>12</sup>. Dicha formación teórica, además, «será de carácter profesional y se vinculará, en su caso, a los contenidos teóricos de los módulos formativos del certificado de profesionalidad de la ocupación relacionada con el oficio o puesto de trabajo a desempeñar» (artículo 10.1 del Real Decreto 488/1998)<sup>13</sup>.

Que se trata de un contrato relativamente indeseable, incluso para el legislador, lo prueba igualmente el hecho de que se regule el número máximo de contratos para la formación que se pueden estipular en una empresa, en función del tamaño de su plantilla [cfr. artículos 11.2.b) del ET y 7 del Real Decreto 488/1998].

<sup>9</sup> Afortunadamente, esta modalidad contractual cuenta, desde mayo de 1997, con protección social no sólo frente a riesgos profesionales, sino también frente a riesgos comunes [cfr. artículo 11.2.i) del ET].

<sup>10</sup> Dicha duración máxima puede ampliarse, por convenio colectivo sectorial, «a tres años, o a cuatro años cuando el contrato se concierte con una persona minusválida» [artículo 11.2.c) del ET].

<sup>11</sup> Repárese en que el mismo artículo 11.2.a) del ET eleva el límite de edad a veinticuatro años en un caso concreto («cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de escuelas taller y casas de oficio»), mientras que en otros dos casos el propio precepto suprime dicho límite («cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de talleres de empleo o se trate de personas con discapacidad»).

<sup>12</sup> Además, la citada formación teórica puede impartirse: 1) «en los centros de formación creados por las empresas, por las organizaciones empresariales o sindicales, o por las organizaciones empresariales y sindicales de forma mancomunada»; 2) «en centros públicos de formación o centros privados acreditados por las Administraciones laborales o educativas, en el ámbito de sus respectivas competencias»; ó 3) «a través de centros de enseñanza a distancia acreditados por las Administraciones educativas o laborales» (artículo 10.3 y 4 del Real Decreto 488/1998). Precisamente por ello, el empresario «deberá conceder al trabajador los permisos necesarios para recibir dicha formación» (artículo 8.2 del Real Decreto 488/1998). Véase F. MARTIN PUEBLA, *Formación profesional y contrato de trabajo. Un estudio sobre la adquisición de cualificación profesional a cargo de la empresa*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1998), págs. 158 y ss.

<sup>13</sup> Sobre el tema, véase el Real Decreto 1506/2003, de 28 noviembre, por el que se establecen las directrices de los certificados de profesionalidad (esta norma deroga el Real Decreto 797/1995, de 19 mayo, citado por el artículo 10.1 del Real Decreto 488/1998).



En segundo lugar, el legalmente denominado «contrato de trabajo en prácticas», regulado en el artículo 11.1 del ET y en el citado Real Decreto 488/1998<sup>14</sup>. Se parece mucho al recién mencionado contrato para la formación —ambos son, según el ET, «contratos formativos»<sup>15</sup>—, pero con la diferencia de que aquí el trabajador (que debe poseer un «título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, que habiliten para el ejercicio profesional» [artículo 11.1 del ET]) es contratado para permitirle «la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados» [artículo 11.1.a) del ET]<sup>16</sup>. Sigue resultando ser también un contrato relativamente indeseable —de ahí que tenga exactamente la misma duración que el contrato para la formación, esto es, como mínimo seis meses y como máximo dos años—, puesto que aunque el trabajador en prácticas «desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo» que un trabajador ordinario, cobra menos que éste último; esto es, en principio, el 60 ó el 75 por 100 del salario de dicho trabajador ordinario, «durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente» [artículo 11.1.e) del ET]<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Artículos 1 a 4 y 17 a 23. Téngase en cuenta que la Ley Orgánica 6/2001, de 21 diciembre, de Universidades (esto es, la popularmente llamada LOU), regula al margen del ET verdaderos contratos de trabajo en prácticas, especiales sobre todo por causa de su duración (cuatro años) y de su retribución, que son los contratos laborales de «ayudantes» (artículo 49) y «ayudantes doctores» (artículo 50), afirmándose rotundamente de los primeros que «los ayudantes serán contratados ... con la finalidad principal de completar su formación investigadora», aunque «también podrán colaborar en tareas docentes en los términos que establezcan los Estatutos». La propia LOU también afirma que «las posibilidades de contratación de personal previstas en esta Ley [por ejemplo, ayudantes o ayudantes doctores] para las Universidades públicas se entienden sin perjuicio de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 13/1986» (disposición adicional 13ª), teniendo en cuenta que la norma aludida —que es la Ley 13/1986, de 14 abril, de fomento y coordinación general de la investigación— permite en el precepto aludido que las Universidades públicas puedan estipular «contratos laborales», bien «para la realización de un proyecto específico de investigación» [contratos que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, aunque con algunas particularidades], bien «para la incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología» (contratos que «se registrarán por el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores», aunque igualmente con algunas particularidades).

<sup>15</sup> Un equivalente civil de estas modalidades de contratos de trabajo «formativos» lo hallamos, por ejemplo, en el supuesto de los «pasantes» de abogados, al que se refiere el Estatuto General de la Abogacía Española, afirmando que «no se perderá la condición de abogado que ejerce como titular de su propio despacho individual cuando ... tenga en su bufete pasantes o colaboradores, con o sin relación laboral con los mismos» [artículo 27.1.a)]; precepto éste mortalmente tocado por la disposición adicional primera de la Ley 22/2005, de 18 noviembre, por la que se crea la «relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos», y en la que se afirma que «en los términos establecidos en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores ..., se podrán concertar contratos de trabajo en prácticas» (apartado 1, párrafo tercero). Lógicamente, esta reforma hace decaer la reiterada jurisprudencia laboral que venía negando la existencia de relación laboral respecto de este supuesto, habitualmente en pleitos por despido (cfr., por ejemplo, SsTSJ Madrid de 22 mayo 1997 [Ar. 4696] y Cataluña de 30 julio 1999 [Ar. 3455]).

<sup>16</sup> En relación con las titulaciones de formación profesional, debe verse el Real Decreto 362/2004, de 5 marzo, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional específica.

<sup>17</sup> Lógicamente, el salario «no podrá ser, en ningún caso, inferior al salario mínimo interprofesional» (artículo 2.1 del Real Decreto 488/1998).

Que se trata de un contrato relativamente indeseable, lo confirma el hecho de que sólo se pueda estipular «dentro de los cuatro años, o de seis años cuando el contrato se concierte con un trabajador minusválido, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios» (artículo 11.1 del ET).

En este mismo sentido, se trata —como el contrato para la formación— de un contrato irrepetible, pues «ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años en virtud de la misma titulación» [artículo 11.1.c) del ET].

En fin, a pesar de su necesaria finalidad formativa, quedan fuera del ámbito de esta modalidad contractual, en principio, las relaciones formalizadas en virtud de programas de «becas», a mirar con recelo y cautela —pues el hecho de que tales programas suelen conllevar la prestación efectiva de servicios por parte del becario, favorece la existencia de situaciones fraudulentas en las que, bajo el ropaje de supuestas becas, se disimulan auténticos contratos de trabajo<sup>18</sup>—, lo que explica la minuciosa regulación reglamentaria del «Estatuto del personal investigador en formación»<sup>19</sup>.

En tercer lugar, el denominado «período de prueba», regulado en el artículo 14 del ET<sup>20</sup>. Es un verdadero contrato de trabajo (en el que el trabajador a prueba trabaja a cambio de un salario), pero preliminar, en el sentido de que precede a la ejecución normal (o sin prueba) de cualesquiera contratos de trabajo, incluidos los recién citados contratos formativos<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Relación laboral —y no beca— que se da allí donde falta la finalidad formativa, o donde la misma tiene un escaso peso. Véase, por ejemplo, una STSud de 26 junio 1995 (Ar. 5365), afirmando que «la calificación de laboralidad descansa ... sobre la base ... de que este provecho de la entidad empleadora ha prevalecido en el desarrollo de la relación sobre el provecho personal y científico del demandante». El tema viene siendo denunciado por la doctrina científica desde siempre (cfr. J.L. GOÑI SEIN, «Las becas y el encubrimiento de contratos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 14 [1983], págs. 293 y ss.).

<sup>19</sup> Sobre este último, véase el Real Decreto 63/2006, de 27 enero, en el que —sobre la base de que «tienen la condición de personal investigador en formación aquellos graduados universitarios que sean beneficiarios de programas de ayuda dirigidos al desarrollo de actividades de formación y especialización científica y técnica», al menos correspondientes a «estudios oficiales de doctorado» (artículo 2.2), y de que tales programas (por ejemplo, de becas FPI, predoctorales autonómicas, etc.) deben figurar inscritos en el «registro general de programas de ayudas a la investigación» (artículo 3)— se establece lo siguiente: 1) el «personal investigador en formación» se encontrará en situación inicial «de beca, que comprenderá los dos primeros años desde la concesión de la ayuda» [artículo 4.1.a)]; 2) tras estos dos años iniciales —y supuesta la obtención del «Diploma de Estudios Avanzados» o documento que en el futuro lo sustituya—, el personal en cuestión «formalizará un contrato laboral con el organismo, centro o institución al que esté adscrito» [artículo 4.1.b)], que —por razones de la duración máxima del mismo— será «un contrato de trabajo en prácticas, que cubra, como máximo, los años tercero y cuarto desde la concesión de la ayuda a la investigación, con la finalidad de realizar la correspondiente tesis doctoral» (artículo 8.1), cuyos costes serán financiados por «la entidad convocante del correspondiente programa de ayuda a la investigación» (artículo 8.3); y 3) el «personal investigador en formación de beca beneficiario de las ayudas otorgadas con cargo a los programas incluidos en el ámbito de aplicación de este Real Decreto queda asimilado a trabajador por cuenta ajena, a los efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social» (disposición adicional 1ª.1).

<sup>20</sup> La historia y la funcionalidad del período de prueba constan ejemplarmente estudiadas en A. MARTIN VALVERDE, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo (Madrid, 1976), págs. 47 y ss. y 145 y ss., respectivamente.

<sup>21</sup> Cfr. artículos 11.1.d) del ET y 18 del Real Decreto 488/1998, que si bien remiten en bloque a lo dispuesto en el artículo 14 del ET respecto del contrato para la formación, incluyen alguna disposición específica respecto del contrato de trabajo en prácticas (en concreto, sobre su duración).

En realidad, se trata de un pacto accesorio que el empresario obliga a estipular «por escrito» al trabajador cuando ambos celebran el contrato de trabajo<sup>22</sup>, con la finalidad —que es lo que contamina la «causa» del contrato— de comprobar si ese trabajador le vale o no (técnicamente, para «realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba» [artículo 14.1, párrafo segundo]). Implica, por tanto, que el trabajador queda en situación de «despido libre» mientras no transcurre el período de prueba en cuestión, puesto que el empresario puede libremente rescindir el contrato sin necesidad de alegar ninguna justa causa ni deberle indemnización ninguna al trabajador. De ahí, por tratarse nuevamente de un contrato indeseable, que el artículo 14.1 del ET imponga la duración determinada del mismo —aunque dejando la regulación del tema, en principio, en manos de los convenios colectivos—, de manera que «transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos [esto es, desaparece la citada situación de “despido libre”], computándose el tiempo de servicios prestados [a prueba] en la antigüedad del trabajador en la empresa» (artículo 14.3, párrafo primero, del ET).

La situación de «despido libre» en que se encuentra el trabajador a prueba tiene una limitación, derivada del respeto por los derechos fundamentales, supuesto que la resolución del contrato de trabajo no puede esconder un comportamiento discriminatorio del empresario<sup>23</sup>.

La regla general, desde 1994, es que la duración del período de prueba tendrá «los límites ... que ... se establezcan en los convenios colectivos» (artículo 14.1, párrafo primero, del ET), lo que da lugar en la práctica, en algún caso, a la imposición por convenio colectivo de plazos aberrantes de duración del período de prueba<sup>24</sup>. Sólo si el convenio colectivo no establece nada al respecto, la duración no podrá exceder «de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores», teniendo en cuenta —igualmente

<sup>22</sup> De hecho, el período de prueba se tiene por inexistente si no aparece explicitado en el contrato de trabajo, incluso en el caso de que el convenio colectivo aplicable se refiera a él, pues «el período de prueba recogido en los Convenios Colectivos no tiene virtualidad directa, y sus previsiones no son suficientes para entenderlo existente» (cfr. STSud de 5 octubre 2001 [Ar. 9590]). Sin embargo, sí se presume su existencia en todo caso, durante quince días, en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (cfr. artículo 4.3 del Real Decreto 1424/1985, de 1 agosto).

<sup>23</sup> En efecto, que la resolución del período de prueba «no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria» (cfr. SsTC 94/1984, de 16 octubre, y 166/1988, de 26 septiembre). Sobre éste y otros supuestos en los que la decisión extintiva del empresario puede ser constitutiva de despido, véase R.P. RON LATAS, «Algunos supuestos de calificación del desistimiento empresarial durante el período de prueba como despido disciplinario», *Actualidad Laboral*, núm. 17 (1998), págs. 331 y ss.

<sup>24</sup> Es el caso, por ejemplo, del convenio colectivo de la empresa «Arthur Andersen y Cía., S. Com.», apresurándose a establecer para el ingreso en la misma un período de prueba de tres años (cfr. BOE de 10 diciembre 1994). Sobre la libertad convencional en este punto, véase A. DE VAL TENA, *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas (Madrid, 1998), págs. 63 y ss.

en la hipótesis de silencio convencional— que «en las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados» (artículo 14.1, párrafo primero, del ET)<sup>25</sup>.

Se trata, además —como los contratos formativos—, de un contrato irrepentible, pues «será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación» (artículo 14.1, párrafo tercero, del ET)<sup>26</sup>.

**§4.** Además de un contrato con «causa» pura, el contrato de trabajo común, ordinario o típico es también un contrato de trabajo fijo o de duración indefinida. Aunque el ET parte de una equiparación neutra entre contratos de trabajo de duración indefinida y contratos de trabajo de duración determinada, al afirmar que «el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada» (artículo 15.1 del ET), lo cierto es que en la regulación de este tema de la duración del contrato de trabajo subyace una clara preferencia por los contratos de trabajo de duración indefinida, que son los que realmente le interesa estipular al trabajador<sup>27</sup>. Esta preferencia es lo que se conoce con el nombre de «principio de estabilidad en el empleo»<sup>28</sup>, que fue revitalizado —tras muchos años de postración,

<sup>25</sup> Períodos distintos de duración se establecen para el personal laboral de alta dirección (cfr. artículo 5 del Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto), para los deportistas profesionales (cfr. artículo 5 del Real Decreto 1006/1985, de 26 junio) y para los artistas profesionales (cfr. artículo 4 del Real Decreto 1435/1985, de 1 agosto).

<sup>26</sup> Sobre el tema, véase STSud de 18 enero 2005 (Ar. 2425), que considera aplicable este precepto aun en supuestos de dos empresas distintas, si se logra acreditar que la segunda empresa conocía la aptitud del trabajador en cuestión, de modo que pueda afirmarse que «carece de justificación la actuación empresarial, que impuso un período de prueba a quien previamente había acreditado suficientemente su aptitud por el ejercicio precedente de iguales tareas, aptitud conocida además por la empresa, dadas las circunstancias concurrentes».

<sup>27</sup> Dicha preferencia aparecía con mucha más nitidez en la redacción original del ET-1980 (cambiada por la actualmente vigente en mayo de 1994), pues el artículo 15.1 afirmaba entonces que «el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido».

<sup>28</sup> Hasta 1976, la existencia de este principio se deducía de reiteradísima jurisprudencia laboral —que interpretaba los preceptos sobre duración del contrato contenidos en las reglamentaciones nacionales del trabajo entonces vigentes—, en la que se afirmaba que «el Derecho Laboral se inspira en el principio de estabilidad en el empleo» (STCT de 27 marzo 1974 [Ar. 1529], por todas). De acuerdo con esta jurisprudencia tradicional, «lo normal ha de ser que las necesidades permanentes de la empresa sean atendidas precisamente con personal de contratación asimismo permanente, siendo los casos de contratación eventual o por plazos determinados una excepción, que debe ampararse en alguna razón o causa que justifique dicha temporalidad» (STCT de 21 abril 1975 [Ar. 1972], por todas). Por ello, la mejor doctrina de la época sostenía que «debe ser la duración real del trabajo, y no la voluntad de las partes, la determinante de la extensión en el tiempo del contrato» (cfr. M. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Facultad de Derecho-Universidad Complutense [Madrid, 1976], pág. 141). La Ley de Relaciones Laborales de 1976 consagró, por vez primera en el plano de la legislación laboral española, este principio —justo en el momento en que iba a comenzar a declinar— regulándolo en su sección VI (rubricada «Garantías de la estabilidad de la relación de trabajo»), artículos 14 a 21. Hoy aparece mencionado en el artículo 17.3 del ET (en la redacción que se le dio en 1997), allí donde habla de que las medidas gubernamentales de fomento del empleo «se orientarán prioritariamente a fomentar el *empleo estable* de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido» (párrafo tercero).

especialmente desde 1984<sup>29</sup>— por el «Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo» de 1997 estipulado por CCOO y UGT, del lado sindical, y por CEOE y CEPYME, del lado patronal. Se trata de un Acuerdo Interconfederal estipulado en línea con las normas contenidas en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 junio 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en la que con toda rotundidad se afirma que «los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento»<sup>30</sup>. Acerca del carácter emblemático de este «Acuerdo Interconfederal», baste indicar que sigue teniéndose

<sup>29</sup> Aunque la postración la inicia el Real Decreto-ley 18/1976, de 8 octubre, sobre medidas económicas (su artículo 11 afirmaba que «las Empresas podrán contratar, hasta el 31 de marzo de 1977, a personas en situación de desempleo o que accedan a su primer empleo, con carácter eventual, por plazo no superior a seis meses, *cualquiera que sea la naturaleza del trabajo a que hayan de adscribirse*»), la laminación de este principio —sin que se redujesen las cifras de paro, sino más bien todo lo contrario, pero con un incremento brutal al tiempo de los índices de precariedad laboral— se produjo, en realidad, en el período comprendido entre 1984 y 1996, al permitirse al empresario la estipulación de los tres siguientes tipos de contratos precarios: 1) el «contrato de trabajo temporal, como medida de fomento del empleo» (creado por la Ley 32/1984, de 2 agosto, de reforma parcial del ET-1980, y reglamentado por el Real Decreto 1989/1984, de 17 octubre), de duración no inferior a seis meses ni superior a tres años, y para contratar «trabajadores desempleados que figuren inscritos en la correspondiente Oficina de Empleo para la realización de sus actividades, *cualquiera que fuera la naturaleza de las mismas*» (artículo 1.1 del Real Decreto 1989/1984), y, por tanto, también para cubrir la actividad permanente y normal de la empresa (la Ley 10/1994, de 19 mayo, restringió luego su utilización a la contratación de minusválidos, trabajadores mayores de 45 años y parados perceptores de prestaciones por desempleo, con la importante novedad respecto de este último tipo de parados, de que el empresario podía beneficiarse de notables reducciones en las cotizaciones de Seguridad Social); 2) el «contrato de lanzamiento de nueva actividad» (creado también por la Ley 32/1984, y reglamentado, primero, por el Real Decreto 2104/1984, de 21 noviembre, y luego, por el Real Decreto 2546/1994, de 29 diciembre), que era una nueva modalidad contractual precaria ideada para contratar trabajadores, por un máximo de tres años, «en los casos de las empresas de nuevo establecimiento o de aquellas ya existentes que amplíen sus actividades como consecuencia del lanzamiento de una nueva línea de producción, un nuevo producto o servicio o de la apertura de un nuevo centro de trabajo» (artículo 5.1 del Real Decreto 2104/1984, y artículo 5.1 del Real Decreto 2546/1994); y 3) el contrato de trabajo «eventual», pero sólo tras los cambios operados en su régimen jurídico por la Ley 11/1994, de 19 mayo, de reforma parcial del ET-1980, que permitió que los convenios colectivos sectoriales pudiesen libremente «modificar la duración máxima de estos contratos [en principio, de sólo seis meses] o el período dentro del cual se pueden realizar [en principio, de sólo doce meses] en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir» [cfr. artículo 15.1.b) del ET-1980, en la nueva redacción que se le dio], lo que provocó la estipulación de convenios colectivos sectoriales, que permitían la estipulación de contratos de trabajo «eventuales» con «una duración superior a dos años, pudiendo alcanzar a veces tres o más años (hasta cinco en algunos casos) a veces sin arco temporal, sino de manera continua», y con la pelada justificación convencional de «las especiales características del sector que conlleva frecuentes e irregulares períodos en los que se acumulan tareas y/o se producen excesos de pedidos» (cfr. J. LOPEZ GANDIA, «Los contratos de obra o servicio y eventualidad y la negociación colectiva», *Actualidad Laboral*, núm. 12 [1997], pág. 347); convenios colectivos sectoriales finiquitados, en este concreto punto, en el año 1997, al efecto de que no pudiese prolongarse indefinidamente la vigencia de este concreto tipo de cláusulas convencionales de carácter normativo (cfr. A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, Civitas [Madrid, 2000], pág. 162).

<sup>30</sup> Cfr. su Anexo, consideraciones generales, núm. 6. En la propia Directiva también se afirma que cabe «la utilización de contratos de trabajo de duración determinada basados en razones objetivas» (*ibidem*, núm. 7).

en cuenta todavía —incluso en 2006— como referente, para profundizar todavía más en la efectiva implantación del citado principio de estabilidad en el empleo.

Resulta inmediata del citado «Acuerdo Interconfederal», cuyo texto nunca se publicó en ningún periódico oficial, fue la promulgación de dos normas consecutivas, el Real Decreto-ley 8/1997, de 16 mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, y el Real Decreto-ley 9/1997, de 16 mayo, por el que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo<sup>31</sup>. Estas normas se convirtieron después en sendas leyes ordinarias homónimas, la Ley 63/1997, de 26 diciembre, y la Ley 64/1997, de 26 diciembre.

La última concreción de la filosofía a que obedece este «Acuerdo Interconfederal» ha sido jurídicamente formalizada por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 junio, para la mejora del crecimiento y del empleo<sup>32</sup>, que es fruto del Acuerdo homónimo que «el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT firmaron el pasado 9 de mayo» (apartado III, párrafo tercero, de su exposición de motivos)<sup>33</sup>.

En la época en que se suscribió este «Acuerdo Interconfederal» de 1997 se afirmaba, por los dirigentes sindicales que lo suscribieron, su objetivo de pasar con él de un sistema de contratación precaria «a la carta» a otro de «menú del día»<sup>34</sup>.

La primera prueba de esta preferencia la suministra el hecho de que sólo quepa celebrar válidamente contratos de trabajo de duración determinada (también llamados contratos «precarios») en supuestos muy concretos, rígidamente tasados por la ley<sup>35</sup>. Estos supuestos, enunciados en el artículo 15.1 del ET —desarrollado por el Real Decreto 2720/1998, de 18 diciembre<sup>36</sup>—, son tres, y se refieren a las siguientes

<sup>31</sup> En la exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/1997 se afirmaba expresamente lo siguiente: «En el mencionado Acuerdo interconfederal se reconoce explícitamente que el contexto actual se caracteriza por la alta tasa de desempleo existente en nuestro país (22 por ciento de la población activa), así como por la temporalidad (34 por ciento) y rotación de la contratación laboral que tiene graves efectos sobre la población trabajadora, el crecimiento económico, el funcionamiento de las empresas y el sistema de protección social»; y «asimismo se indica en el Acuerdo interconfederal que la actual tasa de desempleo juvenil (42 por ciento de la población menor de veinticinco años) aconseja la adopción de medidas específicas para este colectivo».

<sup>32</sup> Sobre su impacto —especialmente en materia de contratación, aunque no sólo—, véase J.J. FERNANDEZ DOMINGUEZ (Dirección y coordinación), *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, Laborum (Murcia, 2006), págs. 37 y ss.

<sup>33</sup> Un análisis pormenorizado de este «Acuerdo», en A. PEDRAJAS MORENO, T. SALA FRANCO y F. VALDES DAL-RE, *La Reforma Laboral 2006 (El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 9 de mayo de 2006)*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2006), págs. 45 y ss.

<sup>34</sup> Al día de hoy, todavía queda algún resto de «la carta» de contratos precarios aludida. En este sentido, a propósito del previsto en el Real Decreto 1194/1985, de 17 julio, véase STSud de 20 marzo 2002 (Ar. 5214).

<sup>35</sup> Véase J.I. GARCIA NINET (Director), *La contratación temporal*, Tirant lo blanch (Valencia, 1999), págs. 23 y ss.

<sup>36</sup> En el propio ET aparece algún supuesto más (por ejemplo, a propósito del contrato de relevo, en el artículo 12.6), aunque no equiparable a los del artículo 15.1, por su falta de relevancia social y jurídica. Fuera del ET existe algún supuesto adicional, como el de los contratos laborales de los profesores ayudantes y ayudantes doctores (ambos con una duración máxima de cuatro años), regulados en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 diciembre, de Universidades (artículos 49 y 50).

modalidades del contrato de trabajo<sup>37</sup>: 1) el contrato de trabajo «para la realización de una obra o servicio determinados» [artículo 15.1.a) del ET], que es un contrato con término resolutorio incierto, puesto que no puede preverse de antemano con exactitud cuánto durará el contrato<sup>38</sup>; 2) el contrato de trabajo «eventual», que es un contrato con término resolutorio cierto —que las partes deben concretar de antemano al celebrarlo—, de duración continua o discontinua no superior en principio a «seis meses» (si se trata de meses de trabajo discontinuos, los «seis meses» en cuestión no pueden sobrepasar el período de referencia de doce meses)<sup>39</sup>, y que sólo puede estipularse «cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran» [artículo 15.1.b) del ET]<sup>40</sup>; y 3) el contrato de trabajo «de interinidad»<sup>41</sup>, con dos modalidades distintas, que son el contrato de interinidad «por sustitución» (esto es, para «sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución» [artículo 15.1.c) del ET]<sup>42</sup> y el contrato de interinidad «por vacante» (esto es, «para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva» [artículo 4.1, párrafo segundo, del citado Real Decreto 2720/1998])<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Sobre el ahora desaparecido contrato precario de inserción, véase N. SIRVENT HERNANDEZ, *El contrato de inserción laboral y los programas públicos de mejora de la ocupabilidad*, Tirant lo blanch (Valencia, 2004), págs. 21 y ss.

<sup>38</sup> Precisamente por ello, «si el contrato fijara una duración o un término, éstos deberán considerarse de carácter orientativo», supuesto que «la duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio» (artículo 2.2 del Real Decreto 2720/1998). Véase, con referencias internacionales, M<sup>a</sup>. A. VICENTE PALACIO, *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Tirant lo blanch (Valencia, 1996), págs. 59 y ss.

<sup>39</sup> Además, esa duración máxima legal de «seis meses» puede ampliarse por convenio colectivo sectorial, sin que en ningún caso la ampliación pueda exceder de «doce meses» [artículo 15.1.b) del ET].

<sup>40</sup> Con un completo estudio histórico, véase I. BALLESTER PASTOR, *El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción*, Tirant lo blanch (Valencia, 1996), págs. 51 y ss.

<sup>41</sup> En extenso, con el estudio de todas sus variantes, véase M.J. MATEU CARRUANA, *El contrato de interinidad*, Atelier (Barcelona, 2005), págs. 91 y ss.

<sup>42</sup> Su duración será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido y, por tanto, el contrato se extingue cuando se produce la reincorporación del trabajador sustituido, cuando éste deja transcurrir el plazo establecido para la reincorporación, o también, cuando se extingue la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo [artículos 4.2.b) y 8.1.c) del Real Decreto 2720/1998]. Sobre el tema, clásico, distinguiéndolo de otras figuras afines, véase G. BARREIRO GONZALEZ, *La sustitución del trabajador con derecho de reserva. El contrato de interinidad*, Civitas (Madrid, 1986), págs. 50 y ss.

<sup>43</sup> Su duración será la del tiempo que dure el proceso de selección respectivo. En las Administraciones públicas se estará a lo que se prevea en cada caso en la normativa específica de aplicación, mientras que en las empresas privadas dicho tiempo no puede exceder de tres meses [artículos 4.2.b) y 8.1.c) del Real Decreto 2720/1998]. Sobre los orígenes aparentemente espurios de este contrato, véase P.T. RODRIGUEZ RAMOS, *El contrato de interinidad por vacante*, Tirant lo blanch (Valencia, 1996), págs. 13 y ss.

Aparte sus peculiaridades respectivas, estas tres modalidades contractuales poseen un régimen jurídico común<sup>44</sup>, en el que destaca —con independencia de lo relativo a su régimen de extinción, que se verá luego<sup>45</sup>— la necesidad de su formalización «por escrito»<sup>46</sup>, existiendo al respecto incluso modelos oficiales normalizados.

Se trata, en cualquier caso, de modalidades del contrato de trabajo también relativamente indeseables. Por ello, se establece la obligación a cargo del empresario de informar a los trabajadores temporales sobre la existencia de puestos de trabajo fijos que hubiesen quedado vacantes; obligación cuyo incumplimiento constituye una infracción del propio empresario sancionable por vía administrativa (artículos 15.7 del ET y 6.5 de la LISOS).

Las indemnizaciones legalmente previstas para el caso de extinción lícita de algunos de estos contratos, a ver luego, son otra muestra más del carácter indeseable de los mismos<sup>47</sup>.

La segunda prueba la suministra el hecho de que al empresario le resulte proporcionalmente más caro, desde el punto de vista de las cotizaciones sociales, contratar trabajadores precarios en vez de fijos. En efecto, la estipulación de contratos de obra o servicio determinados y de contratos eventuales le resulta más cara al empresario, desde el punto de vista de la cotización por desempleo, según vienen estableciendo las Leyes de Presupuestos Generales del Estado desde la de 1999. Además, la estipulación de contratos precarios de duración brevísima —salvo el de interinidad— se penaliza, también por esas mismas leyes, desde el punto de vista de la cotización empresarial por riesgos comunes, con un incremento del 36 por 100 de dicha cotización.

La penalización citada de la cotización por desempleo fue consecuencia de un pacto social de 1998 «suscrito en solitario por CCOO y ...[el] Gobierno, y que se transpuso mediante el art. 91.1.2 de la Ley 49/1998, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 ...; negociaciones éstas ... continuación de las habidas entre UGT, CCOO y el Gobierno de la Nación, y que precipitaron en el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 noviembre, sobre nueva regulación del trabajo a tiempo parcial»<sup>48</sup>.

En cambio, por razones de conciliación de la vida laboral y familiar, la legislación laboral bonifica la celebración de contratos de interinidad para la sustitución de trabajadores excedentes por cuidado de familiares<sup>49</sup>. Además, tienen coste cero para el empresario desde el punto de vista de la Seguridad Social tanto los trabajadores sustituidos (por razones de maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y por riesgo

<sup>44</sup> Cfr. artículos 5 a 10 del Real Decreto 2720/1998.

<sup>45</sup> Véase *infra*, Tema 23, §3.

<sup>46</sup> Cfr. artículos 8.2 del ET y 6 del Real Decreto 2720/1998. Si falta la forma escrita, el contrato precario se presume celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal (artículos 8.2 del ET y 9.1 del Real Decreto 2720/1998).

<sup>47</sup> Véase *infra*, Tema 23, §3.

<sup>48</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «Orientaciones del “Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social” de abril de 2001», en J. GARATE CASTRO (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social*, Revista Xurídica Galega (Santiago de Compostela, 2002), págs. 9 y 10.

<sup>49</sup> Véase disposición adicional 14ª del ET.



durante el embarazo) como sus sustitutos interinos, contratados al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 septiembre<sup>50</sup>.

La tercera prueba la suministra el hecho de que, según el artículo 17.3, párrafo tercero, del ET —en la redacción que se le dio como consecuencia del citado Acuerdo Interconfederal de 1997—, los eventuales estímulos públicos a la creación de empleo «se orientarán a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y a la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido». En este sentido, lo que el Gobierno fomenta desde 1997 es primordialmente la estipulación de un peculiar contrato de trabajo fijo<sup>51</sup>, denominado «contrato para el fomento de la contratación indefinida». Se trata, en principio, de un contrato atractivo para el empresario, fundamentalmente por dos razones: 1) se abarata la indemnización a pagar al trabajador en el caso más frecuente de despido injusto, que es la extinción del contrato por despido objetivo improcedente<sup>52</sup>; y 2) además, se abaratan las cotizaciones sociales que debe pagar el empresario, si es que contrata también este tipo de trabajadores fijos, bonificándole con cuantías y durante períodos variables —que hasta 2004 venían fijando anualmente las sucesivas leyes «de acompañamiento» de las de Presupuestos Generales del Estado, y que, desde 2004, vienen fijando estas últimas directamente— las cotizaciones que debe pagar a la Seguridad Social por riesgos comunes.

Para hallar el régimen jurídico de este peculiar contrato fijo resulta inútil acudir al ET, pues el mismo aparece contenido en dos tipos de normas con rango de ley completamente distintos.

En primer lugar, en la densa disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 julio<sup>53</sup>, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que es una norma de carácter «coyuntural» —no, por tanto, «estructural» como el ET—, cuya vigencia está sujeta a lo que sólo cabe jurídicamente calificar de verdadera condición resolutoria incierta<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Véase disposición adicional 2ª de la Ley 12/2001, de 9 julio.

<sup>51</sup> Sobre «los incentivos a la novación de contratos temporales en indefinidos en la normativa precedente a la reforma de 1997», véase J. PEREZ REY, *Estabilidad en el empleo*, Trotta (Madrid, 2004), págs. 96 y ss.

<sup>52</sup> Véase *infra*, Tema 24, §4.

<sup>53</sup> Esta norma trae causa del Real Decreto-ley homónimo 5/2001, de 2 marzo, que fue promulgado en vista de que la primera regulación del tema —contenida en el citado Real Decreto-ley 8/1997— sólo estaría vigente «los cuatro años siguientes a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley» (cfr. su disposición adicional 1ª.1).

<sup>54</sup> El apartado seis de dicha disposición adicional primera reconoce el carácter «coyuntural» de la misma, al afirmar lo siguiente: «en el marco del diseño de los planes y programas de política de empleo y del análisis del funcionamiento del mercado de trabajo, el Gobierno procederá a evaluar los efectos de esta medida para el fomento de la contratación indefinida, a fin de determinar la necesidad o no del mantenimiento de la misma y proponer, en su caso, las modificaciones que procedan».

En segundo lugar, en las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado, las cuales —en una disposición extravagante relativa al «Programa de fomento del empleo para el» año de que se trate, que suele ser un precepto densísimo, complejísimo y larguísimo— establecen los correspondientes incentivos y bonificaciones del Estado, fijando su ámbito subjetivo de aplicación —no del todo coincidente con el de los sujetos contratables en virtud del contrato para el fomento de la contratación indefinida, pero que virtualmente se solapa con él— y declarando su compatibilidad con los incentivos y bonificaciones que, al mismo efecto, puedan establecerse en las leyes autonómicas anuales «de acompañamiento» de las de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma correspondiente o directamente en estas últimas (mediante la afirmación, por ejemplo, de que «las bonificaciones aquí previstas no podrán, en concurrencia con otras medidas de apoyo público establecidas para la misma finalidad, superar el 60 por ciento del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica»).

En cualquier caso, los empresarios (privados y públicos), manifiestan tener una querencia irresistible por la celebración de contratos de duración determinada, que les conduce a forzar la celebración de contratos precarios en fraude de ley «respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos» legalmente<sup>55</sup>. En este sentido, un fraude de ley muy típico es el encadenamiento de sucesivos contratos precarios, con la finalidad de que el trabajador —que podría estar en esa cadena años y años— nunca adquiera la condición de fijo en la empresa. Frente a este fraude, la legislación laboral (sustantiva y procesal) y la jurisprudencia ofrecen diversos remedios, de los cuales el más efectivo es el ejercicio por parte del trabajador —siempre y cuando esté viva la relación precaria fraudulenta— de la correspondiente «acción de fijeza» ante los tribunales laborales, con la finalidad de que estos últimos declaren celebrado en fraude de ley su contrato precario y, en consecuencia, que tiene la condición de trabajador fijo en la empresa.

El ejercicio de esta «acción de fijeza» quedó normalizado en el ámbito laboral por la STC 71/1991, de 8 abril<sup>56</sup>. El éxito en su ejercicio protege adicionalmente al trabajador con la denominada «garantía de indemnidad», que «en el ámbito de las relaciones laborales ... se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el

<sup>55</sup> Cfr. artículo 7.2 de la LISOS. De ahí que exista una increíble litigiosidad sobre el tema, que registra J.R.MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo blanch (Valencia, 1999), págs. 15 y ss.

<sup>56</sup> Sobre el tema, véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 62 y ss. Según reiteradísima jurisprudencia laboral, cuando la empleadora en fraude de ley es una Administración pública, el éxito de estas acciones provoca que el demandante deba ser considerado como trabajador vinculado a la Administración pública por un contrato de trabajo «indefinido» —en realidad, similar a un interino por vacante—, pero no fijo de plantilla (cfr., por todas, una STSud de 20 enero 1998 [Ar. 1000]); contrato «indefinido» eventualmente extinguido luego, por parte de la Administración pública, mediante la causa de despido objetivo listada en el artículo 52.e) del ET (véase *infra*, Tema 24, §4).

trabajador de la tutela de sus derechos»<sup>57</sup>. Al ejercitar esta acción, el trabajador se beneficia de la presunción establecida en el artículo 15.5 del ET —que tiene muchos matices—, relativo como regla a que «sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos» (párrafo primero)<sup>58</sup>.

En estos mismos supuestos de encadenamiento de sucesivos contratos temporales precarios, si el trabajador espera a que el empresario le extinga el contrato por denuncia del término fraudulentamente pactado, debe demandar por despido. En estos casos, el trabajador despedido también se beneficia de la recién citada presunción del artículo 15.5 del ET, aplicándose en los casos no cubiertos por ella la reiterada jurisprudencia laboral, según la cual la extinción contractual es un despido improcedente, tanto «si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual ...[una vez] examinados todos los contratos sucesivos», como si no se hubiese producido una ruptura en la cadena por período de tiempo superior a veinte días hábiles entre contrato precario y contrato precario, pues «si se ha producido una interrupción en la secuencia contractual superior a los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, entonces sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad»<sup>59</sup>.

Existe, además, un proceso especial de seguridad social, regulado en el artículo 145bis de la LPL, relativo a este mismo tema del encadenamiento de contratos precarios fraudulentos. De acuerdo con este precepto, «si el trabajador [que solicita prestaciones por desempleo] hubiera percibido prestaciones [por desempleo] por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa», cabe que los servicios públicos de empleo demanden judicialmente al empresario, con la finalidad de que sea «declarado responsable del abono de las mismas ..., si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta»<sup>60</sup>.

**§5.** En fin, el contrato de trabajo común, ordinario o típico es un contrato a jornada completa, de manera que «el contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo

<sup>57</sup> Cfr. STC 14/1993, de 18 enero. Véase *infra*, Tema 19, §4.

<sup>58</sup> Téngase en cuenta que, el supuesto de hecho sobre el que se construye esta presunción no incluye «los contratos formativos, de relevo e interinidad» (artículo 15.5, párrafo tercero); y además, que los trabajadores sucesivamente contratados en fraude de ley por las Administraciones públicas nunca adquieren la condición de fijos, sino sólo la de indefinidos no fijos, puesto que el ET también afirma que «lo dispuesto en el artículo 15.5 de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable» (disposición adicional 15<sup>a</sup>).

<sup>59</sup> Todo ello, en STSud de 29 mayo 1997 (Ar. 4473).

<sup>60</sup> Véase *infra*, Tema 41, §6.

completo comparable» (artículo 12.1, párrafo primero, del ET)<sup>61</sup>. Dada la correspondencia estricta que existe entre tiempo de trabajo y retribución, se comprende fácilmente que se trate de un contrato indeseable, en principio, por cuanto el trabajador a tiempo parcial cobra siempre menos que el trabajador a tiempo completo comparable.

Según el propio legislador, «se entenderá por “trabajador a tiempo completo comparable” a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar» (artículo 12.1, párrafo segundo, del ET).

Como es lógico, desde un punto de vista cualitativo, los trabajadores a tiempo parcial gozan de los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Sin embargo, desde un punto de vista cuantitativo, algunos de esos derechos —como el relativo al salario— sólo pueden ser disfrutados por los trabajadores a tiempo parcial de manera proporcional, en función del tiempo trabajado [cfr. artículo 12.4.d) del ET]<sup>62</sup>.

Por lo demás, el contrato de trabajo a tiempo parcial debe formalizarse siempre por escrito y en modelo oficial, en el que deben hacerse constar «el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución» [artículo 12.4.a) del ET].

Aunque ahora —por exigencias del Derecho de la Unión Europea— se quiera presentar este contrato como un mecanismo favorecedor del empleo de personas con responsabilidades familiares (por ejemplo, mujeres) o con responsabilidades formativas (por ejemplo, estudiantes), lo cierto es que el contrato de trabajo a tiempo parcial sigue siendo un mecanismo de reparto del trabajo en tiempos de paro —trabajar menos para que trabajen todos— y, por tanto, un mal menor (si se trabaja menos, se trabaja, pero se cobra menos). Lo confirma la prolija regulación que de este contrato efectúa el artículo 12 del ET —precepto de longitud kilométrica y, por tanto, antiestética en el contexto de la longitud de los restantes preceptos del propio ET, quizá porque se trata de un precepto que carece de desarrollo reglamentario<sup>63</sup>—, que es extraordinariamente permisiva, puesto

<sup>61</sup> Sobre su atipicidad y posibles disfunciones, véase I. GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, Aranzadi (Pamplona, 1998), págs. 34 y ss. Desde la perspectiva de la legislación de Seguridad Social, R. ROQUETA BUJ, *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, CES (Madrid, 2002), págs. 11 y ss.

<sup>62</sup> Sobre el tema, a propósito de un complemento de antigüedad pactado en convenio colectivo, véase STS de 25 enero 2005 (Ar. 1199).

<sup>63</sup> La redacción actual de este precepto procede del Real Decreto-ley 15/1998, de 27 noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, cuya exposición de motivos confiesa que el mismo es «fruto ...[del] Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial y Fomento de su Estabilidad concluido el 13 de noviembre entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal, cuyo contenido incorpora la presente disposición». Véase J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares (Granada, 1999), págs. 24 y 25.

que admite muchos tipos de contrato a tiempo parcial susceptibles de ser lícitamente acordados (de duración indefinida, de duración determinada [con exclusión del contrato para la formación<sup>64</sup>, que ya es en sí mismo un contrato a tiempo parcial], el trabajo fijo-discontinuo, el pactado para prestarse en períodos de trabajo concentrado, el fosilizado contrato de relevo, etc.).

Frente a los contratos de trabajo a tiempo parcial de duración determinada, cabe la existencia de contratos de trabajo a tiempo parcial de duración indefinida. Estos últimos pueden ser, a su vez, de dos tipos distintos: para trabajar continuadamente a lo largo de todo el año o para trabajar sólo en determinados períodos del propio año (en actividades de campaña, de temporada o estacionales), que son los denominados contratos de «fijos-discontinuos»<sup>65</sup>. Aunque el ET pretenda distinguir los contratos de trabajo a tiempo parcial de duración indefinida para la realización de trabajos que se repitan en fechas *ciertas* (artículo 12.3) y los contratos de trabajo a tiempo parcial de duración indefinida que se repitan en fechas *inciertas* (artículo 15.8), calificando sólo a estos últimos como verdaderos trabajos de «fijos-discontinuos», lo cierto es que unos y otros resultan jurídicamente indistinguibles. En efecto, en ambos casos se cotiza por desempleo con arreglo al mismo sistema de día cotizado y por los mismos días de cotización, obligando incluso el ET en los de fechas «inciertas» a hacer constar en el contrato «de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria» (artículo 15.8, párrafo segundo), lo que explica que la Ley 45/2002, de 12 diciembre, debiese derogar el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 mayo, en la medida en que discriminaba —desde el punto de vista de las prestaciones por desempleo— a los trabajadores a tiempo parcial fijos de fechas *ciertas*<sup>66</sup>. Al efecto, téngase en cuenta que la Directiva 97/81/CE, de 15 diciembre 1997, del Consejo, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, impone tajantemente el «principio de no discriminación» de todos los trabajadores a tiempo parcial<sup>67</sup>.

Frente a estos «fijos-discontinuos» —que se encuentran en situación legal de desempleo (y por tanto, en situación asimilada a la de alta) durante los obligados períodos anuales «de inactividad»—, la legislación de Seguridad Social habla de «supuestos de *trabajo concentrado* en períodos inferiores a los de alta», en relación con trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial (como, por ejemplo, los parcialmente jubilados)<sup>68</sup>. Se trata de «aquellos supuestos en que los trabajadores [a tiempo parcial] hayan acordado con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que anualmente deben realizar se presten en determinados períodos de cada año», y en los que existan «períodos de inactividad superiores al

<sup>64</sup> Cfr. artículo 12.2 del ET.

<sup>65</sup> Véase A.J. VALVERDE ASENCIO, *La determinación del periodo de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo blanch (Valencia, 2002), págs. 21 y ss.

<sup>66</sup> Sobre esta discriminación, véase A. ARUFE VARELA, «El nuevo “compromiso de actividad”, situación legal de desempleo, y beneficiarios del subsidio por desempleo», *Actualidad Laboral*, núm. 33 (2002), págs. 726-727.

<sup>67</sup> Cfr. su artículo 2 y la cláusula 4ª de su Anexo.

<sup>68</sup> Sobre estos supuestos, véase el artículo 65.3 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre, en la redacción que le dio la disposición adicional tercera del Real Decreto 1131/2002, de 31 octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

mensual». Evidentemente, no cabe asimilarlos a los citados «fijos-discontinuos», pues estos trabajadores con «trabajo concentrado» se encuentran en situación «de alta» (y por tanto, no son legalmente desempleados) durante los períodos de inactividad voluntariamente acordados con su empresa.

Esta regulación de Seguridad Social relativa al «trabajo concentrado» explica, también, que sólo quepa calificar como fósil el denominado «contrato de relevo», regulado ahora en el artículo 12.6 del ET, y creado —en tiempos de gran confusión jurídica, por causa de los alarmantes índices de paro entonces existentes— por la citada Ley 32/1984, de modificación del ET-1980<sup>69</sup>. Se trata del contrato estipulado, en principio, «con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente», aunque nunca ha funcionado (lo que explica, por ejemplo, que ahora se permita incluso su estipulación no sólo para cubrir el tiempo que le resta al jubilado parcial para jubilarse totalmente, sino también por tiempo indefinido, y no sólo para cubrir la jornada supuestamente dejada vacante por el jubilado parcial, sino también a jornada completa), probándolo contundentemente el dato de que «no hay rastro [de él] en la jurisprudencia», o casi<sup>70</sup>.

Pero en relación con este indeciblemente prolijo artículo 12 del ET, lo que verdaderamente destaca son los tres siguientes aspectos, que desvirtúan totalmente la esencia del contrato de trabajo a tiempo parcial: 1) que dedique todo un larguísimo apartado —que es su número 5, con un contenido ordenado por letras, de la *a*) a la *h*)— a la regulación de lo que denomina «horas complementarias», que son las horas realizadas en exceso sobre la jornada a tiempo parcial, con la finalidad evidente —querida de algún modo tanto por el empresario (por razones organizativas) como por el trabajador (porque cobra más)<sup>71</sup>— de que este último se convierta de hecho en algo parecido a un trabajador a tiempo completo<sup>72</sup>; 2) que admita con naturalidad la existencia del trabajador pluriempleado a tiempo parcial, como una alternativa compatible incluso con la realización de las citadas horas complementarias, afirmando que «el pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por renuncia del trabajador», mediante un preaviso dado al empresario, entre otros supuestos, «por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial»<sup>73</sup>; y 3) que aunque regula premiosamente la «movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial», debiendo «el empresario ... informar a

<sup>69</sup> Véase E. GARRIDO PEREZ, *El contrato de relevo*, MTSS (Madrid, 1987), págs. 13 y ss.

<sup>70</sup> Véase M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, 23ª ed., Civitas (Madrid, 2005), pág. 324.

<sup>71</sup> «Las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuirán como ordinarias» [artículo 12.5.f) del ET]. Téngase en cuenta que «los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias» [artículo 12.4.f) del ET].

<sup>72</sup> Puesto que «en todo caso, la suma de las horas ordinarias y de las horas complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial» [artículo 12.5.c), párrafo segundo, inciso tercero, del ET].

<sup>73</sup> Artículo 12.5.g) del ET. Los otros supuestos aludidos se refieren a «la atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el artículo 37.5 de esta Ley», y a las «necesidades formativas, en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria».

los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que aquéllos puedan formular solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa» [artículo 12.4.e), párrafo segundo, del ET], resulta luego que la «viceversa» —esto es, la conversión del contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo— es lo único jurídicamente relevante, pues la LISOS considera infracción administrativa del empresario no informar al trabajador a tiempo parcial sobre la existencia de vacantes a tiempo completo en la empresa, omitiendo reputar infracción la falta de información a los trabajadores a tiempo completo sobre la existencia de vacantes a tiempo parcial<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Según su artículo 6.5, constituye la citada infracción «no informar a los trabajadores a tiempo parcial y con contratos de duración determinada o temporales sobre las vacantes existentes en la empresa, en los términos previstos en los artículos 12.4 y 15.7 del Estatuto de los Trabajadores».





---

## TEMA 14 LA OBLIGACION DE TRABAJAR

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Los caracteres de la obligación de trabajar. §2. El contenido de la obligación de trabajar. §3. El incumplimiento de la obligación de trabajar. §4. La inasistencia al trabajo. §5. La impuntualidad en el trabajo. §6. La disminución del rendimiento del trabajo. §7. La imposibilidad de la prestación laboral por culpa del empresario.

§1. La obligación de trabajar es la primera y principal de las obligaciones que se compromete a cumplir el trabajador, en virtud de la celebración del contrato de trabajo. Precisamente con ese nombre —«obligación de trabajar»—, aparece expresamente aludida en los artículos 20.2 y 45.2 del ET.

Es claro que la obligación de trabajar es una obligación de hacer, pero en modo alguno de dar, no resultando procedente hablar en sentido jurídico estricto de los «frutos» del trabajo, pues sólo las cosas (por ejemplo, los esclavos) pueden llegar a producirlos<sup>1</sup>.

Esta afirmación de que se trata de la primera y principal de las obligaciones del trabajador se entiende efectuada, lógicamente, desde el punto de vista del empresario, del mismo modo —pero ahora desde el punto de vista del trabajador— que la primera y principal de las obligaciones que asume el empresario, en virtud del contrato, es la de

---

<sup>1</sup> De ahí que el Tribunal Supremo afirmase en el siglo XIX que nuestros esclavos negros ultramarinos producían «frutos industriales», si trabajaban, oponiéndolos a los «frutos naturales» de las esclavas, representados por los hijos (esclavos también) que tenían (cfr. J. MARTINEZ GIRON, *Los pleitos de Derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1857-1891)*, Civitas [Madrid, 2002], págs. 57-58). El artículo 23 de la LCT-1931 dio algún pie para que pudiese hablarse de «frutos» del trabajo, aunque —como advierten M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Civitas (Madrid, 2005), pág. 50— «la expresión *fruto* debe ser aquí entendida de forma tan amplia que abarque todo resultado del trabajo productivo del hombre, intelectual o manual». De ahí la competencia de los tribunales laborales, hasta la promulgación de la Ley 11/1986, de 20 marzo, sobre régimen jurídico de las patentes de invención y modelos de utilidad (artículo 123), para conocer de los litigios entre empresario y trabajador sobre «invenciones laborales»; tema éste de máximo interés en los países tecnológicamente más avanzados, según demostró ejemplarmente F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *Litigios entre empresario y trabajador sobre patentes, secretos industriales y derechos de autor en los Estados Unidos*, Universidad (A Coruña, 1999), págs. 9 ss.

retribuir el trabajo prestado. En realidad, ambas obligaciones son la una la causa de la otra, y viceversa.

Con este carácter de obligaciones principales y recíprocas, que una y otra tienen, las menciona el artículo 45.2 del ET —a propósito de la suspensión del contrato de trabajo—, cuando afirma que «la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo».

Se trata de una obligación de carácter personalísimo o *intuitu personae*, que sólo puede cumplir el trabajador contratado pero no otra persona distinta actuando por él, a diferencia de lo que ocurre con la obligación de retribuir el trabajo, que el empresario puede cumplir, en cambio, personalmente o por medio de otro que le represente, le suceda o deba responder por él. Por eso, el artículo 1.1 del ET, al proceder a definir el trabajo cubierto por el Derecho del Trabajo, afirma que el trabajador se obliga a prestar precisamente «sus» servicios.

Dado que el trabajador se compromete a un hacer personalísimo —y por ello mismo, rigurosamente intransmisible a otros (herederos, por ejemplo)—, se explica que el contrato de trabajo se extinga automáticamente por la «muerte» del trabajador [artículo 49.1.e) del ET]<sup>2</sup>.

En cambio, quien trabaja en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios no asume necesariamente ninguna obligación personalísima de hacer, lo que permite distinguir por esta razón dicho contrato civil y el contrato de trabajo, en aquellos casos en que el trabajo prestado tiene carácter divisible (por ejemplo, en el llamado arrendamiento de servicios profesionales en régimen de «igualada»)<sup>3</sup>.

**§2.** El contenido de la obligación de trabajar —es decir, qué es lo que en concreto tiene que hacer el trabajador contratado, o, con terminología más técnica, cuáles son las concretas «funciones» de su puesto de trabajo<sup>4</sup>— debe convenirse entre ambas partes del contrato, afirmando al respecto el artículo 22.5 del ET que «por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo». No es normal, sin embargo, que consten pormenorizadamente en el contrato las funciones concretas de cada puesto de trabajo. En vez de ello, resulta mucho más frecuente que todas esas funciones se determinen indirectamente, por remisión a cierta unidad

<sup>2</sup> Véase *infra*, Tema 24, §2.

<sup>3</sup> Véase *supra*, Tema 4, §7 *in fine*.

<sup>4</sup> Cfr., en el ET, su artículo 22, apartados 2, 3 y 5, y sobre todo, su artículo 39 («movilidad funcional»). El ET utiliza repetidamente la expresión «puesto de trabajo», pero no en sentido técnico estricto (que es el propio de la legislación administrativa cuando habla, por ejemplo, de «relaciones de puestos de trabajo»), sino en otro mucho más amplio, que permite distinguir puestos de trabajo «permanentes» y «temporales» (cfr., por ejemplo, su artículo 15.7).

funcional abstracta, cuya asignación al trabajador contratado es lo que desde siempre se conoció con el nombre de «clasificación profesional»<sup>5</sup>.

La regulación de este tema, que contaba con referencias indiciarias en la LCT-1931<sup>6</sup>, se remonta a la Ley de reglamentaciones nacionales de trabajo de 16 octubre 1942, que ordenaba que estas peculiares normas administrativas sectoriales debieran contener la «clasificación del personal por especialidades profesionales, incluyendo las definiciones de todas y cada una de ellas» (artículo 11)<sup>7</sup>.

Tradicionalmente, esas unidades funcionales abstractas a las que se remite la voluntad de las partes eran las «categorías profesionales», que contaban, al menos desde 1958<sup>8</sup>, con una doble regulación rigurosamente complementaria. De una parte, la de las viejas reglamentaciones nacionales de trabajo y ordenanzas laborales, que fijaban pormenorizadamente los concretos cometidos, tareas o funciones de tales «categorías». De otro lado, la de los convenios colectivos, que señalaban el salario correspondiente a cada concreta «categoría profesional»<sup>9</sup>. Evidentemente, este sistema limitaba mucho la facultad del empresario de modalizar el contenido inicialmente acordado de la prestación laboral —facultad llamada «*ius variandi*» empresarial<sup>10</sup>—, al no podersele exigir al trabajador, en principio, funciones distintas de las correspondientes a la concreta «categoría profesional» que tuviese reconocida.

De ahí que debiese considerarse verdadero supuesto de novación del contrato de trabajo —técnicamente, «movilidad funcional vertical de carácter transitorio»<sup>11</sup>, por causa sobre todo

<sup>5</sup> Según el Real Decreto 1659/1998, de 24 julio —dictado en desarrollo del artículo 8.5 del ET—, el empresario cumple informando por escrito al trabajador (eventualmente, en el propio contrato de trabajo) acerca de «la categoría o el grupo profesional del puesto de trabajo que desempeñe el trabajador o la caracterización o la descripción resumida del mismo, en términos que permitan conocer con suficiente precisión el contenido específico del trabajo» [artículo 2.2.d)].

<sup>6</sup> Por ejemplo, «en el contrato de trabajo escrito deberán consignarse puntualmente cláusulas referentes a... la clase o clases de trabajo objeto del contrato» (artículo 20.1ª), de manera que «si no existiesen disposiciones, bases, acuerdos o pactos colectivos se prestará el trabajo corriente» (artículo 76, inciso 1º), teniendo en cuenta que «la clase y extensión de éste se regulará en tales casos por los usos de la explotación o industria en el lugar» (artículo 76, inciso 2º).

<sup>7</sup> Véase A. VINUESA ALADRO, «La clasificación profesional», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. IV, Edersa (Madrid, 1983), págs. 271 ss.

<sup>8</sup> Esto es, tras la promulgación de la primera Ley de convenios colectivos sindicales de 24 abril de dicho año.

<sup>9</sup> La redacción originaria del ET-1980, aunque algo forzosamente, se veía obligada a referirse a las viejas reglamentaciones y ordenanzas, a propósito de este tema, afirmando que «la clasificación profesional se realizará por acuerdo entre el trabajador y el empresario, con sumisión y en los términos establecidos en convenios colectivos y, en su defecto, en las *normas reglamentarias laborales*» (artículo 16.4).

<sup>10</sup> Sobre él, véase *infra*, Tema 21, §3.

<sup>11</sup> Véase *infra*, Tema 21, §3.

de sus repercusiones salariales—, y no mero ejercicio del citado «*ius variandi*» empresarial, la exigencia al trabajador de «trabajos de superior e inferior categoría», prolijamente regulada en el originario artículo 23 del ET-1980.

Pero el ET-1980 fue modificado en 1994<sup>12</sup>, con la finalidad de superar ese sistema tradicional de clasificación profesional<sup>13</sup>. Tras esta importante reforma, el concepto clave ha pasado a ser en la actualidad el de «grupos profesionales»<sup>14</sup>. Se trata de unidades funcionales mucho más amplias que las viejas «categorías profesionales» —pueden comprender varias o muchas de ellas<sup>15</sup>—, a definirse preferentemente por los convenios colectivos sectoriales estatales<sup>16</sup> —que sustituyeron progresivamente a las reglamentaciones nacionales de trabajo y ordenanzas laborales, definitivamente declaradas caducadas a partir de 31 diciembre 1995<sup>17</sup>—, y que pasan a constituir ahora el referente para fijar el salario (por tanto, «salario de grupo profesional») por parte de los convenios colectivos, aunque el salario «de grupo» en cuestión no lo fijen necesariamente dichos convenios colectivos sectoriales estatales, pues también pueden fijarlos —como manifestación de la llamada negociación colectiva «articulada» o en cascada<sup>18</sup>— los convenios sectoriales de ámbito territorial menor o los convenios de empresa.

Aparte su preferencia por los «grupos profesionales», el ET considera ahora igualmente admisibles, como nuevos sistemas de clasificación profesional, los basados en la fijación de «categorías [profesionales] equivalentes» (artículo 22.3)<sup>19</sup> o en el establecimiento —frecuente sobre todo en los convenios colectivos de empresa— de «niveles» salariales (artículo 22.5).

<sup>12</sup> En virtud de la Ley 11/1994, de 19 mayo.

<sup>13</sup> Véase F.A. ALEMAN PAEZ, *El encuadramiento profesional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1995), págs. 50 ss.

<sup>14</sup> Por cierto, ya conocido en la originaria redacción del ET-1980 (cfr. su artículo 39).

<sup>15</sup> Según el artículo 22.2 del ET, «se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales».

<sup>16</sup> Cfr. artículo 84, párrafo 3º, del ET, que considera «materias no negociables en ámbitos inferiores» —si así lo establecen los citados convenios colectivos sectoriales estatales—, entre otras, «los grupos profesionales».

<sup>17</sup> Véase *supra*, Tema 6, §5.

<sup>18</sup> Permitida por el artículo 83.2 del ET, cuando habla de «complementariedad de las diversas unidades de negociación». Véase *infra*, Tema 29, §2.

<sup>19</sup> Según este precepto, «se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de adaptación o formación». Su carácter subsidiario como método de clasificación profesional lo evidencia el artículo 39.1 del ET, al afirmar que «a falta de definición de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes».

Evidentemente, el cambio operado lo que pretende es reforzar el «*ius variandi*» empresarial, pues ahora el empresario puede modalizar el contenido de la prestación laboral dentro de los límites funcionales mucho más amplios marcados por la pertenencia del trabajador a un «grupo profesional». Y es que frente al tradicional trabajador monovalente, confinado en una concreta «categoría», el concepto de moda que pretende relanzar ahora el ET es el de la «polivalencia funcional»<sup>20</sup>.

Prueba ese reforzamiento el hecho de que lo que originariamente era novación del contrato de trabajo —o «movilidad funcional vertical de carácter transitorio», recuérdese— por realización de «trabajos de superior e inferior categoría», haya pasado a ser ahora en el ET novación del contrato de trabajo —con sus consiguientes repercusiones salariales— por realización de «funciones superiores [o inferiores] a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes» (artículo 39)<sup>21</sup>.

Congruentemente, lo que en el ET-1980 eran «ascensos de categoría profesional» (artículo 24.1), aparece genéricamente regulado hoy en el ET —eludiendo toda referencia a las viejas «categorías»—, mediante la indicación de que «los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores» (artículo 24.1, párrafo 1º)<sup>22</sup>.

En cualquier caso, la efectividad de esta reforma de 1994 está muy condicionada por lo que se acuerde al respecto en los convenios colectivos. Por ello, teniendo presentes todas las inercias que caracterizan en España a quienes suelen negociarlos, el nuevo artículo 22.1 del ET —en la redacción que también se le dio en 1994—, convalidando incluso los sistemas tradicionales de clasificación profesional por «categorías profesionales» —que pretende superar, pero que aún siguen regulando muchos convenios colectivos—, sienta con toda prudencia la regla general de que «mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores, por medio de categorías o grupos profesionales».

<sup>20</sup> Incluso la extragrupal y no sólo la meramente intragrupal, pues según el artículo 22.5, párrafo 2º, del ET, «cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que resulten prevalentes».

<sup>21</sup> Cfr. además, siempre en el ET, sus artículos 12.4.e), párrafo 3º (a propósito del trabajo a tiempo parcial), y 46.3, párrafo 5º (a propósito de las excedencias).

<sup>22</sup> Esta genérica regulación de los ascensos se completa con dos reglas adicionales, asimismo genéricas: la de que «en todo caso, los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario» (artículo 24.1, párrafo 2º); y la de que «los criterios de ascenso en la empresa se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo» (artículo 24.2).

El instrumento convencional que permitió a la gran patronal dar impulso a los cambios auspiciados por la reforma en este punto del ET, fue el AINC-1997<sup>23</sup>, según el cual —precisamente en el plano de la negociación colectiva sectorial estatal— «se trataría de sustituir las categorías profesionales por grupos profesionales»<sup>24</sup>, teniendo en cuenta que «el Convenio Colectivo sectorial deberá precisar el procedimiento a seguir, para que en el nivel de empresa se pueda efectuar la adaptación de las viejas categorías laborales a los nuevos grupos profesionales»<sup>25</sup>. Esta aspiración programática fue luego reconducida a un modelo «real» de convenio colectivo sectorial estatal, verdaderamente «moderno» en materia de clasificación profesional, por el ACV-1997<sup>26</sup>.

La LPL —que regula con extrema parquedad un proceso laboral especial en materia de «clasificación profesional» (artículo 137), en el que sólo se alude genéricamente a «la actividad» desarrollada por el trabajador— permanece todavía inmune al cambio, pues al proceder a regular el proceso laboral especial de despido, continúa exigiendo que el trabajador haga constar en su demanda su «categoría profesional» [artículo 104.a)], y luego que entre los hechos que se estimen probados en la sentencia conste de nuevo la «categoría profesional» correspondiente al despido [artículo 107.c)].

Por su parte, la normativa anual sobre cotización a la Seguridad Social aún sigue clasificando a los cotizantes en once «grupos de cotización», correspondientes a otras tantas «categorías profesionales» (que van desde «Ingenieros y Licenciados» hasta «Peones» y «Trabajadores menores de dieciocho años, cualquiera que sea su categoría profesional»)<sup>27</sup>.

**§3.** Como cualquier otra obligación contractual, la obligación de trabajar debe cumplirla el trabajador ajustándose a las reglas de la diligencia y de la buena fe<sup>28</sup>. El ET, sin embargo, procede a regular el incumplimiento de la obligación de trabajar ligándolo no a esos dos conceptos abstractos y genéricos procedentes del Derecho común<sup>29</sup>, sino a otros conceptos mucho más concretos y típicamente laborales, que son los de asistencia al trabajo, puntualidad en el trabajo y rendimiento en el trabajo.

Evidentemente, caben incumplimientos de la obligación de trabajar no reconducibles a la inasistencia, las impuntualidades o la falta de rendimiento. Es el caso —regulado por los convenios colectivos—, por ejemplo, de la «imprudencia o negligencia en el trabajo»,

<sup>23</sup> Sobre él, véase *infra*, Tema 28, §2 *in fine*.

<sup>24</sup> Apartado IV.3º, párrafo 1º.

<sup>25</sup> Apartado IV.3º, párrafo 3º.

<sup>26</sup> Cfr. los Capítulos I («Estructura profesional») y II («Promoción de los trabajadores») de su Título II. Sobre él, véase *infra*, Tema 28, §2 *in fine*.

<sup>27</sup> El ET contiene una referencia expresa a «la base mínima del grupo de cotización al que corresponda la categoría profesional desempeñada por el trabajador», en su artículo 15.1.d), párrafo 2º.

<sup>28</sup> Véase G. BARREIRO GONZALEZ, *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador*, IELSS (Madrid, 1981), págs. 71 ss. Significativamente, la LCT-1931 afirmaba que «el deber primordial del trabajador es la diligencia en el trabajo» (artículo 72).

<sup>29</sup> Cfr., en el Código Civil, fundamentalmente sus artículos 1104, párrafo 1º («la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»), y 1258 («los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley»).

especialmente si «de ellas derivasen perjuicios graves a la empresa, causaren averías a las instalaciones, maquinarias y, en general, bienes de la empresa o comportasen riesgo de accidente para las personas»<sup>30</sup>. Estos otros casos los encaja la jurisprudencia en la causa genérica de despido, regulada en el artículo 54.2.d) del ET, relativa a «la transgresión de la buena fe contractual».

La conexión entre el cumplimiento de la obligación de trabajar y los citados paradigmas comunes de diligencia y buena fe aparece explicitada en dos ocasiones por el ET<sup>31</sup>: 1) en su artículo 5.a), según el cual el trabajador tiene como deber básico «cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia»; y 2) en su artículo 20.2, relativo a que «en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél... y, en su defecto, por los usos y costumbres» (inciso 1º), sometiéndose ambos «en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe» (inciso 2º).

**§4. La inasistencia al trabajo**, en cuanto que incumplimiento individual de la obligación de trabajar, aparece regulada en el artículo 54.2.a) del ET, que considera incumplimiento contractual del trabajador, susceptible de llegar a provocar su despido disciplinario, «las faltas repetidas e injustificadas de asistencia... al trabajo».

La causa de despido en cuestión se remonta, con idéntico tenor literal, a la LCT-1931 (artículo 89.6ª).

En estos casos, la justificación de la ausencia —que puede ser posterior a la misma— pide, como regla general, el «previo aviso» al empresario, en cuanto que manifestación típica de diligencia y de buena fe por parte del trabajador. Y así lo exige expresamente el ET, a propósito del supuesto por antonomasia de ausencia justificada al trabajo, que es la representada por los «permisos» retribuidos (artículo 37.3).

El previo aviso justificador de la inasistencia puede ser dado por el propio trabajador afectado o por otros en su nombre, habiendo sostenido razonablemente la jurisprudencia laboral que «la no presentación del parte de baja sólo puede acarrear... [el despido por inasistencia] cuando la empleadora *no tiene conocimiento* de la justificación de las ausencias del trabajador y, en este concreto supuesto, sí tuvo conocimiento —antes incluso de la hora fijada para incorporarse a su actividad laboral— de la situación de incapacidad temporal en que se encontraba el [trabajador]», pues «su padre llamó por teléfono... comunicando la imposibilidad de que su hijo fuese a trabajar por estar enfermo»<sup>32</sup>.

Según el Real Decreto 488/1998, de 27 marzo, a propósito del contrato para la formación, «las faltas de puntualidad o de asistencia del trabajador a las enseñanzas teóricas serán calificadas como faltas al trabajo a los efectos legales oportunos» (artículo 9.2).

<sup>30</sup> Cfr. artículo 18.2.f) del ACV-1997.

<sup>31</sup> Para mayores precisiones, véase *infra*, Tema 20.

<sup>32</sup> Cfr. STSJ Castilla y León (Valladolid) de 10 junio 2002 (Ar. 2210).

Los convenios colectivos suelen regular qué grado de repetición de la ausencia constituye falta muy grave del trabajador —que justificaría, por tanto, su despido disciplinario—, resultando típica la norma convencional que afirma ser tal «la inasistencia injustificada al trabajo durante tres días consecutivos o cinco alternos en un período de un mes»<sup>33</sup>.

Siempre con referencia a supuestos convencionales típicos, resulta ser falta sólo grave «la inasistencia injustificada al trabajo de dos a cuatro días durante el período de un mes»<sup>34</sup>; y falta meramente leve, «la inasistencia injustificada al trabajo de un día durante el período de un mes»<sup>35</sup>.

En caso de que el convenio colectivo aplicable nada dispusiese al respecto, la jurisprudencia laboral afirma, con carácter general, que «si el número [de ausencias injustificadas y continuas] es superior a dos, el incumplimiento del trabajador se considera suficientemente grave para proceder a su despido»<sup>36</sup>.

**§5. La impuntualidad en el trabajo**, también en cuanto que incumplimiento individual de la obligación de trabajar, aparece regulada en el propio artículo 54.2.a) del ET, según el cual igualmente constituyen justa causa de despido disciplinario «las faltas repetidas e injustificadas de... puntualidad»<sup>37</sup>. Consiste en hurtar cualquier porción de la jornada diaria de trabajo que se le debe al empresario —si se le hurtase toda, nos encontraríamos ante la inasistencia al trabajo—, pudiendo producirse por ello no sólo en los supuestos habitualmente considerados más claros (esto es, llegar tarde o salir antes)<sup>38</sup>, sino también por abandono momentáneo del puesto de trabajo durante el transcurso de la misma<sup>39</sup>.

Así, resulta procedente el despido por impuntualidad contumaz cuando ciertas trabajadoras «o bien se incorporaban con retraso o bien finalizaban la jornada con antelación y abandonaban sin permiso el trabajo para realizar encargos o gestionar asuntos privados», tales como «ir a comprar al supermercado, acudir a la farmacia, acudir a recoger a su hijo a la guardería», etc.<sup>40</sup>.

<sup>33</sup> Cfr. artículo 18.3.b) del ACV-1997.

<sup>34</sup> Cfr. artículo 18.2.b) del ACV-1997.

<sup>35</sup> Cfr. artículo 18.1.b) del ACV-1997.

<sup>36</sup> Cfr. STSJ Cantabria de 7 febrero 2002 (Ar. 3505), con cita de reiterada jurisprudencia del TS al respecto. Aplicando directamente el ACV-1997, al efecto de colmar el vacío convencional de regulación del tema, véase STSJ Asturias de 1 abril 2005 (Jur. 239242). Acerca de la prolongación indebida de las vacaciones como supuesto típico de ausencias injustificadas, véase STSJ Aragón de 25 mayo 2005 (Ar. 1397).

<sup>37</sup> También esta causa de despido se remonta, con idéntico tenor literal, a la LCT-1931 (artículo 89.6ª).

<sup>38</sup> Sobre el más frecuente de estos dos supuestos claros (llegar tarde), véase STSJ Murcia de 24 noviembre 2003 (Jur. 58036 de 2004).

<sup>39</sup> Utilísima recopilación jurisprudencial al respecto, en J. GARCIA VIÑA, *El despido por transgresión de la buena fe contractual*, CISS (Valencia, 1999), págs. 64 y 65.

<sup>40</sup> Cfr. STSJ Cataluña de 13 marzo 2001 (Ar. 2015).



Quedarse dormido al realizar tareas de vigilancia o de cuidado no se considera, sin embargo, abandono momentáneo del puesto de trabajo —y por tanto, impuntualidad—, sino directamente transgresión de la buena fe contractual<sup>41</sup>.

Lógicamente, el grado de repetición exigido por los convenios colectivos es mayor aquí que en el caso de la inasistencia, dada su menor entidad, pudiendo considerarse típica la norma convencional que afirma que resulta intolerable «la impuntualidad no justificada en la entrada o en la salida del trabajo en diez ocasiones durante seis meses o en veinte durante un año, debidamente advertida»<sup>42</sup>.

Siempre con referencia a supuestos convencionales típicos, resulta ser falta sólo grave «la impuntualidad no justificada en la entrada o en la salida del trabajo hasta en tres ocasiones en un mes por un tiempo total de hasta sesenta minutos»<sup>43</sup>; y falta meramente leve, «la impuntualidad no justificada en la entrada o en la salida del trabajo hasta en tres ocasiones en un mes por un tiempo total inferior a veinte minutos»<sup>44</sup>.

También aquí, aunque el convenio colectivo nada disponga al respecto, cabe aplicar directamente el artículo 54.2.a) del ET para reprimir la contumacia injustificada del trabajador en la impuntualidad, pues «la normativa convencional no puede ignorar la gravedad que la ley le concede, por lo que la ausencia de régimen disciplinario [específico sobre la impuntualidad en el convenio] no lleva a la conclusión de su pretendida falta de gravedad»<sup>45</sup>.

**§6.** Por último, incumple típicamente su obligación de trabajar no sólo quien no trabaja todo el tiempo que debe hacerlo, sino también quien trabaja todo ese tiempo pero no rinde lo que debe, afirmando al respecto el artículo 54.2.e) del ET que igualmente constituye justa causa de despido disciplinario «la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado»<sup>46</sup>.

La nota de la voluntariedad —el trabajador no quiere esforzarse— es lo que permite distinguir esta causa de despido de la ineptitud sobrevenida —el trabajador no puede esforzarse—, regulada como justa causa de despido objetivo (esto es, sin culpa del trabajador y, por tanto, con derecho a percibir indemnización del empresario) en el artículo 52.a) del ET<sup>47</sup>.

Por su parte, la nota de la continuidad requiere —según la jurisprudencia laboral tradicional— que la conducta del trabajador haya tenido lugar «durante un período de

<sup>41</sup> En este sentido, STSJ Asturias de 10 noviembre 2000 (Ar. 3824), a propósito de vigilante de seguridad; también, STSJ Cataluña de 25 enero 2001 (Ar. 673), a propósito de un cuidador de minusválidos psíquicos.

<sup>42</sup> Cfr. artículo 18.3.a) del ACV-1997.

<sup>43</sup> Cfr. artículo 18.2.a) del ACV-1997.

<sup>44</sup> Cfr. artículo 18.1.a) del ACV-1997.

<sup>45</sup> Cfr. STSJ Cantabria de 14 diciembre 2000 (Ar. 651 de 2001).

<sup>46</sup> Esta expresión legal, prácticamente al pie de la letra, aparece ya en un anteproyecto de ley de contrato de trabajo elaborado en 1921 por el Instituto de Reformas Sociales (cfr. F.J. GARATE CASTRO, *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas [Madrid, 1984], pág. 46).

<sup>47</sup> Véase *infra*, Tema 24, §4.

tiempo suficiente para revelar que no es ocasional, accidental o momentánea la efectiva disminución de rendimiento»<sup>48</sup>.

Las disminuciones voluntarias de rendimiento —pero de carácter colectivo— no encajan en este precepto, sino en el artículo 7.2 del DLRT, que las considera «actos ilícitos o abusivos», al igual que cualquier otra forma «de alteración colectiva en el régimen del trabajo distinta de la huelga».

A estos efectos, rendimiento «normal» es el habitual en el puesto de trabajo de que se trate, pudiendo determinarse bien por aplicación de «un *criterio objetivo*, basado en la costumbre, o en el rendimiento logrado por los trabajadores que realizan la misma actividad, o, en otros términos, el rendimiento del trabajador medio de la profesión», bien por aplicación de «un *criterio subjetivo*, que atendería al rendimiento anterior del propio trabajador»<sup>49</sup>.

En la normativa reglamentaria de desarrollo del ET, el Real Decreto 1368/1985, de 17 julio, por el que se regula la relación laboral especial de los minusválidos que trabajen en centros especiales de empleo —norma que contiene, por cierto, diversas alusiones expresas al «rendimiento» de los trabajadores en cuestión<sup>50</sup>—, apela expresamente al citado criterio objetivo, indicando que «la disminución de la capacidad de trabajo se apreciará poniéndose ésta en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona de similar cualificación profesional» (artículo 2.1, párrafo 2º).

Por su parte, rendimiento «pactado» puede ser el expresamente acordado en contrato individual de trabajo<sup>51</sup> o en convenio colectivo. En

<sup>48</sup> Cfr. F.J. GARATE CASTRO, *El rendimiento en la prestación de trabajo*, cit., págs. 307-309, citando una clásica STS de 30 abril 1976 (Ar. 3231), recopiladora sobre el tema.

<sup>49</sup> Ambos criterios en una STS de 21 febrero 1990 (Ar. 1128), constantemente citada en la jurisprudencia de suplicación más reciente.

<sup>50</sup> Cuando prevé, por ejemplo, «el caso de que se utilicen incentivos para estimular el rendimiento en el trabajo» [artículo 12.a)] o, también, la posibilidad de celebrar «el contrato a bajo rendimiento, entendiéndose por tal aquel en que el trabajador minusválido, aun prestando sus servicios durante una jornada de trabajo normal, lo hace con un rendimiento inferior al normal en un 25 por 100» [artículo 12.c)].

<sup>51</sup> En efecto, cabe pactar un rendimiento mínimo razonable en contrato individual de trabajo, cuya falta de obtención posibilita tanto la extinción del contrato por denuncia del cumplimiento de una condición resolutoria válidamente pactada, al amparo del artículo 49.1.b) del ET (la doctrina general sobre el tema, en STSJ Aragón de 2 febrero 2005 [Ar. 698]), como el despido disciplinario por disminución de rendimiento, al amparo del citado artículo 54.2.e) del ET. Fue, por ejemplo, el caso enjuiciado por una STSJ Comunidad Valenciana de 5 julio 2001 (Ar. 1938 de 2002), relativa a que «se pactó en el contrato de trabajo... un rendimiento mínimo a alcanzar por el trabajador de siete ventas e instalaciones por mes de sistemas de seguridad comercializados por la empresa, facultándose a ésta a resolver el contrato en caso de no alcanzarse los objetivos mínimos durante un período de 3 meses consecutivos o 3 meses discontinuos dentro de un período de 6 meses», de manera que si aquí «el trabajador quedó muy lejos de las expectativas previstas» y el pacto en cuestión no podía considerarse «abusivo» —por comparación con los rendimientos mínimos pactados obtenidos por otros trabajadores—, la empresa decretó entonces legítimamente la rescisión del contrato «con fundamento en lo dispuesto en los arts. 49.1.b) y 54.2.e) del ET» (en idéntico sentido, véase STSJ País Vasco de 19 octubre 2004 [Ar. 2804]). Según una STSJ Madrid de 16 febrero 2004 (Jur. 272477 de 2004), «un pacto sobre rendimiento mínimo... es válido, siempre que no sea abusivo, como resulta de lo que previene el art. 49.1.b) del ET y el inciso final del art. 54.2.e) que alude al rendimiento normal o “pactado”, siendo práctica habitual la existencia de estos pactos».

nuestra práctica convencional, los convenios colectivos suelen utilizar dos sistemas distintos para la objetivación del rendimiento exigible al trabajador, que son: 1) el sistema de rendimiento fijo, pactando catálogos que contienen —debidamente cuantificados— los rendimientos que debe comprometerse a obtener cada trabajador, y que se conocen con el nombre de «tablas de rendimientos mínimos»<sup>52</sup>; y 2) el sistema de rendimiento variable, por virtud del cual se pactan —aplicando cualquiera de los procedimientos existentes para la medición científica del trabajo— hasta tres niveles distintos de rendimiento (convencionalmente llamados rendimiento normal o mínimo, rendimiento correcto o medio y, por último, rendimiento óptimo), teniendo en cuenta que de estos tres niveles, sólo el normal o mínimo es el rendimiento verdaderamente exigible o sancionable, si no se obtiene<sup>53</sup>, pues los otros dos, si es que llegasen a obtenerse, lo que permiten es incrementar el salario del trabajador que logra alcanzarlos, mediante el pago al mismo de complementos salariales por cantidad y calidad de trabajo, genéricamente conocidos con el nombre de «primas o incentivos»<sup>54</sup>.

La regulación de este tema en el ET es muy parca, limitándose a indicar que las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, entre otras materias, afectan al «sistema de trabajo y rendimiento» [artículo 41.1.e)]; y además, que los representantes legales de los trabajadores han de emitir informe previo antes de la ejecución de decisiones empresariales sobre «estudio de tiempos, establecimiento de sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo» [artículo 64.1.4º.e)]. Los sucesivos Reales Decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional aluden estereotipadamente a este tema<sup>55</sup>.

**§7.** Para concluir, hay que indicar que el empresario está obligado a no impedir al trabajador que continúe cumpliendo con su obligación de trabajar «una vez vigente el contrato», pues si culpablemente se lo impide —esto es, si «se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador»—, este último «conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo». Todo ello, según dispone el artículo 30 del ET, a propósito de lo que denomina «imposibilidad de la prestación»<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Sobre el tema, véase F.J. GARATE CASTRO, *El rendimiento en la prestación de trabajo*, cit., págs. 213 ss.

<sup>53</sup> «Según los sistemas de más difundida aplicación, los índices que representan dicho nivel de rendimiento son los 60 puntos en el *Bedaux*, 100 en el *centesimal* y *Comisión nacional de productividad*, y 75 en el *Crea*» (*ibidem*, pág. 224). Este fue, por ejemplo, el supuesto de hecho enjuiciado por una STSJ Cataluña de 13 marzo 2002 (Ar. 1572), en la que se concluye que «la falta de justificación del bajo rendimiento —la mitad del exigible con arreglo al convenio [colectivo de la empresa]— y la persistencia del mismo, supone... disminución de rendimiento que constituye justa causa de despido a tenor del art. 54.2.e) del ET».

<sup>54</sup> Cfr. F.J. GARATE CASTRO, *El rendimiento en la prestación de trabajo*, cit., págs. 227 ss.

<sup>55</sup> Véase *infra*, Tema 16, §3.

<sup>56</sup> Sobre el tema, véase J. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, *La imposibilidad de la prestación de servicios del trabajador por causas imputables al empresario*, Universidad (León, 2003), págs. 21 ss.

Supuesto típico de esta imposibilidad imputable es el de la paralización de actividades por incumplimiento empresarial de sus deberes de seguridad y salud laboral, con riesgo grave o inminente de accidente, ordenada por la autoridad laboral o acordada por los representantes de los trabajadores (artículo 19.5 del ET). También, el de cierre patronal ilegal, vista «la obligación empresarial... de abono a los trabajadores que hayan dejado de prestar sus servicios... [de] los salarios devengados durante el período de cierre ilegal» (artículo 15, párrafo 2º, del DLRT).

La imposibilidad temporal no imputable al empresario —debida, por ejemplo, a «fuerza mayor temporal»— le obliga a tramitar expediente administrativo de regulación de empleo, si es que pretende exonerarse temporalmente de su deber de pagar el salario<sup>57</sup>.

La imposibilidad temporal de la prestación no meramente por culpa, sino por dolo del empresario, además de un incumplimiento frontal del derecho básico del trabajador a su «ocupación efectiva» [cfr. artículo 4.2.a) del ET], podría llegar a constituir un supuesto de «acoso moral» al mismo, con violación del derecho constitucional de todos a «la integridad... moral» y a no verse sometidos a «tratos inhumanos o degradantes», del artículo 15 de la CE<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Recuérdese que una STS (Sala 3ª) de 31 enero 1990 (Ar. 574) declaró ilegal el artículo 5 del Real Decreto 2001/1983, de 28 julio; precepto que afirmaba lo siguiente: «salvo que por pacto individual o colectivo se estableciese otro sistema, las horas no trabajadas por causa de *fuera mayor*, estado de la mar, accidentes atmosféricos, interrupción de la fuerza motriz o falta de materias primas no imputable al empresario, podrán recuperarse a razón de una hora diaria, como máximo, en los días laborables siguientes. Con carácter previo, el empresario deberá comunicar a los representantes de los trabajadores la causa concreta invocada para proceder a tal recuperación. Tal comunicación deberá efectuarse asimismo a la Inspección de Trabajo».

<sup>58</sup> Sobre el acoso moral al trabajador o «mobbing», véase *infra*, Tema 19, §2 *in fine*.

---

## TEMA 15 EL TIEMPO DE TRABAJO

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo. §2. Las jornadas ordinarias comunes. §3. Las jornadas ordinarias especiales. §4. Las horas extraordinarias. §5. El descanso diario. §6. El descanso semanal, las vacaciones y las fiestas laborales anuales. §7. Los permisos retribuidos.

§1. La jornada de trabajo es el tiempo que el trabajador dedica a cumplir su contrato de trabajo<sup>1</sup>. En sentido estricto, es el único período de tiempo que merece el calificativo de verdadero tiempo de trabajo. Ahora bien, ocurre que el tiempo que el trabajador tiene que dedicar a trabajar está necesariamente limitado por el tiempo que el propio trabajador tiene derecho a descansar; y además, que existen —porque así lo dispone incluso la CE— determinados tiempos de descanso asimilados, por causa de que se retribuyen, al tiempo de trabajo en sentido estricto<sup>2</sup>. Todo esto explica la relativamente compleja regulación del tema de la jornada contenida en la sección 5ª del capítulo II del título II del ET, artículos 34 a 38, bajo la rúbrica genérica «Tiempo de trabajo»; sección que cuenta con su correspondiente desarrollo reglamentario, efectuado por el Real Decreto 1561/1995, de 21 septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

Esta regulación legal (que se remonta a 1994)<sup>3</sup> y reglamentaria del tema, tan excesivamente flexible, trae causa de la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 noviembre 1993 (modificada en 2000), luego derogada por la actualmente vigente Directiva 2003/88/CE del Consejo, de 18 noviembre 2003, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, formalmente concebida como norma protectora de la seguridad y la salud de los trabajadores<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase J.I. GARCIA NINET, *Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias*, Edersa (Madrid, 1977), págs. 121 ss.

<sup>2</sup> Según el artículo 40.2 de la CE, «asimismo los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el *descanso necesario*, mediante la *limitación de la jornada laboral*, las *vacaciones periódicas retribuidas* y la promoción de centros adecuados».

<sup>3</sup> Véase C.L. ALFONSO MELLADO y J. GARCIA ORTEGA, *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1994), págs. 19 y ss.

<sup>4</sup> Esta última Directiva entró en vigor «el 2 de agosto de 2004» (cfr. su artículo 28).

A pesar de sus continuos llamamientos a que la negociación colectiva proceda a regular esta materia, aún cabe hablar de que todas estas fuentes (legales, reglamentarias y comunitarias) tienen el carácter de «mínimos, estableciendo limitaciones en la jornada de trabajo y garantizando unos descansos inexcusables, sin perjuicio de su regulación concreta en la negociación colectiva, pactos específicos o contrato de trabajo»<sup>5</sup>.

§2. De acuerdo con esta regulación, existe una jornada diaria, una jornada semanal y una jornada anual. La primera es el número de horas que el trabajador dedica a cumplir su contrato de trabajo cada día; la segunda, el número de horas dedicado a trabajar cada semana; y la tercera, el número de horas dedicado a trabajar al año. Sobre esta base, la regla general es que «la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo» (artículo 34.1, párrafo 1º, del ET)<sup>6</sup>, cabiendo hablar —sólo respecto de la jornada anual— de que existe una *j o r n a d a m á x i m a* legal, infranqueable por ningún tipo de acuerdos, pues no cabe pactar que se trabaje más de 1826 horas al año, que es el promedio anualizado de la jornada semanal establecida el artículo 34.1, párrafo 2º, del ET<sup>7</sup>, según el cual «la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual».

Al igual que no existe ninguna jornada «máxima» semanal —vista esta posibilidad de promediar<sup>8</sup>—, tampoco cabe hablar de que exista ninguna jornada «máxima» diaria. En efecto, el ET afirma que «el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas» (artículo 34.3, párrafo 2º), resultando luego que este supuesto descanso mínimo entre jornada diaria y jornada diaria no es imperativo, pues conoce múltiples excepciones reglamentarias<sup>9</sup>.

Respetando siempre este límite anual genérico y, por supuesto, los más específicos que hubiesen podido ser colectiva o individualmente acordados, «anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada

<sup>5</sup> STSud de 8 junio 2001 (Ar. 5505).

<sup>6</sup> Sobre las posibilidades de regulación convencional, véase E. MONREAL BRINGSVAERD, *La Jornada de Trabajo: Ley y Convenio Colectivo*, CES (Madrid, 2005), págs. 97 ss.

<sup>7</sup> Este cálculo aparece efectuado en la disposición adicional 7ª.1.2ª.a) de la LGSS, a propósito de las «normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial».

<sup>8</sup> Según el artículo 34.2, inciso 1º, del 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».

<sup>9</sup> Véase *infra*, §5. Téngase en cuenta, según el artículo 34.3, párrafo 3º, del ET, que «los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos».

centro de trabajo» (artículo 34.6 del ET). En este calendario empresarial, deben aparecer claramente especificadas las horas ordinarias de trabajo y su distribución diaria, semanal y anual<sup>10</sup>. Estas jornadas ordinarias diaria, semanal y anual especificadas en el calendario se conocen con el nombre de jornadas de trabajo «comunes», si a las mismas les resultasen directamente aplicables los citados artículos 34 a 38 del ET, a propósito del «tiempo de trabajo».

La LISOS considera infracción administrativa «leve» del empresario, sancionable con multa de como máximo 300,51 euros, «no exponer en lugar visible del centro de trabajo el calendario laboral vigente» (artículo 6.1).

Según el citado Real Decreto 1561/1995, los representantes de los trabajadores tienen derecho a «ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral» [disposición adicional 3ª.a)].

Dentro del género de estas jornadas ordinarias «comunes», lo más frecuente es que la jornada diaria de trabajo sea una jornada diurna, aunque también quepa —según el ET— la realización de una jornada diaria nocturna. Esta última existe cuando el trabajador «realice normalmente en período nocturno [esto es, “entre las diez de la noche y las seis de la mañana”] una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo» y, también, cuando «se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual» (artículo 36.1, párrafo 3º, del ET)<sup>11</sup>. Dado el carácter presuntivamente más penoso que posee este otro tipo de trabajo<sup>12</sup>, es frecuente que se le asigne una retribución superior a la correspondiente al trabajo más usual, que es el trabajo diurno.

Según el ET, «el trabajo nocturno tendrá una retribución específica [usualmente denominada “plus de nocturnidad”] que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario [superior al correspondiente al trabajo diurno equivalente] se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos» (artículo 36.2).

<sup>10</sup> Según la jurisprudencia, el citado calendario empresarial —en relación con los horarios— «no tiene que incluir las situaciones especiales en las que puedan encontrarse algunos de los empleados», bastando con que contenga el «horario general» y la especificación de «los departamentos con un horario distinto» (cfr. STSJ Aragón de 10 abril 2001 [Ar. 1203]). Acerca de los límites que gravitan sobre el poder de dirección empresarial a estos efectos, véase STS de 16 junio 2005 (Ar. 7323).

<sup>11</sup> La citada definición de «período nocturno» aparece contenida en el artículo 36.1, inciso 1º, del ET.

<sup>12</sup> Sobre el tema, el preámbulo de la citada Directiva 2003/88/CE afirma que «ciertos estudios han demostrado que el organismo humano es especialmente sensible durante la noche a las perturbaciones ambientales, así como a determinadas modalidades penosas de organización del trabajo, y que los períodos largos de trabajo nocturno son perjudiciales para la salud de los trabajadores y pueden poner en peligro su seguridad en el trabajo».

Por su carácter presuntivamente más penoso, el propio ET afirma que «el empresario que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno deberá informar de ello a la autoridad laboral» (artículo 36.1, párrafo 1º, inciso 2º), y que «la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un período de referencia de quince días» (artículo 36.1, párrafo 2º, inciso 1º)<sup>13</sup>.

Además, lo más frecuente es igualmente que la jornada diaria de trabajo sea una jornada *partida* —sobre todo en la empresa privada—, entendiéndose por tal la interrumpida al menos una hora al mediodía para comer<sup>14</sup>, aunque también quepa la realización de jornada diaria continuada. En este último caso, según el artículo 34.4, párrafo 1º, del ET, «siempre que la duración de la jornada diaria *continuada* exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma no inferior a quince minutos», aunque este período mínimo de descanso dentro de la jornada diaria —popularmente llamado «descanso del bocadillo»— sólo se retribuirá, esto es, sólo «se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo»<sup>15</sup>.

En la Administración General del Estado —modélica siempre para las restantes Administraciones Públicas— y respecto de sus funcionarios, la regla general continúa siendo la denominada «jornada de mañana», de lunes a viernes<sup>16</sup>. Este peculiar régimen de jornada condiciona el que deba preverse que el personal laboral al servicio de la propia Administración General del Estado trabaje por el sistema de turnos fijos, incluido el de noche<sup>17</sup>.

En fin, también lo más frecuente es la realización de una jornada diaria de trabajo *fija*, entendiéndose por tal la realizada cada día con exactamente el mismo horario de trabajo, aunque quepa igualmente la realización de jornada diaria de trabajo con horario variable<sup>18</sup>, como ocurre

<sup>13</sup> Sobre vigilancia por el empresario de la salud de los trabajadores nocturnos, véase artículo 36.4 del ET.

<sup>14</sup> El ET-1980 se refería expresamente al tema, afirmando que «se entenderá por jornada *partida* aquella en la que haya un descanso ininterrumpido de una hora como mínimo» (artículo 34.2, párrafo 2º).

<sup>15</sup> Según el párrafo 2º de este mismo precepto, «en el caso de trabajadores menores de dieciocho años, el período de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media». Acerca del carácter de «derecho necesario, aunque relativo y no absoluto», del citado artículo 34.4, véase STS de 30 abril 2004 (Ar. 3706).

<sup>16</sup> Sobre el tema, véase Resolución de 20 diciembre 2005, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado (BOE de 27 diciembre 2005).

<sup>17</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos 40, 41 y 42 del primer convenio colectivo único del personal laboral de la Administración del Estado de 1998 (BOE de 1 diciembre 1998).

<sup>18</sup> Que no cabe confundir con el denominado «horario flexible», que presupone (aunque con flexibilidad en las entradas y salidas) una jornada fija. Sobre la posibilidad de pactar individualmente incluso la realización del trabajo con «horario flexible», a pesar del silencio del ET acerca de este último, véase STSJ Murcia de 29 abril 2002 (Ar. 2174).



en el caso del «trabajo a turnos» rotatorios<sup>19</sup>, que incluso pueden llegar a ser hasta tres turnos distintos (de mañana, tarde y noche), si la empresa tuviese un proceso productivo continuo. Según el ET, «en las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria» (artículo 36.3, párrafo 2º)<sup>20</sup>.

El trabajador tiene derecho «a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional» [artículo 23.1.a) del ET]<sup>21</sup>.

**§3.** Frente a sus precedentes normativos, el ET —con buen criterio— se limita a regular las jornadas de trabajo «comunes», remitiendo a normas reglamentarias el establecimiento de «ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo... para aquellos sectores y trabajos, que por sus peculiaridades así lo requieran» (artículo 34.7). La norma reglamentaria dictada en desarrollo de este concreto precepto legal es el citado Real Decreto 1561/1995, sobre jornadas ordinarias de trabajo, pero «especiales», en la medida en que no aparecen directamente reguladas en el ET<sup>22</sup>. Este reglamento, teniendo en cuenta la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores pero también factores estacionales, procede a regular «ampliaciones de jornada» (en el comercio y hostelería, en los transportes, en el trabajo en el mar, etc.)<sup>23</sup> y «limitaciones

<sup>19</sup> El ET no regula los turnos de trabajo fijos, sino sólo los rotatorios, afirmando respecto de estos últimos que «se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o semanas» (artículo 36.3, párrafo 1º). Sobre «ritmo de trabajo», véase artículo 36.5 del ET.

<sup>20</sup> Según el artículo 36.3, párrafo 3º, del ET, «las empresas que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos, incluidos los domingos y días festivos, podrán efectuarlos bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal [a tiempo parcial, que son los popularmente llamados “corretornos”] para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana».

<sup>21</sup> Según STSud de 25 octubre 2002 (Ar. 10211), cabe subsumir en este precepto «tanto el sistema de trabajo a turnos consistente en la ocupación de manera sucesiva en los mismos puestos de trabajo a distintos trabajadores [o “turnos rotatorios”], como el caso de que se adscriba de manera permanente a los trabajadores a cada uno de los turnos que se puedan haber establecido, sin la obligación de rotar [o “turnos fijos”]».

<sup>22</sup> Este reglamento excluye de su ámbito de aplicación las relaciones laborales de carácter especial, respecto de las que «se estará a lo dispuesto en su normativa específica» (artículo 1.2, párrafo 1º). Sobre el tema, véase J.M. GOMEZ MUÑOZ, *Las jornadas especiales de trabajo*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1999), págs. 25 ss.

<sup>23</sup> Artículos 3 a 22.

de jornada» (en las faenas agrícolas que hayan de realizarse «teniendo el trabajador los pies en agua o fango», en el trabajo en el interior de minas, en el trabajo en cámaras frigoríficas y de congelación, etc.)<sup>24</sup>, afirmando que «las disposiciones generales del Estatuto de los Trabajadores serán aplicables en cuanto no se opongan a las especiales que en este Real Decreto se establecen» (artículo 1.2, párrafo 2º).

Aunque (por ejemplo, en los transportes por carretera, ferroviario o aéreo, y en el trabajo en el mar) el Real Decreto 1561/1995 permita la ampliación de la jornada distinguiendo entre «tiempo de trabajo efectivo» y «tiempo de presencia»<sup>25</sup>, en alguno de estos casos llega a autorizarse una jornada diaria de trabajo efectivo superior incluso a doce horas (por ejemplo, en el trabajo en el mar)<sup>26</sup>.

Con carácter general, el Real Decreto 1561/1995 afirma que sus preceptos sobre jornadas de trabajo especiales «sólo serán de aplicación a los trabajadores mayores de dieciocho años de edad» (artículo 1.3).

**§4.** Como es lógico, la regulación de la jornada de trabajo condiciona de algún modo el nivel de empleo existente, puesto que si se limita su duración —y sobre todo, si se reduce ésta, respecto de la legalmente impuesta en un momento dado—, puede fomentarse la creación por las empresas de nuevos puestos de trabajo. Estas consideraciones de política de empleo explican la regulación restrictiva contenida en el artículo 35 del ET, a propósito de las «horas extraordinarias»<sup>27</sup>, que son «aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo» (artículo 35.1, inciso 1º); esto es, las horas que se realizan en exceso sobre las horas «ordinarias» que conforman las jornadas, igualmente «ordinarias», comunes o especiales de trabajo<sup>28</sup>.

El Real Decreto 1561/1995 prevé expresamente la posibilidad de realizar horas extraordinarias, a propósito de las jornadas especiales ampliadas, en el caso del trabajo en el campo (artículo 5.2), de los transportes (artículo 8.2) o del trabajo en el mar (artículo 16.1); también, a propósito de las jornadas especiales reducidas, como en el caso del trabajo en el interior de minas (artículo 28).

<sup>24</sup> Artículos 23 a 31.

<sup>25</sup> Este último se conceptúa como «aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares» (artículo 8.1, párrafo 3º).

<sup>26</sup> La regla general del artículo 16.1 del Real Decreto 1561/1995, relativa a que estos trabajadores «no podrán realizar un jornada total diaria superior a doce horas», se exceptúa por razones distintas de la fuerza mayor en el apartado b) del propio precepto.

<sup>27</sup> El artículo 35.2, párrafo 3º, del ET explicita estas consideraciones de política de empleo, afirmando que «el Gobierno podrá suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso».

<sup>28</sup> Véase M. DE LA FUENTE LAVIN, *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Comares (Granada, 2002), págs. 3 ss.

Dicha regulación restrictiva está integrada, en el ET, por dos elementos principales<sup>29</sup>. En primer lugar, por la imposición de un número máximo de horas extraordinarias que resulta lícito trabajar, pues la regla general es que «el número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año» (artículo 35.2, párrafo 1º, inciso 1º)<sup>30</sup>. En segundo lugar, por la preferencia legal de que las horas extraordinarias no se compensen con dinero —aunque esto siempre resulte posible, si así se pacta—, sino con períodos equivalentes de descanso retribuido<sup>31</sup>, hasta el punto de que «no se computarán [dentro de las 80 realizables como máximo al año] las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización» (artículo 35.2, párrafo 2º).

Las denominadas horas extraordinarias «por fuerza mayor» no computan a estos efectos, pues el ET afirma que «no se tendrán en cuenta a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias» (artículo 35.3).

También según el ET, «a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada [extraordinaria] de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente» (artículo 35.5), esto es, en la nómina. Además, según el Real Decreto 1561/1995, los representantes de los trabajadores tienen derecho a «ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores» [disposición adicional 3ª.b)]<sup>32</sup>.

Con carácter general, la LISOS considera infracción administrativa «grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 3005,06 euros, «la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores» (artículo 7.5).

<sup>29</sup> Sobre la prohibición de que los contratados a tiempo parcial realicen horas extraordinarias y sobre las denominadas «horas complementarias» en este tipo de contratos, véase *supra*, Tema 13, §5. Siempre según el ET, tampoco pueden realizar horas extraordinarias ni los menores de dieciocho años (artículo 6.3) ni los trabajadores nocturnos (artículo 36.1, párrafo 2º).

<sup>30</sup> Según el inciso 2º de este mismo precepto, «para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realicen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas».

<sup>31</sup> Sobre la base —según el ET— de que «la prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo» (artículo 35.4), el artículo 35.1 del propio ET confirma que «mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido» (inciso 2º), teniendo en cuenta que «en ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización» (inciso 3º).

<sup>32</sup> Sobre el alcance de este último deber empresarial, véase STS de 11 diciembre 2003 (Ar. 2577 de 2004).

Completando esta regulación del ET, la legislación de Seguridad Social también pretende disuadir la realización de horas extraordinarias. Ello ocurre mediante la imposición de un recargo en la cotización por dicha clase de horas (o «cotización adicional por horas extraordinarias»), que deben satisfacer trabajador y empresario<sup>33</sup>. Este recargo se destina a engrosar sin más el patrimonio de la Seguridad Social, puesto que no se tiene en cuenta para determinar la base reguladora de las prestaciones por riesgos comunes (incapacidad, jubilación, etc.) y de las prestaciones por desempleo, que eventualmente llegase a causar el trabajador cotizante.

Esto último lo establece la correspondiente Orden Ministerial anual sobre normas de cotización, dictada en desarrollo directo de la correspondiente Ley anual de Presupuestos Generales del Estado.

A efectos de dicha cotización adicional, la Orden Ministerial en cuestión impone un recargo menor «por las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor», y un recargo mayor por todas las restantes horas extraordinarias.

Estas últimas, según los convenios colectivos, se denominan horas extraordinarias «estructurales», si obedecen a razones que podrían justificar la estipulación de contratos eventuales (exceso de pedidos, períodos punta de producción, etc.)<sup>34</sup>, y horas extraordinarias «habituales», en los demás casos.

**§5.** La jornada real de trabajo se determina no sólo positivamente, sumando el número de horas de «trabajo efectivo» (ordinarias y extraordinarias) que el trabajador realiza<sup>35</sup>, sino también negativamente. Esto último, por causa de la existencia de tres períodos obligatorios de descanso (diario, semanal y anual), que permiten hablar con toda propiedad —en correspondencia estricta con cada uno de ellos— de que hay una jornada diaria, una jornada semanal y una jornada anual. De estos tres períodos obligatorios de descanso, el de *d e s c a n s o d i a r i o* merece tratamiento aparte, puesto que no tiene carácter retribuido. Según el ET, consiste en que «entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas» (artículo 34.3, párrafo 1º). Pero se trata sólo de una regla general, pues el citado Real Decreto 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, admite la existencia de muy diversas excepciones a la misma<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Sobre el tema, la LGSS afirma que «la remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de horas extraordinarias, con independencia de su cotización a efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estará sujeta a una cotización adicional por parte de empresarios y trabajadores, con arreglo a los tipos que se establezcan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado» (artículo 111, párrafo 1º).

<sup>34</sup> Esta terminología aparece recogida en el artículo 111, párrafo 2º, de la LGSS.

<sup>35</sup> El ET concreta lo que es «tiempo de trabajo efectivo», afirmando que «el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo» (artículo 34.5).

<sup>36</sup> Sobre el alcance de la regla y el análisis de todas sus excepciones, véase J.E. LOPEZ AHUMADA, *Descansos Laborales y Tiempo de Trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, CES (Madrid, 2004), págs. 27 ss.

Entre estas excepciones, las hay sectoriales, relativas a los empleados de fincas urbanas (artículo 3.2), guardas y vigilantes no ferroviarios (artículo 4.2), al trabajo en el campo (artículo 5.3), a los transportes por carretera (artículo 11.4), al transporte ferroviario (artículo 13.4) y al trabajo en el mar (artículo 17).

Pero las hay también de alcance general, potencialmente aplicables en muy diversos sectores productivos, como en el caso del trabajo a turnos (artículo 19.2) o en el de las llamadas «jornadas fraccionadas». Estas últimas son «aquellas del sector servicios que, no excediendo en su duración total de la de la jornada ordinaria pactada, deban, por su propia naturaleza, extenderse de forma discontinua a lo largo de un período de tiempo superior a doce horas al día, de manera que no resulte posible el disfrute por el trabajador que las realiza de un descanso ininterrumpido de doce horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente» (artículo 22.1).

§6. Frente al descanso diario, el **descanso semanal** obligatorio sí tiene, en cambio, carácter retribuido. Según el artículo 37.1 del ET, «los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal... de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo» (párrafo 1º, inciso 1º). Se trata sólo de una regla general, por causa de que —según este mismo precepto— el descanso semanal en cuestión resulta «acumulable por períodos de hasta catorce días» y, además, porque de nuevo existen regímenes de descanso semanal especiales, regulados en el citado Real Decreto 1561/1995, al que remite el párrafo 2º del propio artículo 37.1 del ET.

Este último precepto prevé específicamente que reglamentariamente se fijen «regímenes de descanso alternativos, para actividades concretas». Estos regímenes alternativos se regulan luego, por el Real Decreto 1561/1995, no sólo en el caso de jornadas ampliadas —como la de los empleados de fincas urbanas (artículo 3.2), guardas y vigilantes no ferroviarios (artículo 4.2), trabajadores del comercio y hostelería (artículos 6 y 7), del sector transportes (artículo 9), del mar (artículo 18) y de quienes trabajen a turnos (artículo 19.1)—, sino también en el caso de jornadas reducidas, como la de los trabajadores de interior en minas (artículo 27).

Con carácter general, «la duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos» (artículo 37.1, párrafo 1º, inciso 2º, del ET).

En cuanto a su retribución, cada día de trabajo efectivo en la semana de que se trate devenga su parte proporcional del salario total correspondiente al descanso semanal retribuido<sup>37</sup>.

Al igual que el descanso semanal obligatorio permite hablar de una jornada semanal, las **vacaciones** contribuyen a delimitar la jornada

<sup>37</sup> Así lo confirma expresamente reiterada jurisprudencia laboral, incluso de unificación de doctrina, a propósito de los descuentos que puede efectuar el empresario por participación de sus trabajadores en huelgas (cfr. R.P. RON LATAS, «Los descuentos retributivos al personal laboral, funcionario y estatutario por participación en huelgas», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 6 [2002], págs. 638-639). Como se verá *infra* (Tema 16, §3), los Reales Decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional no incluyen la parte proporcional de la retribución de domingos y festivos, cuando determinan el salario mínimo interprofesional diario, mientras que sí la incluyen, en cambio, cuando proceden a fijar el salario mínimo interprofesional mensual.

anual<sup>38</sup>. En efecto, según el artículo 38.1 del ET, se trata de «vacaciones anuales retribuidas»<sup>39</sup>, de disfrute obligatorio («no sustituible por compensación económica» doblada)<sup>40</sup> y cuya duración «en ningún caso... será inferior a treinta días naturales». El período de disfrute de las mismas —que no tiene por qué ser necesariamente ininterrumpido o continuo, pues el artículo 38.2 del ET habla de «período o períodos de su disfrute»— debe aparecer fijado para todo el personal en el correspondiente «calendario» empresarial, teniendo el trabajador derecho a conocer «las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute» (artículo 38.3 del ET)<sup>41</sup>.

Según el Convenio núm. 132 de 1970 de la OIT, sobre vacaciones anuales pagadas<sup>42</sup>, el derecho al disfrute de vacaciones se devenga día a día en cada año natural<sup>43</sup>. Pero es frecuente que el trabajador las disfrute «antes de haber acumulado el tiempo en virtud de cuyo transcurso se tiene derecho a las vacaciones (en cuyo caso se genera un crédito en favor del empresario, por “vacaciones anticipadas”)<sup>44</sup>».

Según este mismo Convenio de la OIT, durante las vacaciones el trabajador percibirá «por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas)» (artículo 7.1); y además, en caso de fraccionamiento de las mismas en varios períodos, «una de las fracciones deberá consistir, por lo menos, en dos semanas laborables ininterrumpidas» (artículo 8.2).

<sup>38</sup> Véase A.V. SEMPERE NAVARRO y P. CHARRO BAENA, *Las vacaciones laborales*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2003), págs. 15 ss.

<sup>39</sup> Aunque no sea lo más frecuente, cabe pactar el abono mensual prorrateado de la retribución de las vacaciones (cfr. STSJ Asturias de 8 febrero 2002 [Ar. 219]).

<sup>40</sup> Que el disfrute de las vacaciones sea obligatorio no significa, sin embargo, que el trabajador no pueda temporalmente emplearse en otra empresa distinta durante el período en cuestión. Sobre el tema, véase *infra*, Tema 20, §3.

<sup>41</sup> Sobre el proceso laboral especial para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones, véase *infra*, Tema 41, §6.

<sup>42</sup> Este Convenio excluye expresamente de su ámbito de aplicación a «la gente de mar» (artículo 2.1), a la que se aplica el Convenio núm. 146 de 1976 de la OIT, sobre vacaciones anuales pagadas de la gente de mar.

<sup>43</sup> Pues «toda persona cuyo período de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones prescrito... tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año» (artículo 4.1). Según el propio Convenio, a efectos de este devengo diario, «las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios» (artículo 5.4). Lo mismo ocurre, según reiterada jurisprudencia laboral, con los días de participación en huelgas (cfr. R.P. RON LATAS, *op.cit.*, págs. 638-639). Acerca de que «tiene que ser distinto el tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación... con aquella otra que se produce con anterioridad al período vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida», de manera que «en este último caso... ha de hacerse compatible el derecho a la baja por incapacidad temporal, sea ésta por enfermedad común o por maternidad, con el correspondiente al disfrute de la vacación anual», véase STSud de 10 noviembre 2005 (Ar. 10084).

<sup>44</sup> Véase M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Civitas (Madrid, 2005), pág. 330. Lo confirma una STSud de 17 septiembre 2002 (Ar. 10551), al indicar que lo que «se producen son ajustes —normalmente, adelantos— en el disfrute sobre el devengo».

En caso de extinción del contrato de trabajo antes de su disfrute, el trabajador tiene derecho a cobrar en metálico la parte proporcional devengada y no disfrutada de sus vacaciones anuales<sup>45</sup>. Sobre este tema, la LGSS afirma que «en el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral..., la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a la finalización del mismo» (artículo 209.3, párrafo 1º).

En fin, los descansos obligatorios en días festivos distintos del domingo redondean el concepto de jornada anual, afirmando al respecto el ET que «las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce *al año*» (artículo 37.2, párrafo 1º, inciso 1º)<sup>46</sup>. De estas catorce festividades laborales de disfrute anual, nueve son de ámbito estatal, tres de ámbito autonómico y las dos restantes de ámbito local, debiendo tenerse en cuenta que las estatales y autonómicas se conocen a través del «calendario laboral oficial» que se publica cada año en el «BOE», mientras que las locales pueden conocerse a través del «calendario laboral oficial» que aparece publicado, igualmente cada año, en el «Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma» de que se trate. Ambos «calendarios laborales oficiales» son elaborados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y por el órgano autonómico que corresponda, respectivamente, debiendo cumplir uno y otro organismos —al efecto de elaborarlos— las minuciosas reglas sobre el tema contenidas en el todavía vigente Real Decreto 2001/1983, de 21 julio<sup>47</sup>.

Las nueve fiestas laborales de ámbito estatal son el 1 enero (Año Nuevo), el Viernes Santo, el 1 mayo (Fiesta del Trabajo), el 15 agosto (Asunción de la Virgen), el 12 octubre (Fiesta Nacional de España), el 1 noviembre (Todos los Santos), el 6 diciembre (Día de la Constitución Española), el 8 diciembre (Inmaculada Concepción) y el 25 diciembre (Natividad del Señor)<sup>48</sup>. Tanto el disfrute de estas nueve fiestas de ámbito estatal como el de las tres

<sup>45</sup> Lo confirma el artículo 12 del citado Convenio núm. 132 de la OIT; también, el artículo 7.2 de la citada Directiva 2003/88/CE, según el cual «el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral».

<sup>46</sup> A diferencia de lo que ocurre con el descanso semanal, la retribución del descanso festivo no se devenga día a día, de manera que —en caso de huelga— a los festivos «sólo les será de aplicación el régimen de descuento cuando coincidan con la semana o semanas en que la huelga se ha llevado a cabo» (cfr. R.P. RON LATAS, *op.cit.*, pág. 639). Sobre la eventual adición por las Comunidades Autónomas de una fiesta laboral más a estas catorce, pero de carácter «recuperable» a lo largo de jornadas subsiguientes, véase artículo 37.2, párrafo 4º, del ET.

<sup>47</sup> Téngase en cuenta que el citado Real Decreto 1561/1995 afirma que «queda derogado el Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre Regulación de la Jornada de Trabajo, Jornadas Especiales y Descansos, excepto lo dispuesto en sus artículos 45, 46 y 47 en materia de fiestas laborales» (disposición derogatoria única).

<sup>48</sup> Cfr. artículos 45.1 y 45.3, párrafo 1º, del Real Decreto 2001/1983.

de ámbito autonómico (una de las cuales tiene que ser, en principio, o el 19 marzo [San José] o el 25 julio [Santiago Apóstol]), puede trasladarse al lunes inmediatamente posterior cuando la fiesta caiga entre semana (con la finalidad de evitar los popularmente llamados «puentes»)<sup>49</sup>, debiendo trasladarse necesariamente el disfrute a dicho lunes inmediatamente siguiente si la fiesta cayese en domingo<sup>50</sup>.

Siempre por acuerdo entre empresario y trabajador, cabe la sustitución de las fiestas de tradición cristiana (incluso el domingo, en el descanso semanal) por otras de tradiciones culturales distintas<sup>51</sup>.

Según el artículo 48.7 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, «la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, con sujeción al calendario laboral oficial, fijarán, en su respectivo ámbito, el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos», teniendo en cuenta que «el calendario aprobado por las Comunidades Autónomas comprenderá los días inhábiles de las Entidades que integran la Administración Local correspondiente a su ámbito territorial, a las que será de aplicación»; además, «dicho calendario deberá publicarse antes del comienzo de cada año en el diario oficial que corresponda y en otros medios de difusión que garanticen su conocimiento por los ciudadanos».

§7. Frente al descanso semanal, a las vacaciones y a las fiestas laborales —que tienen el carácter de interrupciones «periódicas» de la actividad laboral, y además, a efectos retributivos, también el de verdaderos «períodos de descanso computables como de trabajo»<sup>52</sup>—, los «permisos» no delimitan jurídicamente la jornada de trabajo, no sólo porque carecen de toda periodicidad, sino también porque no tienen la naturaleza de verdaderos tiempos de descanso (salvo, quizá, en el caso del permiso de «quince días naturales en caso de matrimonio», esto es, para casarse y realizar la luna de miel, relativamente parecido a unas vacaciones)<sup>53</sup>. A pesar de esto, no resulta incongruente que el ET los regule en su artículo 37 (apartados 3, 4, 4bis, 5 y 6) —sin ningún ánimo exhaustivo<sup>54</sup>—, junto al descanso semanal y las fiestas laborales, puesto que su disfrute reduce

<sup>49</sup> Cfr. artículo 37.2, párrafo 2º, del ET.

<sup>50</sup> *Ibidem*; además, artículos 45.2 y 45.3, párrafo 2º, del Real Decreto 2001/1983.

<sup>51</sup> La citada (y actualmente derogada) Directiva 93/104/CE fue modificada en 2000, al efecto de suprimir el párrafo 2º de su artículo 5, en el que se afirmaba que «el período mínimo de descanso [semanal] a que se refiere el párrafo primero, incluye, en principio, el domingo». Sobre el impacto de la libertad religiosa en las relaciones laborales, lúcidamente, véase J. FERREIRO GALGUERA, *Profesores de religión de la enseñanza pública y Constitución española*, Atelier (Barcelona, 2004), págs. 79 ss.

<sup>52</sup> Esta expresión se toma del artículo 26.1 del ET, a propósito del «salario».

<sup>53</sup> Para un ejemplo actual de verdadera mejora real por obra de los convenios colectivos de la legislación mínima en materia de permisos, véase A. ARUFE VARELA, «Nuevas formas de familia y Derecho de la negociación colectiva», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 27 ss.

<sup>54</sup> Para supuestos adicionales de permisos retribuidos, siempre en el ET, regulados en sus artículos 19.4, 23.1.a), 44.4, 52.b) ó 53.2, véase *infra*, Tema 22, §2. Por supuesto, tanto por convenio colectivo como por contrato de trabajo, cabe pactar supuestos adicionales distintos de todos estos, como en el caso de permisos retribuidos «por asuntos propios» (cfr. STSJ Comunidad Valenciana de 24 enero 2002 [Ar. 3233]).



de hecho la jornada de trabajo diaria, semanal o anual —según cuál sea la duración del permiso en cuestión—, al tratarse siempre de permisos retribuidos («con derecho a remuneración»)<sup>55</sup>.

Reducen de hecho la jornada diaria los permisos «por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo» [artículo 37.3.d), párrafo 1º, inciso 1º]<sup>56</sup>; «por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo» [artículo 37.3.f)]; también, el de «las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses,... a una hora de ausencia al trabajo, que podrán dividir en dos fracciones» [artículo 37.4, inciso 1º]<sup>57</sup>; y el del padre o la madre «en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto... a ausentarse del trabajo durante una hora» (artículo 37.4bis, inciso 1º).

Reducen de hecho la jornada semanal los permisos de «dos días por el nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad» [artículo 37.3.b), inciso 1º]<sup>58</sup>, y de «un día por traslado del domicilio habitual» [artículo 37.3.c)].

Y reducen de hecho la jornada anual el permiso de «quince días naturales en caso de matrimonio» [artículo 37.3.a)] y el previsto «para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente» [artículo 37.3.e)]<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Véase C. SANCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1999), págs. 25 ss.

<sup>56</sup> «Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del 20 por 100 de las horas laborables en un período de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el apartado 1 del artículo 46» (*ibidem*, párrafo 2º).

<sup>57</sup> La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad» (*ibidem*, inciso 2º); además, «este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen» (*ibidem*, inciso 3º).

<sup>58</sup> «Cuando por tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días» (*ibidem*, inciso 2º).

<sup>59</sup> A propósito del crédito «mensual» de horas retribuidas de los representantes legales de los trabajadores, véase artículo 68.e) del ET, e *infra*, Tema 26, §5.



---

**TEMA 16**

**LA OBLIGACION DE RETRIBUIR EL TRABAJO**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. Los caracteres de la obligación de retribuir el trabajo. §2. Concepto de salario. §3. Clases de salarios. §4. El pago del salario. §5. La protección del salario.

§1. Como ya se dijo, desde el punto de vista del trabajador, la primera y principal de las obligaciones del empresario, asumida en virtud de la celebración del contrato de trabajo, es la de retribuir el trabajo<sup>1</sup>. A ella se refieren expresamente los artículos 28, 45.2 y 50.1.b) del ET, y se corresponde con la obligación de trabajar, hasta el punto de ser la una la causa de la otra, y viceversa<sup>2</sup>. La correspondencia entre ambas es jurídica, pero no material estricta, pues —según el artículo 26.1 del ET— el empresario está obligado a retribuir no sólo el «trabajo efectivo» que le presta el trabajador, sino también «los períodos de descanso computables como de trabajo»<sup>3</sup>.

Los períodos en cuestión son fundamentalmente el descanso semanal, el descanso festivo y las vacaciones. El ET se refiere a otros períodos distintos de estos tres hablando, por ejemplo, de que «este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo» (artículo 34.4) o, sin más, de «descanso retribuido» (artículo 35.1)<sup>4</sup>.

Esta falta de correspondencia material estricta entre ambas obligaciones se explica por causa de la diferente naturaleza que una y otra tienen. En

---

<sup>1</sup> Véase J.A. FERNANDEZ AVILES, *Configuración jurídica del salario*, Comares (Granada, 2001), págs. 25 ss.

<sup>2</sup> Véase *supra*, Tema 14, §1.

<sup>3</sup> En clara incongruencia con la importancia de la obligación en cuestión, el artículo 4.2 del ET se anima a mencionar en su apartado f), pero sólo después de relacionar diversos derechos «básicos» del trabajador individual, su derecho «a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida».

<sup>4</sup> Evidentemente la palabra «períodos» la utiliza el citado artículo 26.1 no en sentido técnico estricto, pues comprende también las interrupciones «no periódicas» de la actividad laboral, como los permisos retribuidos del artículo 37.3 del ET. Sobre ellos, véase *supra*, Tema 15, §7.

efecto, como se vio, la obligación de trabajar es una obligación de hacer, mientras que la obligación de retribuir el trabajo es una obligación de dar una cosa. Esta cosa debida por el empresario al trabajador es lo que la Sección 4ª del Capítulo II del Título I del ET, artículos 26 a 33, denomina «salarios».

Como obligación de dar que es, le resultan aplicables en principio los artículos 1094 y 1108 del Código Civil, relativos a que el acreedor tiene derecho a percibir del deudor que no le da la cosa debida los correspondientes frutos e intereses.

También a diferencia de la obligación de trabajar, la obligación de retribuir el trabajo no tiene carácter personalísimo, puesto que la puede cumplir no sólo el empresario personalmente, sino también quien le represente, quien le suceda o quien deba responder por él<sup>5</sup>.

Lo confirma el ET, por ejemplo, imponiendo a sujetos distintos del empresario responsabilidades «subsidiarias» (artículo 33.3) o «solidarias» (artículos 42, 43 y 44), en relación con el pago de los salarios.

**§2.** Según el artículo 26.1 del ET, «se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores... por la prestación profesional de los servicios laborales..., cualquiera que sea la forma de remuneración». Este precepto establece, por tanto, la presunción de que es salario todo lo que recibe el trabajador del empresario, si lo recibido resulta económicamente valorable.

La presunción en cuestión beneficia, por ejemplo, a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Agencia Tributaria, puesto que los salarios cotizan y, además, tributan en concepto de renta de las personas físicas.

De ahí las dudas que doctrinalmente ha planteado siempre la naturaleza jurídica de los legalmente denominados «salarios de tramitación» (cfr. artículos 33.1, 55 y 56 del ET) —respecto de los que el propio ET reconoce que se debe cotizar por ellos (cfr. su artículo 57.2)—, aunque la jurisprudencia laboral se venga decantando por reconocerles que tienen naturaleza indemnizatoria, pero no salarial<sup>6</sup>.

Se trata, sin embargo, de una presunción *iuris tantum*<sup>7</sup>, pues el artículo 26.2 del ET menciona ciertas percepciones no salariales

<sup>5</sup> La regla en cuestión procede del Derecho común (cfr. artículo 1158 del Código Civil).

<sup>6</sup> Véase J. GARATE CASTRO, *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, ACARL (Madrid, 1994), págs. 55 ss.; también, X.M. CARRIL VAZQUEZ, «La regulación legal de los salarios de tramitación», *Actualidad Laboral*, núm. 33 (2002), pág. 751.

<sup>7</sup> Lo confirma reiteradísima jurisprudencia laboral, cuando afirma que del precepto estatutario citado «deriva la presunción “iuris tantum” de que todo lo que recibe el trabajador de la empresa le es debido en el concepto amplio de salario, con todas las importantes consecuencias que tal conclusión comporta» (STS de 25 octubre 1988 [Ar. 8152]; reiterándola, STSJ Cataluña de 28 mayo 2004 [Ar. 2388]).

—esto es, cantidades recibidas por el trabajador del empresario, que «no tendrán la consideración de salario»<sup>8</sup>—, agrupándolas en tres apartados muy genéricos, que son: 1) las «indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados [y anticipados por el trabajador] como consecuencia de su actividad laboral»; 2) «las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social»; y 3) «las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos».

La concreción de estos tres apartados tan genéricos aparece contenida en la legislación de Seguridad Social<sup>9</sup>, muy pegada en esto a la legislación tributaria.

Según ella, en el apartado primero citado encajarían, por ejemplo: a) «las dietas y asignaciones para gastos de viaje, gastos de locomoción, cuando correspondan a desplazamientos del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, así como los pluses de transporte urbano y de distancia o los que les sustituyan, por desplazamiento del trabajador desde su residencia al centro habitual de trabajo»; y b) «las indemnizaciones por desgaste de útiles o herramientas y adquisición y mantenimiento de prendas de trabajo, cuando tales gastos sean efectivamente realizados por el trabajador y sean los normales de tales útiles o prendas».

En el apartado segundo citado, «las prestaciones de seguridad social, en todo caso, así como sus mejoras y las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas», incluidas «las aportaciones efectuadas [por las empresas]... a los planes de pensiones»<sup>10</sup> y «las primas o cuotas satisfechas por el empresario en virtud de contrato de seguro de accidente laboral, enfermedad profesional o de responsabilidad civil del trabajador»<sup>11</sup>.

Y en el apartado tercero citado<sup>12</sup>, por ejemplo, también cabría encajar las indemnizaciones por «ceses» (así, en caso de desistimiento del empresario).

**§3.** Según el artículo 26.3 del ET y atendiendo a lo que en él se llama «estructura del salario», cabe distinguir el «salario base» y los «complementos salariales». El salario base —también llamado por los convenios colectivos salario «fijo» o «garantizado»<sup>13</sup>, pues lo cobra el trabajador en todo caso— puede calcularse «por unidad de tiempo o de obra», aunque la regla general es hoy rotundamente el salario por unidad de tiempo, esto es, el salario pagado directamente en

<sup>8</sup> Véase A. MATORRAS DIAZ-CANEJA, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*, McGraw Hill (Madrid, 1999), págs. 1 ss.

<sup>9</sup> Más en concreto, en el indeciblemente prolijo artículo 23.2 (sobre «base de cotización») del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre.

<sup>10</sup> Cfr. artículo 44.1 del ET, cuando habla de «compromisos de pensiones».

<sup>11</sup> Sobre el vehículo puesto a disposición por la empresa, en cuanto que «herramienta» de trabajo, véase STSud de 21 diciembre 2005 (Ar. 589 de 2006).

<sup>12</sup> Las «indemnizaciones correspondientes a traslados» aparecen mencionadas en el artículo 40.4 del ET, que se refiere expresamente a «los gastos de viaje y dietas», diferenciándolos de «los salarios».

<sup>13</sup> Véase A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Tecnos (Madrid, 2005), pág. 374. El ACV-1997 lo denomina «salario de contratación, como retribución fija» (artículo 12.1). Sobre este acuerdo interprofesional, véase *infra*, Tema 28, §2 *in fine*.

función sólo del «tiempo trabajado», pudiendo ser este tiempo un número de horas al día, a la semana, al mes o al año igual o inferior a la jornada de trabajo aplicable en la concreta actividad de que se trate<sup>14</sup>. Por su parte, los complementos salariales —también llamados «salarios indirectos»<sup>15</sup>, que pueden cobrarse o no<sup>16</sup>— son salarios adicionales abonados directamente en atención a otro tipo de circunstancias concurrentes —en todo caso, no discriminatorias<sup>17</sup>— distintas del número de horas de trabajo, que el artículo 26.3 del ET pretende clasificar, sin conseguir agotar todos los supuestos<sup>18</sup>, en tres grandes apartados: 1) «circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador» (por ejemplo, su antigüedad en la empresa medida por trienios, quinquenios, etc.)<sup>19</sup>; 2) «circunstancias relativas... al trabajo realizado» o al «puesto de trabajo» ocupado (por ejemplo, su penosidad, su peligrosidad o su carácter nocturno)<sup>20</sup>; y 3) «circunstancias relativas... a la situación y resultados de la empresa» (por ejemplo, las comisiones)<sup>21</sup>.

El salario por unidad de obra —también llamado desde siempre «destajo»— es el pagado «por piezas, medidas, trozos o conjuntos determinados, independientemente del tiempo invertido»<sup>22</sup>. Carece de regulación en el ET, salvo a propósito del trabajo a domicilio<sup>23</sup>. Su versión moderna es el salario por rendimiento variable<sup>24</sup>, al que se alude incluso —quizá por

<sup>14</sup> Si fuese igual, estaríamos en presencia del contrato de trabajo «a tiempo completo»; si fuese inferior, en presencia del contrato de trabajo «a tiempo parcial». Todo ello, según dispone el artículo 12.1 del ET.

<sup>15</sup> Véase M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Civitas (Madrid, 2005), pág. 383.

<sup>16</sup> Por eso, el artículo 26.3 del ET afirma que se abonan «en su caso».

<sup>17</sup> El artículo 28 del ET afirma que «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla». Véase *infra*, Tema 19, §2.

<sup>18</sup> Téngase en cuenta, según el artículo 26.3 del ET, que este tema de la estructura del salario se regula «mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual». Las denominadas «stock options» (u opciones preferentes de compra de acciones en condiciones ventajosas concertadas por la empresa, normalmente con altos directivos) tienen la naturaleza de complementos salariales (véase I. ALZAGA RUIZ, *Las stock options. Un estudio desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, IEC-Civitas [Madrid, 2003], págs. 92 ss.).

<sup>19</sup> A este complemento, generalmente mirado con aversión por los empresarios, se refiere hoy en términos eufemísticos («promoción económica») y completamente dispositivos el artículo 25.1 del ET, afirmando que «el trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual».

<sup>20</sup> A este último complemento se refiere el artículo 36.2 del ET, que se remite genéricamente a «la negociación colectiva».

<sup>21</sup> Reguladas en el artículo 29.2 del ET.

<sup>22</sup> Cfr. artículo 38, párrafo 2º, de la LCT-1944.

<sup>23</sup> Cfr. su artículo 13, apartado 4. En cualquier caso, el apartado 3 de este mismo precepto afirma que «el salario [del trabajador a domicilio], cualquiera que sea la forma de su fijación, será, como mínimo, igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate».

<sup>24</sup> Acerca de este sistema de fijación del rendimiento, véase *supra*, Tema 14, §6.

ser relativamente usual, aunque no tanto como el salario por unidad de tiempo— en los Reales Decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional<sup>25</sup>.

Acerca de los complementos salariales, el ACV-1997<sup>26</sup> afirma con razón que «las partes firmantes a la vista de la variedad y pluralidad de complementos salariales existentes..., bajo multitud de denominaciones, coinciden en la conveniencia de proceder a una racionalización de los mismos» (artículo 13.2); a tal efecto, siempre según los firmantes en cuestión, «los más usuales serían: De penosidad, toxicidad y peligrosidad; de nocturnidad; de turnicidad; de domingos y festivos; de vencimiento periódico superior al mes; de cantidad y calidad en el trabajo; de carácter extrasalarial; personales de distinto tipo» (artículo 14, párrafo 1º)<sup>27</sup>.

Según el artículo 26.3 del ET, en el convenio colectivo o contrato de trabajo «igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa». Por supuesto, «consolidables» a estos efectos son los que acompañan a la persona del trabajador a lo largo de su vida laboral (por antonomasia, el plus o complemento de antigüedad).

Desde un punto de vista institucional, el artículo 27 del ET distingue el «salario mínimo interprofesional» y los que llama «salarios profesionales». El primero es el salario base por unidad de tiempo<sup>28</sup> que cada año fija el Gobierno —a través del oportuno Real Decreto, de vigencia sólo anual—, tras consultar con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas. Se le llama «mínimo» porque no pueden cobrarse salarios base inferiores a él, constituyendo en consecuencia uno de los «mínimos de derecho necesario» cuyo respeto estricto impone el ET<sup>29</sup>. Y se le llama «interprofesional» porque, a diferencia de los «salarios profesionales» —que son los propios de cada concreto sector o empresa—, rige «para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores»<sup>30</sup>.

En realidad, los sucesivos Reales Decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional establecen cinco salarios mínimos interprofesionales distintos: 1) el diario general (esto es, en euros/día), que no incluye la parte proporcional de la retribución de domingos y

<sup>25</sup> Cuando mencionan el «incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción».

<sup>26</sup> Sobre este acuerdo interprofesional, véase *infra*, Tema 28, §2 *in fine*.

<sup>27</sup> Véase J.R. MERCADER UGUINA, *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1996), págs. 27 ss.

<sup>28</sup> Según afirmación seriada contenida en los sucesivos Reales Decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional, este último «se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad». En estas mismas normas se afirma, además, que «si se realizase jornada inferior, se percibirá a prorrata».

<sup>29</sup> Cfr. su artículo 3.3. Sobre esto, véase *supra*, Tema 3, §3.

<sup>30</sup> Esta última afirmación tiene carácter seriado en los sucesivos Reales Decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional, y de ellos se toma.

festivos; 2) el mensual (esto es, en euros/mes), que incluye dicha parte proporcional; 3) el anual, resultado de multiplicar el mensual por catorce (esto es, doce mensualidades más dos pagas extraordinarias); 4) el diario de trabajadores eventuales y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de ciento veinte días (que incluye la parte proporcional de domingos, festivos y de las dos pagas extraordinarias); y 5) el horario (esto es, en euros/hora) de los empleados de hogar que trabajen por horas.

Dado que el salario mínimo interprofesional se venía teniendo en cuenta, como referente, a múltiples efectos no directamente laborales (en el ámbito educativo, por ejemplo, para la percepción de becas o pago de tasas; en el ámbito de la vivienda, para el acceso a las de protección oficial; en el ámbito fiscal, para la determinación de los mínimos exentos; etc.) —efectos que venían lastrando la posibilidad de que pudiese ser objeto de incrementos anuales significativos—, el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 junio, ha procedido a desvincular tales efectos no directamente laborales de la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, a través de dos medidas complementarias. En primer lugar, mediante la determinación casuística de en qué concretos supuestos puede seguir actuando todavía como referente el salario mínimo interprofesional<sup>31</sup>. En segundo lugar, mediante la creación de un «indicador público de renta de efectos múltiples» (o «IPREM») —de cuantía más reducida que el salario mínimo interprofesional—, para que «pueda utilizarse como indicador o referencia del nivel de renta que sirva para determinar la cuantía de determinadas prestaciones [por ejemplo, las prestaciones o subsidios por desempleo] o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos»<sup>32</sup>, de manera que «anualmente, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se determinará la cuantía del citado indicador teniendo en cuenta, al menos, la previsión u objetivo de inflación»<sup>33</sup>, y teniendo en cuenta, además, que antes de la elaboración del correspondiente proyecto de Ley anual de Presupuestos «el Gobierno consultará a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la cuantía del IPREM»<sup>34</sup>.

El salario mínimo interprofesional se fijó en España, por vez primera, a través del Decreto 55/1963, de 17 enero. La Unión Europea parece haber renunciado a la existencia de un salario mínimo interprofesional europeo, pues la versión consolidada del Tratado de la Comunidad Europea de 1997, enmendada por el Tratado de Niza de 2001, precisamente en uno de sus preceptos relativos a la «política social», afirma que «las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las *remuneraciones*, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal» (artículo 137.5).

En fin, desde el punto de vista de lo realmente percibido por el trabajador, cabe distinguir salarios brutos y salarios netos. Los segundos son los salarios que resultan, tras descontar el empresario —del

<sup>31</sup> Al respecto, véanse su artículo 1.2, en el que se mencionan hasta once supuestos distintos [muchos de ellos directamente laborales, ordenándolos por letras, de la a) a la k)], y su artículo 1.3, en el que se mencionan tres supuestos adicionales (los tres relativos a cuestiones de Seguridad Social). Su artículo 2.3 afirma, además, que «a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, las referencias al salario mínimo interprofesional contenidas en normas vigentes del Estado, cualquiera que sea su rango, se entenderán referidas al IPREM, salvo las señaladas en el artículo 1 de este Real Decreto-ley y en sus normas de desarrollo».

<sup>32</sup> Artículo 2.1.

<sup>33</sup> Artículo 2.2, inciso 1º.

<sup>34</sup> *Ibidem*, inciso 2º.



importe salarial total que debe pagar, según lo que marquen el convenio colectivo o el contrato de trabajo— las cotizaciones sociales e impuestos que soporta el salario percibido por el trabajador. Al respecto, el artículo 26.4 del ET afirma que «todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario»<sup>35</sup>.

La distinción es importante, entre otras razones, porque las indemnizaciones que regula el ET por extinción del contrato de trabajo, tasadas en función de un determinado número de días de salario por año de servicios (por ejemplo, 20 ó 45 días), se refieren siempre a salarios brutos (y además, a salarios globales, esto es, con el añadido de la parte proporcional de las pagas extraordinarias y de las vacaciones)<sup>36</sup>.

Según jurisprudencia laboral unificada y constante, los tribunales laborales son incompetentes para conocer de pleitos entre trabajador y empresario sobre «la retención por el empleador de sumas referentes al IRPF y cuota obrera de la Seguridad Social»; lo primero, por referirse «a Leyes de naturaleza fiscal y no laboral, cuya interpretación y aplicación corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo»; lo segundo, «por cuanto que tales cuestiones entran dentro del ámbito de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, que han de ser examinadas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa»<sup>37</sup>.

**§4.** Como obligación de dar que es, la obligación de retribuir se cumple con la entrega —o «pago»<sup>38</sup>— del salario realmente debido. Acerca del objeto del pago, el artículo 26.1 del ET afirma que el empresario puede cumplir realizando la entrega «en dinero o en especie», aunque «en ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador»<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Véase J. GARCIA MURCIA, «La prohibición de la asunción por el empresario de las obligaciones tributarias y de seguridad social del trabajador», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 18 (1984), págs. 217 ss.

<sup>36</sup> Téngase en cuenta, a efectos de la declaración por IRPF, que tienen legalmente el carácter de «rentas exentas», entre otras, «las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato»; y además, «cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación», también «las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que el mismo hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas». Todo ello, según modificación operada por la Ley 45/2002, de 12 diciembre (disposición adicional 12ª), en la Ley reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

<sup>37</sup> Por todas, véase STSud de 4 abril 2002 (Ar. 6468).

<sup>38</sup> Sobre el «pago o cumplimiento» como causa de extinción de las obligaciones, véase artículo 1156 del Código Civil.

<sup>39</sup> Existe una excepción a esta regla general, relativa «al 45 por 100 del salario total», en el artículo 6.2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 agosto, por el que se regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Sobre el tema, véase R. MARTIN JIMENEZ, *El Salario en Especie*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2002), págs. 31 ss.; y F. FERNANDEZ PROL, *El salario en especie*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2005), págs. 111 y ss.

Según la legislación de Seguridad Social<sup>40</sup> —de nuevo muy pegada en esto a la legislación tributaria—, como regla, «constituyen percepciones en especie la utilización, consumo y obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no suponga un gasto real para quien lo conceda».

En esta línea, la legislación tributaria menciona como «rendimientos del trabajo en especie», entre otros, «en el caso de utilización de vivienda, el 10 por 100 del valor catastral»<sup>41</sup>; «en el caso de utilización o entrega de vehículos automóviles», si se trata de entrega, «el coste de adquisición para el pagador, incluidos los tributos que graven la operación», y si se trata de uso, «el 20 por 100 anual» del coste recién citado; y «en los préstamos con tipos de interés inferiores al legal del dinero, la diferencia entre el interés pagado y el interés legal del dinero vigente en el período».

La legislación de Seguridad Social, concordemente con la tributaria, afirma que no tienen el carácter de salario en especie —son, por tanto, percepciones no salariales—, en principio, «las entregas de productos a precios rebajados que se realicen en cantinas o comedores de empresa o economatos de carácter social, teniendo dicha consideración las fórmulas directas o indirectas de prestación del servicio, admitidas por la legislación laboral»<sup>42</sup>.

En cuanto al tiempo del pago, hay que estar a lo convenido o acostumbrado, aunque —según el artículo 29.1 del ET— «el período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes», resultando lo más frecuente que precisamente al concluir el mes de trabajo sea cuando se abone el salario. Si el empresario no es puntual en el pago, incurre en mora, teniendo en cuenta —según el artículo 29.3 del ET— que «el interés por mora en el pago del salario será el 10 por 100 de lo adeudado».

Excepción importante a la regla citada del mes, como período máximo de abono del salario, es la representada por las pagas o gratificaciones extraordinarias, también llamadas por esta razón «complementos de vencimiento periódico superior al mes»<sup>43</sup>. Acerca de ellas, el artículo 31, párrafo 1º, del ET afirma lo siguiente: «el trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones». De todas formas, el párrafo 2º de este mismo precepto

<sup>40</sup> Más en concreto, según el artículo 23.2 del reglamento aprobado por el citado Real Decreto 2064/1995.

<sup>41</sup> Cfr. artículo 283 de la LPL, a propósito del caso de que «recaiga resolución firme en que se declara la extinción del contrato de trabajo, si el trabajador ocupare vivienda por razón del mismo».

<sup>42</sup> Con sugerentes reflexiones, véase B. XAVIER, «Alguns problemas das chamadas “obras sociais” e outras vantagens — conexões contratuais na relação de trabalho», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, núms. 2-3-4 (2002), págs. 145 y ss.

<sup>43</sup> También es el caso de las «comisiones», en principio, pues —según el artículo 29.2, párrafo 1º, del ET— «el derecho al salario a comisión nacerá en el momento de realizarse y pagarse el negocio, la colocación o venta en que hubiera intervenido el trabajador, liquidándose y pagándose, salvo que se hubiese pactado otra cosa, al finalizar el año».

indica que ello «no obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades».

El trabajador tiene derecho a solicitar y obtener anticipos no reintegrables de su salario, pues —según el artículo 29.1, párrafo 2º, del ET— «el trabajador y, con su autorización, sus representantes legales, tendrán derecho a percibir, sin que llegue el día señalado para el pago, anticipos a cuenta del trabajo ya realizado».

El interés por mora citado es «anual», por lo que «en consecuencia ha de fijarse en proporción al tiempo durante el que el salario ha sido adeudado»<sup>44</sup>. Pero sólo se devenga si lo adeudado no es problemático o controvertido, debiendo entenderse esto referido «a una oposición empresarial razonablemente fundada, no a la mera negativa a abonar unos salarios no discutidos, o controvertidos sin base legal suficiente»<sup>45</sup>.

Según el artículo 29.4 del ET, a propósito ahora de la forma de pago del salario y supuesto que se trate de dinero, «podrá efectuarlo el empresario en moneda de curso legal o mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito»<sup>46</sup>. El hecho del pago debe documentarse —según el artículo 29.1 del ET— «mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago» —recibo popularmente llamado «nómina»—, que debe contener «con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan».

El modelo oficial de recibo de salarios fue fijado por Orden Ministerial de 27 diciembre 1994, y sólo puede modificarse «por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores» (artículo 29.1, párrafo 3º, del ET), pero no por contrato individual de trabajo.

Según dicha Orden Ministerial, «cuando el abono se realice mediante transferencia bancaria, el empresario entregará al trabajador el duplicado del recibo sin recabar su firma, que se entenderá sustituida... por el comprobante del abono expedido por la entidad bancaria» (artículo 2.2).

La LISOS considera infracción administrativa «leve» del empresario, sancionable con multa de como máximo 300,51 euros, «no entregar puntualmente al trabajador el recibo de salarios o no utilizar el modelo de recibo de salarios aplicable, oficial o pactado» (artículo 6.2); e infracción administrativa «grave» del propio empresario, sancionable con multa de como máximo 3005,06 euros, «no consignar en el recibo de salarios las cantidades realmente abonadas al trabajador» (artículo 7.3).

<sup>44</sup> Véase al respecto M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., cit., pág. 393, poniendo de relieve, además, que «el art. 29.3 ET, como norma especial, es el aplicable, y no la Ley 24/1984, de 29 junio», pues «ésta fija el *interés legal* del dinero, derogando el art. 1108, párr. 2º, CC; pero lo hace “dejando a salvo lo dispuesto en leyes especiales”» (en pág. 392, nota 28).

<sup>45</sup> Cfr. SsTSud de 15 junio 1999 (Ar. 6736) y de 17 noviembre 2005 (Ar. 683 de 2006). A las cantidades de dinero líquidas a cuyo pago se condene en resolución judicial se les aplican, en todo caso, los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC.

<sup>46</sup> Esto último —también según el propio precepto— «previo informe al comité de empresa o delegados de personal».

§5. Dado que el trabajador vive de su trabajo<sup>47</sup>, resulta lógico que el ET contenga reglas de protección del salario, orientadas a garantizar la percepción del mismo por el trabajador. Estas reglas protegen el salario no sólo frente a deudas que haya podido contraer el trabajador, sino también frente a deudas que haya podido contraer su empresario.

La primera regulación de este tema en nuestra legislación obrera, muy pegada todavía a lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio, apareció contenida en los artículos 16 y 17 del Código del Trabajo de 1926<sup>48</sup>.

Frente a las deudas contraídas por el trabajador, a sus acreedores se les aplica la regla básica —contenida en el artículo 27.2 del ET— de que «el salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable»<sup>49</sup>.

Para el caso de percepción de salarios superiores al salario mínimo interprofesional, el artículo 607.2 de la LEC contiene una escala progresiva de cinco tramos, que comienza con la autorización de embargar «para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100», y que concluye declarando que resulta embargable «para cualquier cantidad que exceda [como cuantía adicional el importe de un quinto salario mínimo interprofesional]..., el 90 por 100»<sup>50</sup>.

La regulación del tema se remonta a la Ley de 12 julio 1906, que sentaba —enervando la jurisprudencia civil de 1890, sobre la total embargabilidad del salario del obrero deudor, a instancia de su empresario<sup>51</sup>— la regla básica de que «cuando hubiera que proceder contra salarios, jornales, sueldos o retribuciones superiores a 2 pesetas 50 céntimos, el haber que reste a percibir, en ningún caso, podrá ser inferior a dichas 2 pesetas 50 céntimos diarios» (artículo 1).

Frente a las deudas contraídas por el empresario, el ET establece dos tipos de mecanismos protectores de los salarios impagados. Estos dos mecanismos protectores —que normalmente presuponen la concurrencia de los trabajadores con otros acreedores del empresario (proveedores, bancos, Tesorería General de la Seguridad Social, etc.)— son las preferencias de los créditos salariales y la intervención del Fondo de Garantía Salarial.

<sup>47</sup> De ahí que el artículo 35.1 de la CE afirme que «todos los españoles tienen... derecho... a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia». Sobre el tema, véase J.M. DEL VALLE VILLAR, *La protección legal de la suficiencia del salario*, Dykinson (Madrid, 2002), págs. 17 ss.

<sup>48</sup> Véase M. ALONSO OLEA, «Los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo del Instituto de Reformas Sociales (En especial en cuanto a los privilegios salariales)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo*, núm. extraordinario (2003), págs. 109 ss.

<sup>49</sup> Sobre el tema, véase A. COSTA REYES, *El crédito salarial*, Consejo Económico y Social de Andalucía (Sevilla, 2005), págs. 319 ss.

<sup>50</sup> Según el artículo 607.5 de la propia LEC, «si los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones estuvieron gravados con descuentos permanentes o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal o de Seguridad Social, la cantidad líquida que percibiera el ejecutado, deducidos éstos, será la que sirva de tipo para regular el embargo».

<sup>51</sup> Véase *supra*, Tema 5, §5.

Recuérdese, en todo caso, que constituye justa causa para que el trabajador solicite del juez de lo social la extinción indemnizada de su contrato de trabajo «la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado» [artículo 50.1.b) del ET]<sup>52</sup>.

Además, según la LISOS, constituye infracción administrativa «muy grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 90151,82 euros, «el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido» (artículo 8.1).

Las preferencias de los créditos salariales son distintas según que se trate de empresario «concurtido»<sup>53</sup> o no<sup>54</sup>. En efecto, si se trata de empresario meramente «ejecutado» —esto es, demandado por los trabajadores en proceso laboral de ejecución de sentencia, al efecto de obtener el cobro de sus salarios impagados<sup>55</sup>—, se aplican entonces las preferencias reguladas en el artículo 32 del ET, de acuerdo con las cuales algún tipo de crédito salarial prevalece claramente sobre los créditos hipotecarios (por eso, al crédito salarial en cuestión se le llama «crédito superprivilegiado»). En cambio, si se trata de empresario «concurtido», entonces —según dispone el artículo 32.5 del ET— «serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios», de acuerdo con las cuales se privilegia en todo caso a los créditos hipotecarios frente a los créditos salariales<sup>56</sup>.

Según el artículo 32 del ET: 1) gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito —incluso garantizado con hipoteca, de ahí su carácter «superprivilegiado»—, respecto de la generalidad de bienes del empresario, «los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional» (apartado 1); 2) también gozan de esta misma preferencia los llamados «créditos refaccionarios» de los trabajadores, esto es, «los créditos salariales... respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario» (apartado 2); y 3) ceden en preferencia frente a los créditos hipotecarios «los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores... en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago» (apartado 3).

<sup>52</sup> Sobre este precepto, véase *infra*, Tema 25, §5.

<sup>53</sup> Esto es, el empresario insolvente (antiguo quebrado, suspendido de pagos, etc.) sujeto a los procedimientos regulados en la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal.

<sup>54</sup> La doctrina clásica sobre el tema, en B. RIOS SALMERON, *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas (Madrid, 1984), págs. 21 ss.

<sup>55</sup> En estos procesos, «quienes, sin figurar como acreedores o deudores en el título ejecutivo o sin haber sido declarados sucesores de unos u otros, aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo, tendrán derecho a intervenir en condiciones de igualdad de las partes en los actos que les afecten» (artículo 238 de la LPL; cfr., también en la LPL, sus arts. 258 [sobre tercerías de dominio de bienes embargados] y 273 [sobre tercerías de mejor derecho]). Téngase en cuenta que sólo «podrán continuarse... las ejecuciones laborales en que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor» (artículo 55.1 de la Ley 22/2003, Concursal).

<sup>56</sup> Sobre el tema, véase I. ALBIOL MONTESINOS, «Notas sobre los créditos laborales en la Ley Concursal», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), pág. 130.

En cambio, según la Ley 22/2003, Concursal, aunque tienen el carácter de créditos contra la masa —por tanto, de cobro aparentemente preferente frente a todos los demás créditos concursales— «los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional» (artículo 84.2.1º)<sup>57</sup>, resulta luego que «las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de los créditos con privilegio especial» (artículo 154.3, inciso 1º) —créditos con privilegio especial entre los que figuran los créditos hipotecarios (artículo 90.1.1º)<sup>58</sup>—, previéndose incluso expresamente la hipótesis de «resultar insuficientes» por esa razón los bienes de la masa, en cuyo caso —que deja incólumes, como es lógico, los créditos garantizados con hipoteca— «lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos» (artículo 154.3, inciso 2º).

En cuanto al organismo público oficialmente denominado Fondo de Garantía Salarial y popularmente FOGASA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 del ET, interviene instado a través del correspondiente expediente administrativo por los trabajadores acreedores<sup>59</sup>, en los casos de insolvencia empresarial —con independencia de que el empresario insolvente sea un empresario «concurtido» o no<sup>60</sup>—, del siguiente modo: 1) abonando a los trabajadores los «salarios»<sup>61</sup> pendientes de pago, hasta el tope de «la cantidad resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento cincuenta días»<sup>62</sup>, pero sólo si la deuda salarial en cuestión aparece «reconocida como tal en acto de conciliación

<sup>57</sup> A estos efectos, se asimilan a los recién citados «los créditos laborales», incluso salariales, «generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso» (artículo 84.2.5º).

<sup>58</sup> También figuran aquí «los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado» (artículo 90.1.3º). En cambio, sólo poseen privilegio general —esto es, se trata de créditos sobre todo el patrimonio del deudor, pero cobrables con el remanente que quede una vez pagados los créditos contra la masa y los créditos con privilegio especial— «los créditos por salarios... en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago» (artículo 91.1º).

<sup>59</sup> El procedimiento administrativo en cuestión aparece regulado en los artículos 20 a 29 del Real Decreto 505/1985, de 6 marzo (cfr. *infra*, Tema 36, §3). Según el artículo 33.7 del ET, «el derecho a solicitar del Fondo de Garantía Salarial el pago... prescribirá al año de la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución... en que se reconozca la deuda por salarios». Este plazo no se superpone con los plazos igualmente de un año, pero con diferente *dies a quo*, a que se refieren los artículos 33.6 y 59 del ET.

<sup>60</sup> Téngase en cuenta que la disposición adicional 14ª de la Ley 22/2003, Concursal, deja incólume la sección 5ª («Insolvencia empresarial») del Capítulo II del Libro IV de la LPL, con el solo añadido de un nuevo apartado 5 («la declaración de insolvencia del ejecutado se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil») a su artículo 274.

<sup>61</sup> Incluidos los «salarios de tramitación» (cfr. artículo 33.1, párrafo 2º, del ET).

<sup>62</sup> *Ibidem*.

[judicial] o en resolución judicial»<sup>63</sup>; y 2) una vez realizados estos pagos, «el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores [frente al empresario], conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32»<sup>64</sup>.

El Fondo de Garantía Salarial (a pesar de su nombre, esto es, de garantía «salarial») fue creado por la Ley de Relaciones Laborales en 1976 con la finalidad —como ahora ocurre en la regulación que contiene el artículo 33 del ET— de asegurar a los trabajadores no sólo el pago de determinados salarios pendientes de cobro, sino también de ciertas indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo<sup>65</sup>.

Según el artículo 33.5 del ET, «se financiará con las aportaciones efectuadas por todos los empresarios..., tanto si son públicos como privados» (párrafo 1º), teniendo en cuenta que «el tipo de cotización se fijará por el Gobierno sobre los salarios que sirvan de base para el cálculo de cotización para atender las contingencias derivadas de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y desempleo en el Sistema de la Seguridad Social» (párrafo 2º). Pero lo cierto es que este tipo de cotización empresarial adicional sobre los salarios reales no lo fija el Gobierno, sino las Cortes, pues aparece detallado cada año en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 octubre 1980, enmendada, obliga a los Estados miembros a adoptar «las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren... el pago de los créditos impagados de los trabajadores... correspondientes a un período situado antes o, en su caso, después de una fecha determinada por los Estados miembros, o antes y después de la misma» (artículo 3), en función siempre de la «insolvencia» del empresario (artículo 1.1), aunque «los Estados miembros podrán establecer límites a los pagos efectuados por la institución de garantía», supuesto que no sean «inferiores a un umbral socialmente compatible con el objetivo social de la presente Directiva» (artículo 4.3). Esta Directiva obliga asimismo a adoptar «las medidas necesarias para garantizar que el impago de cotizaciones obligatorias adeudadas por el empresario a sus instituciones de seguros... no tenga efectos perjudiciales en el derecho a prestaciones del trabajador asalariado respecto a tales instituciones de seguros, en la medida en que las cotizaciones salariales se hayan descontado previamente de los salarios abonados» (artículo 7)<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> *Ibidem*. Confirmando la exigencia de que se trate precisamente de conciliación judicial —incluso teniendo presente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el tema—, véase STSud de 26 diciembre 2002 (Ar. 2804 de 2003); también (aunque a propósito de ciertas indemnizaciones abonables por el FOGASA), en la medida en que explícitamente se refiere a la conciliación «judicial», véase artículo 33.2 del ET. Para el caso de empresario «concurtido», véanse los artículos 149.2 y 184.1 de la Ley 22/2003, Concursal.

<sup>64</sup> Cfr. artículo 33.4 del ET.

<sup>65</sup> Véase J. GARCIA MURCIA, *El Fondo de Garantía Salarial*, IELSS (Madrid, 1983), págs. 22 ss. Sobre las indemnizaciones en cuestión, véase *infra*, Tema 24, §4 *in fine* (despido objetivo), §6 *in fine* (despido por fuerza mayor) y §7 *in fine* (despido colectivo), y Tema 25, §5 *in fine* (despido indirecto).

<sup>66</sup> Sobre el contenido original y las diversas modificaciones posteriores de esta Directiva, a la luz de la jurisprudencia del TJCE, véase A. ARUFE VARELA, «La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario», *Actualidad Laboral*, núm. 18 (2004), págs. 2160 ss.





---

## TEMA 17

### LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

---

Xosé Manuel Carril Vázquez

**Sumario:** §1. Las fuentes normativas de la prevención de riesgos laborales. §2. La complejidad técnica interdisciplinar de la prevención de riesgos laborales. §3. Los sujetos implicados en la empresa en la prevención de riesgos laborales. §4. Las responsabilidades jurídicas del empresario en materia de prevención de riesgos laborales. §5. Las intolerables cifras españolas de siniestralidad laboral con baja en el trabajo.

§1. Sobre la base de que la prevención de riesgos laborales —que es lo que tradicionalmente se llamaba en España «seguridad e higiene en el trabajo»<sup>1</sup>— es el conjunto de medidas tendente a evitar que se produzcan accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en esta materia existe un antes y un después<sup>2</sup>. El punto de inflexión que separa el Derecho viejo y el Derecho nuevo sobre este tema está marcado por la aprobación de la Directiva 89/391/CEE, de 12 junio 1989, o «Directiva-Marco» relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo<sup>3</sup>. Esta norma comunitaria pretendía armonizar los sistemas legislativos de los Estados miembros en la materia, que «son muy diferentes y... deben ser mejorados»<sup>4</sup>, pues —siempre según la Directiva en cuestión— «hay que lamentar todavía demasiados accidentes de trabajo y enfermedades profesionales»<sup>5</sup>, por lo

---

<sup>1</sup> La CE (en su artículo 40.2) y el ET [en sus artículos 4.2.d) y 19] siguen hablando todavía de «seguridad e higiene» en el trabajo, para referirse a la actualmente denominada por todos «prevención de riesgos laborales». Véase L. FERNÁNDEZ MARCOS, «Seguridad e higiene», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. V, Edersa (Madrid, 1985), págs. 18 y ss. Sobre la conexión del tema con el artículo 43 de la CE, véase J. APARICIO, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas (Madrid, 1989), págs. 53 y ss.

<sup>2</sup> Un «antes» que se remonta incluso a comienzos del siglo pasado, puesto que la necesidad de regular las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, para así evitar accidentes o enfermedades, fue causa determinante de la aprobación de un conjunto variado de disposiciones normativas sobre la materia, a partir ya del año 1900. Véase *supra*, Tema 6, §2.

<sup>3</sup> Véase M.B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, *Seguridad y Salud Laboral en las Obras de Construcción: Obligaciones y Responsabilidades*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2003), págs. 50 y ss.

<sup>4</sup> Véase su considerando 9.

<sup>5</sup> Véase su considerando 10.

que urgía («sin más tardar») adoptar «medidas preventivas para preservar la seguridad y la salud de los trabajadores, de manera que se garantice un mejor nivel de protección»<sup>6</sup>.

Recuérdese que el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea fue modificado por el Acta Unica Europea, a tenor de cuyo artículo 118-A los Estados miembros procurarían promover la mejora del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, fijándose como objetivo la armonización (dentro del progreso) de las condiciones existentes en ese medio, a través de Directivas cuya aprobación no requería la unanimidad de los entonces doce Estados miembros<sup>7</sup>.

Esta Directiva comunitaria se denomina «Directiva-Marco» porque se limitaba a trazar los grandes rasgos de la prevención de riesgos laborales, que serían concretados luego mediante la aprobación de Directivas «específicas» en muy diversos ámbitos, que la propia «Directiva-Marco» relacionaba. Estas Directivas «específicas» empezaron a aprobarse el propio año 1989. Y a comienzos de 1995, hacía tiempo que había vencido el plazo de transposición de la «Directiva-Marco» citada y de seis de estas Directivas «específicas»<sup>8</sup>, sin que España hubiese procedido a adaptar su legislación interna a todo este Derecho comunitario.

Según la «Directiva-Marco», los ámbitos a que se refieren las directivas «específicas» eran los relativos a «lugares de trabajo», «equipos de trabajo», «equipos de protección individual», «trabajo con equipos provistos de pantalla de visualización», «manipulación de cargas pesadas que entrañe riesgos lumbares», «obras temporales y móviles» y «pesca y agricultura»<sup>9</sup>.

El plazo marcado a los Estados miembros para transponer a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, tanto la «Directiva-Marco» como las Directivas «específicas» citadas, concluía «el 31 de diciembre de 1992».

Este flagrante incumplimiento del Derecho comunitario por parte del Estado español provocó que nuestro país fuese demandado por la Comisión de las Comunidades Europeas ante el TJCE, con fecha 16 marzo 1995. Y de ahí la apresurada promulgación de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Véase *supra*, Tema 8, §6.

<sup>8</sup> Se trataba de la Directiva 89/654/CEE del Consejo, de 30 noviembre 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo; de la Directiva 89/655/CEE del Consejo, de 30 noviembre 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización en el trabajo de los equipos de trabajo; de la Directiva 89/656/CEE del Consejo, de 30 noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual; de la Directiva 90/269/CEE del Consejo, de 29 mayo 1990, sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular, dorsolumbares, para los trabajadores; de la Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 mayo 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización; y de la Directiva 90/394/CEE del Consejo, de 28 junio 1990, relativa a la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo.

<sup>9</sup> Véase, por remisión del artículo 16.1, su anexo, precisamente con el título «Lista de los ámbitos contemplados en el apartado 1 del artículo 16».

prevención de riesgos laborales, que transpuso, en lo esencial, la citada «Directiva-Marco»<sup>10</sup>. Esta Ley y sus reglamentos de desarrollo —promulgados para transponer las también citadas Directivas «específicas»—, de los cuales el más importante es el Real Decreto 39/1997, de 17 enero, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención de riesgos laborales, constituyen hoy las fuentes legales reguladoras en España del tema de la prevención de riesgos laborales.

Dicha demanda de la Comisión fue resuelta por la STJCE de 26 septiembre 1996, que decidió —aunque solamente respecto de las seis Directivas «específicas» citadas— «declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben..., al no haber adoptado dentro del plazo señalado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dichas Directivas»; y por todo ello, además, procedió a «condenar en costas al Reino de España»<sup>11</sup>. Respecto de la «Directiva-Marco», España no resultó condenada, habida cuenta que —según la propia STJCE— «mediante escrito de 17 febrero de 1996, la Comisión desistió de su recurso por lo que se refiere a la Directiva 89/391», tras comprobar que, «mediante escrito de 16 de noviembre de 1995, el Reino de España transmitió al Tribunal de Justicia una copia de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, de 8 noviembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 269, de 10 noviembre 1995, y que entró en vigor el día siguiente, por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva 89/391». Aunque en este caso la Comisión desistió de su recurso, resulta que diez años después la Comisión descubre que España había incumplido «las obligaciones que le incumben en virtud... de la Directiva 89/391..., por lo que respecta al personal no civil de las Administraciones Públicas, al no haber adaptado, o haber adaptado sólo parcialmente, su ordenamiento jurídico interno a los artículos 2, apartados 1 y 2 y 4 de dicha Directiva», razón por la cual España fue condenada de nuevo por STJCE de 12 enero 2006.

**§2.** Tanto la Ley 31/1995 como sus múltiples reglamentos de desarrollo —que incesantemente siguen promulgándose, a la par que se aprueban nuevas Directivas «específicas» o se enmiendan, por causa del progreso de la ciencia, Directivas «específicas» previamente aprobadas— son normas de una complicación técnica extraordinaria, que sólo pueden comprender cabalmente especialistas dotados de una formación interdisciplinar (más propia de ingenieros que de juristas), actualmente denominados «técnicos superiores en prevención de riesgos profesionales».

Por Real Decreto 1161/2001, de 26 octubre, se estableció el título de Técnico Superior en Prevención de Riesgos Profesionales y sus correspondientes enseñanzas comunes<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Así lo reconoce su exposición de motivos, al indicar que la «presente Ley transpone al Derecho español la citada Directiva» (párrafo 5º).

<sup>11</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «Comentario al artículo 5», en J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Comares (Granada, 1998), págs. 22 y ss.

<sup>12</sup> A su vez, por Real Decreto 277/2003, de 7 marzo, se estableció para el ámbito de competencia estatal —esto es, en el ámbito territorial gestionado entonces por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte— el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Prevención de Riesgos Profesionales.

Toda esta complejidad técnica interdisciplinaria explica no sólo que resulte imprescindible en esta materia la intervención de la Administración pública, sino además que sean muchas las Administraciones públicas aquí implicadas<sup>13</sup>. Al respecto, la Ley 31/1995 afirma que «la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración local se prestarán cooperación y asistencia para el eficaz ejercicio de sus respectivas competencias» [artículo 5.1.a)]; y también, que «en el ámbito de la Administración General del Estado se establecerá una colaboración permanente entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Ministerios que correspondan, en particular los de Educación y Ciencia y de Sanidad y Consumo, al objeto de establecer los niveles formativos y especializaciones idóneas, así como la revisión permanente de estas enseñanzas, con el fin de adaptarlas a las necesidades existentes en cada momento» (artículo 5.2, párrafo 2º).

A los efectos de determinar las capacidades y aptitudes necesarias para la evaluación de los riesgos y el desarrollo de la actividad preventiva, el Real Decreto 39/1997 clasifica las funciones de prevención en tres niveles<sup>14</sup> —«básico»<sup>15</sup>, «intermedio»<sup>16</sup> y «superior»<sup>17</sup>—, detallando el contenido mínimo del programa de formación exigido para el desempeño de dichas funciones, según su nivel correspondiente<sup>18</sup>.

El Real Decreto 1429/1990, de 26 octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Diplomado en Relaciones Laborales y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a aquél, incluye en la «relación de materias troncales» del plan de estudios —estructurado por créditos— la relativa a «Seguridad en el Trabajo y Acción Social en la Empresa» (11 créditos), asignada entre otras áreas de conocimiento a «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», y en cuyos descriptores de contenido consta la «Salud y seguridad en el trabajo».

Esta necesaria llamada a la intervención de las Administraciones públicas se ha completado con una reorganización administrativa, creando incluso nuevos órganos administrativos colegiados inexistentes antes de 1995. Es el caso de la Comisión Nacional de Seguridad

<sup>13</sup> Véase J.F. BLASCO LAHOZ, *La organización administrativa de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo blanch (Valencia, 1999), págs. 11 y ss.

<sup>14</sup> Véase su artículo 34.

<sup>15</sup> Véase su artículo 35.

<sup>16</sup> Véase su artículo 36.

<sup>17</sup> Véase su artículo 37.

<sup>18</sup> En sus anexos IV (sobre «contenido mínimo del programa de formación para el desempeño de las funciones de nivel básico»), V (relativo al «contenido mínimo del programa de formación, para el desempeño de las funciones de nivel intermedio») y VI (acerca del «contenido mínimo del programa de formación, para el desempeño de las funciones de nivel superior»).

y Salud en el Trabajo, regulada por Real Decreto 1879/1996, de 2 agosto, que fue el primer reglamento dictado por el Gobierno en desarrollo de la Ley 31/1995. Se trata de un «órgano colegiado asesor de las Administraciones Públicas en la formulación de las políticas de prevención y órgano de participación institucional en materia de seguridad y salud en el trabajo»<sup>19</sup>. Esto último explica que dicha Comisión esté integrada, en principio, «por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración General del Estado y, paritariamente con todos los anteriores, por representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas»<sup>20</sup>.

Según el artículo 2 del Real Decreto 1879/1996, por el que se regula composición de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, esta última queda conformada del siguiente modo: 1) «El Presidente, que lo será el Secretario general de Empleo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales»; 2) «Cuatro Vicepresidentes, uno por cada uno de los grupos que la integran, siendo en el ámbito de la Administración General del Estado el Subsecretario de Sanidad y Consumo»; 3) «Diecisiete Vocales en el ámbito de la Administración General del Estado, con rango de Director general o equivalente»; 4) «Diecisiete Vocales en representación de las Comunidades Autónomas, así como un Vocal por cada una de las Ciudades de Ceuta y Melilla»; 5) «Diecinueve Vocales por parte de las organizaciones empresariales más representativas»; y 6) «Diecinueve Vocales por parte de las organizaciones sindicales más representativas».

En cuanto que «órgano colegiado asesor», la «Comisión conocerá las actuaciones que desarrollen las Administraciones públicas competentes en materia de promoción de la prevención de riesgos laborales, de asesoramiento técnico y de vigilancia y control... y podrá informar y formular propuestas en relación con dichas actuaciones»<sup>21</sup>, especialmente en lo relativo a «proyectos de disposiciones de carácter general»<sup>22</sup>.

**§3.** Toda esta complejísima normativa está construida, ante todo, sobre la base de que el empresario es el verdadero sujeto activo en materia de prevención de riesgos laborales. En este sentido, la Ley 31/1995 afirma la existencia de un «deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales» (artículo 14.1, párrafo 2º), que le obliga a hacer todo lo jurídicamente posible para evitar que se produzcan la incapacidad o la muerte de sus trabajadores, por causa de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales<sup>23</sup>. Como es lógico, este deber gravita

<sup>19</sup> Cfr. artículos 13.1 de la Ley 31/1995 y 1 del Real Decreto 1879/1996.

<sup>20</sup> Cfr. artículo 13.2 de la Ley 31/1995.

<sup>21</sup> Véase artículo 13.3 de la Ley 31/1995.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Véanse B. GUTIERREZ-SOLAR CALVO, *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, CES (Madrid, 1999), págs. 27 y ss.; y M.T. IGARTUA MIRO, *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2000), págs. 25 y ss.

sobre todo tipo de empresarios, a los que el citado Real Decreto 39/1997 obliga a realizar las tres siguientes actividades preventivas: evaluar los riesgos laborales existentes en su empresa, elaborar un plan para prevenirlos y, por supuesto, ejecutar, llevar a cabo o cumplir el plan preventivo previamente elaborado<sup>24</sup>. Según el tamaño de la empresa y la peligrosidad de las actividades desarrolladas en la misma, cabe que estas tres actividades preventivas puedan ser realizadas: 1) personalmente por el empresario, aunque sólo en empresas de menos de 6 trabajadores<sup>25</sup>; 2) por «uno o varios trabajadores» de la empresa, que sean designados por el empresario, siempre y cuando esta designación no resulte «insuficiente» para realizar las actividades preventivas<sup>26</sup>; y 3) por un «servicio de prevención», bien propio de la empresa, bien de carácter concertado, soliendo actuar a estos últimos efectos como entidades contratadas por los empresarios las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

De acuerdo con el artículo 29.3 del Real Decreto 39/1997, las empresas de hasta 6 trabajadores que no desarrollen actividades objetivamente peligrosas (concretamente, las contempladas en el anexo I del propio Real Decreto 39/1997)<sup>27</sup> deben cumplir con sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, elaborando al menos su propio plan elemental de evaluación de riesgos, a cuyo efecto tienen que cumplimentar el formulario contenido en el anexo II del citado Real Decreto 39/1997 —relativo a los «riesgos existentes» en la empresa y a la «actividad preventiva procedente»—, remitiéndolo luego a la Administración laboral.

El empresario deberá constituir un servicio de prevención propio: 1) cuando se trate de empresas «que cuenten con más de 500 trabajadores»<sup>28</sup>; 2) cuando se trate de empresas «de entre 250 y 500 trabajadores» que desarrollen alguna de las actividades peligrosas relacionadas en el citado anexo I del Real Decreto 39/1997<sup>29</sup>; y 3) cuando «así lo decida la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, de los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas, en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia o gravedad de la

<sup>24</sup> Véanse sus artículos 3 a 7, sobre evaluación de los riesgos, y 8 y 9, sobre planificación de la actividad preventiva.

<sup>25</sup> Véase artículo 30.5 de la Ley 31/1995.

<sup>26</sup> Véase artículo 31.1 de la Ley 31/1995. Sobre que esta designación de trabajadores para ocuparse de las actividades de prevención de riesgos laborales implica una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo —a operarse sólo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del ET—, véase J. GARATE CASTRO, «Organización de la prevención mediante la designación de uno o varios trabajadores», *Revista Galega de Dereito Social*, t. II (2000), págs. 61 y ss. Acerca de las obligaciones y responsabilidades específicas en esta materia de los trabajadores comunes apoderados por el empresario, véase A.I. GARCIA SALAS, *El mando intermedio en la prevención de riesgos laborales*, La Ley (Madrid, 2000), págs. 27 y ss.

<sup>27</sup> Por ejemplo, empresas del sector de la construcción, empresas siderúrgicas o de productos químicos, etc.

<sup>28</sup> Véase artículo 14.a) del Real Decreto 39/1997.

<sup>29</sup> Véase artículo 14.b) del Real Decreto 39/1997.

siniestralidad en la empresa, salvo que se opte por el concierto con una entidad especializada ajena a la empresa»<sup>30</sup>.

Previa consulta a los representantes de los trabajadores<sup>31</sup>, el empresario puede recurrir a los servicios de prevención ajenos: 1) cuando la «designación de uno o varios trabajadores sea insuficiente para la realización de la actividad de prevención y no concurren las circunstancias que determinan la obligación de constituir un servicio de prevención propio»<sup>32</sup>; 2) cuando, por tratarse de una actividad empresarial equiparada por la Administración laboral a las objetivamente peligrosas, «no haya optado por la constitución de un servicio de prevención propio»<sup>33</sup>; y 3) cuando «se haya producido una asunción parcial de la actividad preventiva»<sup>34</sup>. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social pueden operar como servicios de prevención, debiendo desarrollar su actuación «en las mismas condiciones que las aplicables a los servicios de prevención ajenos, teniendo en cuenta las prescripciones contenidas al respecto en la normativa específica aplicable a dichas entidades»<sup>35</sup>.

Este deber del empresario se corresponde, según la Ley 31/1995, con el «derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo», de que son titulares «los trabajadores» (artículo 14.1, párrafo 1º), y que viene a ser una concreción del derecho de los trabajadores a su «integridad física», vistas las resultas (muerte o incapacidad laboral) que provocan los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. De acuerdo con la propia Ley 31/1995, la palabra «trabajadores» hay que tomarla en sentido amplísimo, pues comprende no sólo los trabajadores en sentido estricto incluidos «en el ámbito... del Estatuto de los Trabajadores», sino también a quienes trabajan —como es el caso, por ejemplo, de los funcionarios públicos— en virtud «de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las Administraciones públicas» (artículo 3.1, párrafo 1º). Así conceptuados, los trabajadores no son sujetos activos de la prevención, sino más bien sujetos pacientes de la misma, en la medida en que toda la actividad preventiva —en lo esencial, a cargo del empresario— se orienta a evitar que les ocurran accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y, en consecuencia, a preservar la citada «integridad física» de los mismos<sup>36</sup>.

Las aparentemente específicas «obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos», que menciona el artículo 29 de la Ley 31/1995, no son más que meras

<sup>30</sup> Véase artículo 14.c) del Real Decreto 39/1997.

<sup>31</sup> Véase artículo 16.2 del Real Decreto 39/1997.

<sup>32</sup> Véase artículo 16.1.a) del Real Decreto 39/1997.

<sup>33</sup> Véase artículo 16.1.b) del Real Decreto 39/1997.

<sup>34</sup> Véase artículo 16.1.c) del Real Decreto 39/1997.

<sup>35</sup> Véase artículo 22 del Real Decreto 39/1997. A tales efectos, téngase en cuenta también la Orden de 27 junio 1997, de desarrollo del mismo.

<sup>36</sup> Véase A. MORENO MARQUEZ, *Los sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2002), págs. 83 y ss.

concreciones de la «diligencia y colaboración en el trabajo», y en definitiva, de la «buena fe», mencionadas en el artículo 20.2 del ET como obligaciones de cualquier trabajador<sup>37</sup>.

La LISOS acentúa el carácter de «sujeto paciente» del trabajador, al excluir que pueda ser considerado sujeto responsable de la comisión de infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales<sup>38</sup>.

Una de las «principales novedades» de la Ley 31/1995 fue, en efecto, la de aplicarse «también en ámbito de las Administraciones públicas»<sup>39</sup> —aunque con peculiaridades<sup>40</sup>—, hasta el extremo de afirmarse que «cuando en la presente Ley se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta servicios»<sup>41</sup>.

Siempre según la Ley 31/1995, entre el empresario —sujeto activo— y los trabajadores —sujetos pacientes— se interponen los representantes especializados de los trabajadores en esta materia. Con carácter general, se ocupan de «la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el trabajo», ejercitando a este efecto competencias «de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las empresas y los órganos y tribunales competentes» (artículo 34.2). Estos representantes especializados son de dos tipos: 1) los «Delegados de Prevención»<sup>42</sup>, designados —salvo que por convenio colectivo se disponga otra cosa<sup>43</sup>— por y de entre los representantes legales de los trabajadores (esto es, delegados de personal y comités de empresas), y cuyo número varía de acuerdo con una escala comprendida entre 1 delegado, si la empresa tiene

<sup>37</sup> En este sentido, resulta paradigmática como cláusula de cierre y cajón de sastre, la obligación mencionada en el apartado 2.6º del citado artículo 29 de la Ley 31/1995, relativo a «cooperar con el empresario para que éste puede garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores». Por todo ello, las consecuencias «disciplinarias» que menciona el apartado 3 del propio precepto son redundantes, dado que resultarían directamente aplicables por el empresario los artículos 58.1 y 54.2.d) del ET.

<sup>38</sup> Véase *infra*, Tema 35, §6.

<sup>39</sup> Véase su exposición de motivos, punto 3, párrafo 4º.

<sup>40</sup> A propósito de las mismas, véanse artículo 3.2 y 3 de la Ley 31/1995 y Real Decreto 1488/1998, de 10 julio, por el que se adapta la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado. Acerca de el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en este ámbito, véase *infra*, Tema 36, §2.

<sup>41</sup> Véase su artículo 3.1, párrafo 2º. El propio artículo 3 también alude, al delimitar su ámbito de aplicación, a los «trabajadores autónomos» y a las «sociedades cooperativas... en las que existan socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal, con las particularidades derivadas de su normativa específica» (apartado 1, párrafo 1º).

<sup>42</sup> Véase A. ALVAREZ MONTERO, *El delegado de prevención. Estudio crítico en su régimen jurídico*, Comares (Granada, 2000), págs. 8 y ss.

<sup>43</sup> Véase artículo 35.4 de la Ley 31/1995. En la doctrina, véase L. MELENDEZ MORILLO-VELAZQUEZ, *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2004), págs. 110 y ss.



hasta 50 trabajadores, y 8 delegados, si tuviese de 4.001 trabajadores en adelante (artículo 35.2); y 2) el «Comité de Seguridad y Salud», a constituir en empresas de 50 ó más trabajadores, que es un órgano colegiado y paritario —a diferencia del Comité de Empresa—, pues está compuesto por los delegados de prevención y, además, «por el empresario y/o sus representantes en número igual al de los Delegados de Prevención» (artículo 38.2).

El artículo 34.1 de la Ley 31/1995 afirma que «en las empresas o centros de trabajo que cuenten con seis o más trabajadores, la participación de éstos se canalizará a través de sus representantes y de la representación especializada»<sup>44</sup>, por causa de la inexistencia en las empresas de menos de seis trabajadores —que son la inmensa mayoría de las empresas españolas— de representantes legales o unitarios de los propios trabajadores (esto es, delegados de personal y comités de empresa)<sup>45</sup>.

§4. Evidentemente, la prevención de riesgos laborales falla cuando ocurre un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Este fallo es, por encima de todo, una desgracia material para el trabajador (que puede morir o quedar incapacitado para el trabajo), pero es también una verdadera desgracia jurídica para el empresario —de ahí la radical importancia de prevenir bien—, visto el imponente elenco de responsabilidades jurídicas que pueden llegar a exigírsele, por causa de dicho fallo en la prevención de los riesgos laborales de su empresa<sup>46</sup>. Entre estas responsabilidades exigibles al empresario, las más primarias y elementales son las responsabilidades de Seguridad Social frente al trabajador accidentado o enfermo —que tienen precedentes en nuestro Derecho, ya en el año 1900<sup>47</sup>—, reconducibles a las dos siguientes: 1) en todo caso, la responsabilidad objetiva —esto es, aunque no medie culpa o negligencia del empresario— por los accidentes de trabajo o

<sup>44</sup> Véase su párrafo 2º.

<sup>45</sup> En la regulación contenida en la vieja Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 enero 1971, se establecía para casos como el aquí indicado que «en las Empresas no obligadas a constituir Comités de Seguridad e Higiene del Trabajo que ocupen cinco o más trabajadores, el empresario designará un Vigilante de Seguridad» (artículo 9, párrafo 1º).

<sup>46</sup> Véase J. GARCIA MURCIA, *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, 3ª ed., Aranzadi (Elcano-Navarra, 2003), págs. 23 y ss.

<sup>47</sup> La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 enero 1900, después de establecer en su artículo 2 que «el patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor, extraña al trabajo en que se produzca el accidente», reconocía a los «obreros... derecho a indemnización por los accidentes indicados en el artículo 2 que produzcan una incapacidad de trabajo absoluta o parcial, temporal o perpetua» (artículo 4, párrafo 1) o la propia «muerte del obrero» (artículo 5, párrafo 1), que podía incrementarse «en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución» (artículo 5.5ª).

enfermedades profesionales ocurridos a sus trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 115 y 116 de la LGSS, y de las que de hecho suele responder la entidad (normalmente una Mutua) en la que el empresario hubiese asegurado (y aquí el aseguramiento es obligatorio) sus riesgos profesionales; y 2) en su caso, la responsabilidad por recargo —entre un 30 y un 50 por 100— de las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente del trabajo o de la enfermedad profesional que hubiesen ocurrido, que es necesariamente una responsabilidad por culpa o negligencia del empresario y, además, rigurosamente inasegurable aquí e intransmisible a ningún tercero<sup>48</sup>, de conformidad con lo previsto en el artículo 123 de la LGSS<sup>49</sup>. No son éstas, sin embargo, las únicas responsabilidades exigibles al empresario, en caso de que los riesgos profesionales que debía prevenir se hubiesen convertido en siniestros, pues la Ley 31/1995 —en un precepto específico sobre «responsabilidades y su compatibilidad»— afirma que «el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento» (artículo 42.1).

El citado artículo 123 de la LGSS declara que «todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador»<sup>50</sup>. Pese a la ambigua redacción de ciertos preceptos de la Ley 31/1995<sup>51</sup>, el recargo de prestaciones sigue constituyendo «una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente

<sup>48</sup> Respondiendo al interrogante planteado en su título, muy esclarecedor, véase J. MARTINEZ GIRON, «¿Puede un empresario español asegurar su responsabilidad española por recargo de prestaciones de Seguridad Social en otro estado de la Unión Europea distinto de España?», *Actualidad Laboral*, núm. 13 (2005), págs. 1494 y ss.

<sup>49</sup> Véase J.L. MONEREO PEREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 15 y ss.

<sup>50</sup> Véase su apartado 1.

<sup>51</sup> Se trata de su artículo 15.5, según el cual «podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal»; y también, de su artículo 42.3, según el cual «las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema».

sancionadora»<sup>52</sup> —y por lo tanto, no indemnizatoria—, por lo que «no podrá ser objeto de seguro alguno»<sup>53</sup>. Y así lo confirma la propia tramitación parlamentaria de la Ley 31/1995, puesto que en las enmiendas formuladas por el Senado al proyecto de ley remitido por el Congreso de los Diputados destacaba una, de supresión del último párrafo del apartado 6 del artículo 42 —relativo a que no podía ser «objeto de seguro alguno la responsabilidad del pago de prestaciones económicas..., por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo... siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla»<sup>54</sup>—, que prosperó al considerarse que la prohibición del seguro era un tema que ya estaba «debidamente recogido en el artículo 123.2 [de la LGSS]»<sup>55</sup>.

La competencia para declarar esta específica responsabilidad empresarial de Seguridad Social corresponde al Instituto Nacional de Seguridad Social<sup>56</sup>, mediante el correspondiente procedimiento administrativo<sup>57</sup>, que puede iniciar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>58</sup>.

Las responsabilidades administrativas se le pueden imputar al empresario por la comisión del aproximadamente medio centenar de infracciones administrativas tipificadas en los artículos 11 (infracciones administrativas leves), 12 (infracciones administrativas graves) y 13 (infracciones administrativas muy graves) de la LISOS, y sancionadas —como regla general— con multas administrativas de hasta 601.012,10 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 de la propia LISOS<sup>59</sup>.

El incumplimiento del deber de cubrir y enviar a la Administración laboral el formulario contenido en el citado anexo II del Real Decreto 39/1997 provoca la comisión de sendas infracciones administrativas «graves» de las empresas obligadas a ello —presuntivamente, la inmensa mayoría de las pequeñas empresas españolas—, tipificadas en los apartados 1 y 6 del artículo 12 de la LISOS<sup>60</sup>, y sancionables cada una con multa de como máximo 30.050,61 euros.

<sup>52</sup> Véase la STC 81/1995, de 5 junio.

<sup>53</sup> Véase artículo 123.2 de la LGSS.

<sup>54</sup> Véase el texto remitido por el Congreso de los Diputados del proyecto de ley de prevención de riesgos laborales, en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado* de 26 junio 1995, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 83 (a), pág. 24.

<sup>55</sup> Véase la justificación de la enmienda núm. 97, en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado* de 12 septiembre 1995, serie II, Proyectos de Ley, núm. 83 (b), págs. 64 y ss.

<sup>56</sup> Véanse artículo 1.1.e) del Real Decreto 1300/1995, de 21 julio, y artículo 83 del Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre.

<sup>57</sup> Véase artículo 16 de la Orden Ministerial de 18 enero 1996, por el que se aplica y desarrolla el Real Decreto 1300/1995, de 21 julio.

<sup>58</sup> Véase artículo 27 del reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 mayo.

<sup>59</sup> Véase C. CARRERO DOMINGUEZ, *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, La Ley (Madrid, 2001), págs. 41 y ss.

<sup>60</sup> Relativos, respectivamente, a lo siguiente: «no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones»; y al «incumplimiento de la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de los riesgos».

Aparte las «multas», resulta posible la aplicación de otro tipo de sanciones administrativas, tales como la «suspensión o cierre del centro de trabajo»<sup>61</sup> y el recargo de la cuantía de las primas a pagar por el empresario en la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales<sup>62</sup>.

Al hilo de la exigencia de estas responsabilidades administrativas al empresario, la propia LISOS impone a la Administración pública el deber de pasar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal «en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal» (artículo 3.2), esto es, en caso de posible existencia de responsabilidades penales. Los ilícitos penales en cuestión aparecen tipificados en los artículos 316 y 317 del Código Penal, teniendo en cuenta que el tipo básico —castigado con penas de «prisión» y «multa»— se refiere a «los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física»<sup>63</sup>.

Sobre la base de que el sujeto activo del delito tiene que ser la persona legalmente obligada a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene, una STS (Sala 2ª) de 12 noviembre 1998 (Ar. 7764) declara que «estas personas, cuando los hechos se atribuyan a una persona jurídica —... caso... de una empresa propiedad de una sociedad anónima— son, según el artículo 318 CP, los administradores y encargados del servicio que, conociendo el riesgo existente en una determinada situación, no hubieren adoptado las medidas necesarias para evitarlo mediante la observancia de las normas de prevención atinentes al caso»<sup>64</sup>.

Como responsabilidad subsidiaria de ésta, la víctima de la conducta omisiva del empresario también puede «exigir responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil», según establece el artículo 109.2 del Código Penal.

Al igual que las recién citadas responsabilidades penales —que son siempre responsabilidades por culpa, a título de dolo o negligencia—, también cabe la exigencia al empresario de responsabilidades

<sup>61</sup> Véanse artículo 53 de la Ley 31/1995 y artículo 26 del reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 mayo.

<sup>62</sup> Véase artículo 108.3 de la LGSS.

<sup>63</sup> Según una STS (Sala 2ª) de 26 julio 2000 (Ar. 7920), «el régimen penal de protección alcanza a distintos bienes específicos, entre ellos, la seguridad e higiene en el trabajo (arts. 316 y 317 CP, en relación con el artículo 40.2 CE), describiéndose dos tipos, doloso y por imprudencia grave, en forma omisiva, constituyendo infracciones de peligro concreto, que debe ser grave para la vida, salud e integridad física de los trabajadores, que alcanza su consumación por la existencia del peligro en sí mismo, sin necesidad de resultados lesivos, que de producirse conllevarían el régimen del concurso ideal (artículo 77 CP)». Al respecto, véase C. FERREIRO REGUEIRO, «Algunas cuestiones controvertidas de los delitos contra la salud y la seguridad de los trabajadores (artículos 316 y 317 del Código Penal)», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 409 y ss.

<sup>64</sup> En igual sentido, véase STS (Sala 2ª) de 29 julio 2002 (Ar. 8826).

civiles por culpa (contractual o extracontractual), reparatoras de los daños civiles (incluidos los daños morales) que haya podido padecer el trabajador siniestrado<sup>65</sup>. A pesar de tratarse de verdaderas responsabilidades civiles por daños —exigibles al amparo de los artículos 1101 y siguientes (responsabilidad contractual) ó 1902 y siguientes (responsabilidad extracontractual) del Código Civil—, los tribunales competentes para declararlas, además de los tribunales civiles, son también los tribunales laborales.

Al respecto, los tribunales civiles siguen defendiendo enérgicamente su competencia en estos casos, supuesto que el accidentado invoque los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, pruebe la culpa del empresario demandado y pretenda una indemnización de la que, en todo caso, habrá que descontar el importe de las prestaciones de Seguridad Social que hubiese percibido<sup>66</sup>.

En cuanto a los tribunales laborales, lo confirma reiterada jurisprudencia del TS, dictada en unificación de doctrina a partir de 1997, en la que se defiende la competencia del orden social de la jurisdicción con independencia de que la reclamación se funde en culpa contractual o extracontractual, pues lo determinante —siempre según esta otra jurisprudencia— es que la reclamación del daño se solicite alegando la existencia de un ilícito laboral<sup>67</sup>. También aquí opera el descuento, al haber concluido los tribunales laborales «que para determinar los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deberán computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social, en especial cuando se deba determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del accidentado»<sup>68</sup>.

Es claro, en definitiva, que el trabajador accidentado tiene el derecho de optar, aunque la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS tiende a decantarse en favor de la competencia de la jurisdicción social<sup>69</sup>.

En fin, en caso de «riesgo grave e inminente» de que se produzca un accidente de trabajo, cabe también la exigencia al empresario de responsabilidades laborales en sentido estricto. Estas nuevas responsabilidades consisten en el deber del empresario de pagar los salarios a sus trabajadores, a pesar de que estos últimos se hayan negado a trabajar, precisamente como consecuencia del citado riesgo grave e inminente de accidente de trabajo. En el caso de que esta negativa a trabajar tuviese carácter colectivo, la jurisprudencia laboral viene sosteniendo desde

<sup>65</sup> Véase M. LUQUE PARRA, *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, CES (Madrid, 2002), págs. 39 y ss.

<sup>66</sup> Véase STS (Sala 1ª) de 18 noviembre 2005 (Ar. 7640).

<sup>67</sup> Véase STSud de 30 septiembre 1997 (Ar. 6853). También, STSJ Galicia de 10 junio 2000 (Ar. 1717), útil por el repaso que efectúa de la jurisprudencia al respecto, y STSud de 7 febrero 2003 (Ar. 1828 de 2004). En la doctrina, véase J. GARATE CASTRO, «Responsabilidades del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo. Sobre su responsabilidad “civil” y “extrapenal” por actos propios causantes de daños derivados de incumplimientos de la obligación de protección frente a los riesgos laborales», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 371 y ss.

<sup>68</sup> Véase STSud de 1 junio 2005 (Ar. 9662).

<sup>69</sup> Véase ATS de 21 diciembre 2000 (Ar. 2105 de 2002).

siempre que dicha negativa nada tiene que ver con una situación de huelga —en la que no se trabaja, pero tampoco se cobra el salario—, afirmando que se trata de una concreta manifestación del llamado «*ius resistentiae*» del trabajador frente al ejercicio ilegítimo del poder directivo del empresario, actualmente reconocido a los trabajadores o a sus representantes legales —siempre en materia de prevención de riesgos laborales— por el artículo 19.5 del ET y por el artículo 21.3 de la Ley 31/1995.

La posibilidad de la desobediencia legítima por los trabajadores de las órdenes recibidas de su empresario («*ius resistentiae*») —sin menoscabo de sus derechos salariales y de Seguridad Social—, en conexión siempre con la prevención de accidentes de trabajo, fue ya reconocida por SsTCT de 14 enero 1977 (Ar. 76) y 28 junio 1978 (Ar. 4547). Se trata de un tema que en la actualidad encaja legalmente en el artículo 30 del ET («Imposibilidad de la prestación»), según el cual «si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo»<sup>70</sup>.

La paralización de actividades puede ocurrir no sólo por iniciativa de los trabajadores o sus representantes, sino también por decisión de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con las mismas consecuencias salariales, según establece el artículo 44 de la Ley 31/1995.

§5. Para concluir, no cabe silenciar —a pesar de toda la modernidad de nuestra legislación en materia de prevención de riesgos laborales— que España es el país de la Unión Europea con un mayor índice registrado de accidentes de trabajo con baja en el trabajo. En efecto, aunque nuestros índices de siniestralidad laboral venían bajando progresivamente desde comienzos de la década de los años 90 del siglo pasado, a partir del bienio 1993-1994 se produjo un repunte crecientemente imparable —y sorprendente— de estas cifras, que superaron con creces el millón de accidentes de trabajo con baja en el trabajo, a partir del año 2000. Sobre la base de que más del 98 por 100 de estos accidentes son precisamente accidentes de trabajo «leves» con baja en el trabajo —justamente los que no controla la Inspección de Trabajo y Seguridad Social—, estas cifras pueden justificarse en parte por causa de la existencia en España de fraudes en materia de partes de accidentes de trabajo leves<sup>71</sup>, explicables por la privatización que a finales de 1992 se produjo del subsidio por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes (esto es, derivada de accidente no laboral o de enfermedad común), que pasó durante los 15

<sup>70</sup> Véase *supra*, Tema 14, §7.

<sup>71</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «La seguridad y la salud laboral en la pequeña empresa», *Actualidad Laboral*, t. 3 (1999), pág. 841.

primeros días de dicha situación de incapacidad temporal a estar a cargo exclusivo del empresario, siempre que se derivase de los citados riesgos comunes<sup>72</sup>. Pero explicables, también, porque si la incapacidad temporal se derivase de riesgos profesionales (como es el caso de un accidente de trabajo «leve»), pagaría el subsidio el ente asegurador de tales riesgos profesionales (normalmente una Mutua), pero no el empresario. La reciente modificación de la Ley 31/1995 operada por la Ley 54/2003, de 12 diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, sigue sin atajar en absoluto estos fraudes, a pesar de reconocer expresamente «la subsistencia de índices de siniestralidad laboral indeseados»<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Se trata de una privatización que trae causa de la modificación operada en el tenor del artículo 129.1 de la LGSS-1974 por el artículo 6.1 del Real Decreto-Ley 5/1992, de 21 julio, de medidas presupuestarias urgentes, luego confirmada con la promulgación pocos meses después de la Ley homónima 28/1992, de 24 noviembre. La modificación en cuestión se ha perpetuado hasta el día de hoy en nuestra legislación de Seguridad Social (véase artículo 131.1 de la vigente LGSS), quizá por causa de la confirmación de su constitucionalidad por la STC 37/1994, de 10 febrero, resolviendo hasta un total de quince cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas sobre el tema. En igual sentido, véanse las SsTC 129/1994, de 5 mayo; y 182/1997, de 28 octubre.

<sup>73</sup> Véase su exposición de motivos, punto II, párrafo 2º. Sobre la base de que el artículo 5.3, párrafo 2º, de la Ley 31/1995 prevé expresamente, para fomentar el cumplimiento de sus objetivos, «la concesión de los incentivos que reglamentariamente se determinen que se destinarán especialmente a las pequeñas y medianas empresas», quizá —aunque esto sea discutible— podría contribuir a frenar el imparable crecimiento del número de partes cursados por accidentes de trabajo leves con baja en el trabajo, la concesión de incentivos consistentes en compensaciones en sus cotizaciones de Seguridad Social a las empresas cumplidoras, «pero por los pagos que efectúan de los subsidios de incapacidad temporal derivados de dicha clase de riesgos, desde el día 4º al 15º de la baja» (véase J. MARTINEZ GIRON, «La seguridad y la salud laboral en la pequeña empresa», cit., pág. 841).





---

## TEMA 18

### DIRECCION Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Los poderes del empresario. §2. El poder de dirección. §3. El poder de control. §4. El poder disciplinario. §5. Las responsabilidades del empresario frente a terceros dañados por la actividad laboral del trabajador.

§1. En cuanto que partes del contrato de trabajo, evidentemente el trabajador y el empresario no son iguales. Y ello, no sólo por causa de que tengan derechos y deberes contractuales distintos, como acaba de verse, sino fundamentalmente porque el empresario ostenta una serie de poderes —siempre en cuanto que parte del contrato de trabajo—, que le colocan en posición de preeminencia, superioridad o supremacía frente al trabajador. Todo lo cual explica que igualmente se afirme, como también ya se vio, que el trabajador presta sus servicios al empresario precisamente en situación de subordinación o «dependencia»<sup>1</sup>.

La STC 11/1981, de 8 abril, explicita esta realidad, a propósito del «fundamento» de la huelga y del cierre patronal o *lock-out*, afirmando lo siguiente: «la huelga es un “contrapeso”, que tiene por objeto permitir que las personas en estado de *dependencia salarial* establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas. Tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica *desigual*. En cambio, el “lock-out” es una mayor dosis de *poder* que se otorga a una persona que tenía *poder* ya desde antes» (FJ 22°).

Lógicamente, el empresario ostenta esos poderes frente al trabajador porque es el «dueño del negocio», de acuerdo con la terminología jurídica tradicional, o el «titular de la empresa», si es que se emplea terminología jurídica más moderna<sup>2</sup>. Su indiscutible titularidad de la empresa está protegida por el artículo 38 de la CE, allí donde afirma que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado»<sup>3</sup>. Y de

---

<sup>1</sup> Véase *supra*, Tema 4.

<sup>2</sup> Véase G. DIEGUEZ, «Poder empresarial: fundamento, contenido y límites», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 27 (1986), págs. 325 ss.

<sup>3</sup> Inciso 1°. Según el inciso 2° de este mismo precepto, «los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

esta libertad constitucional deriva, según el TC, la necesidad de garantizar al empresario «un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa»<sup>4</sup>.

La concepción dominical del empresario (esto es, como *dominus negotii*), anclada en la codificación decimonónica mercantil y civil, y plenamente asumida luego por nuestra legislación laboral (últimamente, por la LCT-1944, al definir al empresario como «el individuo o la persona jurídica, *propietaria* o contratista de la obra explotación, industria o servicio donde se preste el trabajo»), la refleja todavía el artículo 44 del ET, al regular «el cambio de *titularidad* de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma»<sup>5</sup>.

Por supuesto, la jurisprudencia laboral sostuvo siempre que «se puede ostentar perfectamente la calidad de empresario... no sólo en concepto de titular en propiedad de la industria o negocio, sino también en concepto de arrendatario, usufructuario o de cesionario de su uso y disfrute por cualquier título»<sup>6</sup>.

Existe jurisprudencia constitucional, a propósito siempre de los poderes del empresario, que los considera protegidos no sólo por el citado precepto de la CE, sino también por su artículo 33.1, relativo a que «se reconoce el derecho a la propiedad privada»<sup>7</sup>.

Dentro de estos poderes de gestión de la empresa, la legislación laboral —con toda lógica— regula sólo aquellos poderes que tienen que ver con «la llamada gestión de personal»<sup>8</sup>. Sobre todo desde 1980, nuestra legislación laboral los califica como «*facultades* empresariales», aunque la jurisprudencia de los tribunales laborales y la del TC hablan corrientemente para referirse a ellos de «los *poderes* empresariales»<sup>9</sup>. De acuerdo con el ET, pueden reconducirse a los tres poderes siguientes: el poder de dirección (cfr. *infra*, §2), el poder de control (cfr. *infra*, §3) y el poder disciplinario (cfr. *infra*, §4).

La Ley 14/1994, de 1 junio, de empresas de trabajo temporal, ejemplifica perfectamente la terminología usual sobre el tema en nuestras leyes laborales, al afirmar que «cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria, de acuerdo con lo previsto en esta norma, las *facultades* de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por aquélla durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito», ello «sin perjuicio del ejercicio por la empresa de trabajo temporal de la *facultad* disciplinaria» (artículo 15), aunque

<sup>4</sup> Por todas, STC 238/2005, de 26 septiembre.

<sup>5</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, *El empresario aparente*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 13-19, 32 y 59-60.

<sup>6</sup> Por todas, STCT de 3 noviembre 1981 (Ar. 6378). Sobre el tema, el precedente judicial indiscutible es una STS (Sala 1ª) de 29 octubre 1895, según la cual la titularidad de un negocio podía libremente adquirirse y transmitirse en virtud de «los contratos de venta, cesión o traspaso», dado que tales actos y contratos «no pueden confundirse con [la “disolución”]... ni originan necesariamente una liquidación en el sentido que la define y regula el Código de Comercio, la cual podrá o no sobrevenir por virtud de circunstancias o pactos especiales que en este pleito no se han mencionado».

<sup>7</sup> Cfr., por ejemplo, SsTC 98/2000, de 10 abril; 186/2000, de 10 julio; y 151/2004, de 20 septiembre.

<sup>8</sup> Cfr. STC 208/1993, de 28 junio.

<sup>9</sup> Cfr., por ejemplo, SsTC 34/1984, de 9 marzo; 6/1995, de 10 enero; 29/2002, de 11 febrero; y 151/2004, de 20 septiembre.

previamente había indicado —en un precepto de importancia crucial— que «el contrato de puesta a disposición es el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo *poder de dirección* quedará sometido aquél» (artículo 6.1).

Algún otro poder empresarial distinto de los tres citados, como el «poder de policía» del empresario —que menciona la STC 11/1981, de 8 abril, a propósito del cierre patronal—, resulta subsumible sin más en el poder de dirección.

**§2.** En virtud de su poder de dirección, el empresario tiene derecho a dar órdenes e instrucciones al trabajador sobre el cumplimiento de sus deberes laborales y, especialmente, sobre el cumplimiento de su obligación de trabajar. En el ET, se refieren frontalmente al tema, de un lado, su artículo 5.c), según el cual es deber básico del trabajador «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas»; y de otro lado, su artículo 20.2, relativo a que «en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen... las órdenes e instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección». Estas órdenes e instrucciones pueden ser de tipos muy diversos<sup>10</sup>, alcanzando un mayor grado de complejidad en la medida en que el empresario se vea obligado a coordinar simultáneamente varios o muchos contratos de trabajo, lo que explica que el ET —para comprender estos otros casos de complejidad superior, en los que quizá resultaría estrecha la palabra «dirección»— también hable de que los trabajadores realizan su trabajo «dentro del ámbito de *organización y dirección*» del empresario (artículos 1.1 y 8.1).

La complejidad de la organización empresarial puede llegar a exigir incluso que el empresario tenga que delegar en otros el ejercicio de su poder de dirección. Lo contempla el ET, al afirmar que «el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue» (artículo 20.1).

Entre estos delegados, se cuenta por supuesto el personal vinculado al empresario por la relación laboral especial de alta dirección, integrado —según el reglamento regulador de la misma, como se vio— por «aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad»<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Para una clasificación virtualmente exhaustiva de los mismos (órdenes positivas y negativas, generales y particulares, directas y delegadas, escritas y verbales, previas a la realización del trabajo y simultáneas a ella, necesarias y dispositivas, lícitas e ilícitas), véase A. MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario*, IEP (Madrid, 1968), págs. 149-152.

<sup>11</sup> Véase *supra*, Tema 11, §4.

Las órdenes e instrucciones del empresario no requieren, en principio, ningún tipo de motivación, explicación o justificación al trabajador, puesto que el empresario las adopta —con amparo en el citado artículo 38 de la CE— en ejercicio de su «libertad de organización empresarial»<sup>12</sup>. A ello se refiere reiterada jurisprudencia constitucional, mencionando el «margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas... del empleador»<sup>13</sup>. Y también el ET, aunque a propósito de un asunto muy concreto, cuando afirma que «los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, *así como las facultades organizativas del empresario*» (artículo 24.1, párrafo 2º).

Esta misma discrecionalidad la subraya igualmente el ET utilizando la expresión «decisiones *unilaterales* del empresario»<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de la discrecionalidad en cuestión, el TC recuerda que si «el empleador es... una Administración Pública... ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE), sin asomo alguno de arbitrariedad (art. 9.3 CE)»<sup>15</sup>.

Por excepción, el ET exige que determinadas decisiones empresariales, no relativas a la extinción o suspensión del contrato de trabajo, estén fundadas en razones económicas, técnicas, organizativas o productivas, que el empresario debe explicitar (cfr., por ejemplo, artículos 39, 40 y 41).

Además, también como regla general, las órdenes e instrucciones del empresario se caracterizan por su imperatividad, lo que significa que el trabajador debe acatarlas y cumplirlas, aunque le disguste hacerlo, pues su emanación por el empresario genera el deber de obedecerlas. El ET confirma la existencia de este deber de obediencia del trabajador, al configurar expresamente como causa justa de despido disciplinario «la indisciplina o desobediencia en el trabajo» [artículo 54.2.b)]<sup>16</sup>. Y respecto de este deber, reiteradísima jurisprudencia laboral viene sosteniendo la vigencia del principio «primero cumple y luego reclama» (*solve et repete*), siempre como regla general, dado que «el trabajador debe obedecer las decisiones del empresario..., e incluso debe cumplirlas en el supuesto de que las considere desacertadas o incorrectas, pues las ha de acatar para no incurrir en indisciplina o desobediencia sancionable con el despido, sin

<sup>12</sup> Cfr., a propósito de esta libertad, STC 84/2002, de 22 abril.

<sup>13</sup> Cfr. SsTC 90/1997, de 6 mayo; 29/2002, de 11 febrero; 66/2002, de 21 marzo; y 326/2005, de 12 diciembre.

<sup>14</sup> Cfr., por ejemplo, su artículo 17.1.

<sup>15</sup> Cfr. SsTC 48/2002, de 25 febrero; y 241/2005, de 10 octubre.

<sup>16</sup> Véase M.D. ROMAN DE LA TORRE, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus (Valladolid, 1992), págs. 343 ss.

perjuicio de que pueda utilizar los medios legales procedentes contra ellas ante los órganos y por el cauce que corresponda»<sup>17</sup>.

Sólo por excepción, cuando la orden resulta especialmente perturbadora para los intereses del trabajador, el ET se ve obligado a especificar, por ejemplo, que «contra la orden de desplazamiento, *sin perjuicio de su ejecutividad*, podrá recurrir el trabajador» (artículo 40.4, párrafo 3º)<sup>18</sup>.

Según la LGSS, «tendrán la consideración de accidentes de trabajo... los ocurridos por ocasión o como consecuencia de la tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario» [artículo 115.2.c)].

**§3.** En virtud de su poder de control, el empresario vigila el cumplimiento por el trabajador de sus deberes laborales y, por tanto, el cumplimiento de las órdenes e instrucciones dadas. Lo regula el artículo 20.3 del ET, afirmando que «el empresario podrá adoptar las medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana»<sup>19</sup>. En principio, se trata de un poder que el empresario ejercita dentro de las instalaciones de la empresa, lo que explica que el propio ET considere «contrato de trabajo a domicilio aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y *sin vigilancia del empresario*» (artículo 13.1).

La jurisprudencia suele entender embebido este poder de control en el poder de dirección del empresario<sup>20</sup>. Pero la rúbrica del artículo 20 del ET fuerza a distinguirlos, al referirse expresamente a la «Dirección y *control* de la actividad laboral»<sup>21</sup>.

Teniendo en mente la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal del trabajador a causa de riesgos comunes —y las gravosas obligaciones de Seguridad Social que dicha situación acarrea para el empresario<sup>22</sup>—, el artículo 20.4 del ET regula una

<sup>17</sup> Cfr. STS de 7 marzo 1986 (Ar. 1277) y, últimamente, STSJ Canarias (Las Palmas) de 29 septiembre 2005 (Ar. 2837). Acerca de cierta prohibición muy actual y especialmente antipática, en mi caso, véase F.J. GOMEZ ABELLEIRA, «Empresarios y trabajadores ante la prohibición legal de consumo de tabaco: los aspectos laborales de la ley 28/2005», en I. GARCIA-PERROTE ESCARTIN (Coordinador), *Comentarios de urgencia a la ley de medidas frente al tabaquismo*, Lex Nova (Valladolid, 2006), págs. 171 ss.

<sup>18</sup> Este precepto remite al artículo 40.1 del propio ET, en el que también se predica la «ejecutividad» pero respecto de la «decisión de traslado». Véase *infra*, Tema 21, §4 y §5.

<sup>19</sup> «Y teniendo en cuenta —continúa el precepto— la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso».

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, STC 98/2000, de 10 abril (reiterada por STC 186/2000, de 10 julio), afirma que «el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el art. 20 ET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales (art. 20.3 ET)».

<sup>21</sup> Véase D. MARTINEZ FONS, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES (Madrid, 2002), págs. 21 ss.

<sup>22</sup> Véase *infra*, Tema 22, §5.

manifestación muy concreta del poder empresarial de control, indicando que «el empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico» de la propia empresa, teniendo en cuenta que «la negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones». Casi siempre en conexión con estas situaciones de suspensión del contrato, la jurisprudencia laboral admite que el empresario pueda controlar por medio de detectives las actividades del trabajador, evidentemente realizadas fuera de la empresa, incompatibles con su situación de baja en el trabajo, a los efectos de un eventual despido del mismo por transgresión de la buena fe contractual<sup>23</sup>.

Con carácter general, los representantes legales de los trabajadores tienen derecho a «emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste», entre otras cuestiones, sobre «implantación o revisión de sistemas de... control del trabajo» [artículo 64.1.4º.d) del ET]<sup>24</sup>.

**§4.** El poder de dirección se completa con el poder disciplinario del empresario<sup>25</sup>, afirmando al respecto la jurisprudencia laboral que «el poder sancionador o disciplinario» resulta «necesario» para que el poder de dirección «sea un verdadero poder jurídico y no un mero poder moral»<sup>26</sup>. Las normas legales sustantivas reguladoras del tema aparecen contenidas en los artículos 54, 58 y 60.2 del ET, relativos al «despido disciplinario», a las «faltas y sanciones de los trabajadores» y a la «prescripción de las... faltas» de los trabajadores, respectivamente. A estas normas legales sustantivas hay que añadir otras adjetivas contenidas en la LPL, pues —según el artículo 58.2, inciso 1º del ET— «la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente», esto es, ante la jurisdicción laboral.

Al efecto, la LPL regula sendos procesos laborales especiales, relativos a la impugnación por el trabajador del «despido disciplinario» (artículos 103 a 113) y a la «impugnación de sanciones» disciplinarias distintas del despido (artículos 114 y 115)<sup>27</sup>.

Según el TC, en estos procesos laborales especiales no juega la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE, pues «su campo de aplicación natural es el proceso penal y, por extensión, el procedimiento administrativo sancionador», de manera que el Juez de lo Social «no emite ningún juicio sobre la culpabilidad o inocencia del trabajador que

<sup>23</sup> Véase *infra*, Tema 19, §3 *in fine*.

<sup>24</sup> La LISOS considera infracción administrativa «grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 3005,06 euros, la transgresión por el empresario de este derecho de los representantes legales de los trabajadores (artículo 7.7).

<sup>25</sup> Véase M.F. FERNANDEZ LOPEZ, *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas (Madrid, 1991), págs. 19 ss.

<sup>26</sup> Por todas, STS de 25 mayo 1987 (Ar. 3872).

<sup>27</sup> Véase *infra*, Tema 41, §6.

suponga el ejercicio del “ius puniendi” del Estado, sino sólo la valoración de la procedencia o improcedencia [o nulidad] de la sanción impuesta por el empleador»<sup>28</sup>.

El ejercicio del poder disciplinario se encuentra, sin embargo, muy condicionado por lo que al respecto disponga el convenio colectivo de aplicación en la empresa, pues el artículo 58.1 del ET afirma que «los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales [esto es, en las antiguas reglamentaciones de trabajo y ordenanzas laborales, ya caducadas] o en el convenio colectivo que sea aplicable»<sup>29</sup>. Al respecto, los convenios colectivos —que normalmente son los convenios colectivos sectoriales estatales<sup>30</sup>— suelen establecer tablas o listas de faltas leves, graves y muy graves, y en correspondencia con ellas, también de sanciones leves, graves y muy graves (incluyendo, entre estas últimas y junto con otras, la sanción de despido)<sup>31</sup>. Por disposición expresa del ET, ciertas sanciones disciplinarias quedan radicalmente excluidas de la posibilidad de ser incluidas en dichas tablas o listas de los convenios, pues «no se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber» (artículo 58.3)<sup>32</sup>.

Según el ACV-1997 —en cuanto que modelo «real», según los interlocutores sociales estatales, de lo que debe ser un convenio colectivo sectorial estatal «moderno»<sup>33</sup>—, «las sanciones máximas que podrán imponerse... son las siguientes: a) Por falta leve. Amonestación verbal o escrita y suspensión de empleo y sueldo de hasta dos días. b) Por falta grave. Suspensión de empleo y sueldo de tres a catorce días. c) Por falta muy grave. Suspensión de empleo y sueldo de catorce días a un mes, traslado a centro de trabajo de localidad distinta durante un período de hasta un año y despido disciplinario» (artículo 19.1).

Evidentemente, la «gravedad» del incumplimiento de que literalmente habla el artículo 54.1 del ET, a propósito del despido disciplinario («el contrato de trabajo podrá

<sup>28</sup> Cfr. STC 186/2000, de 10 julio, y las que cita.

<sup>29</sup> Sobre la caducidad de las reglamentaciones de trabajo y ordenanzas laborales, a partir de 1 enero 1996, véase *supra*, Tema 6, §5.

<sup>30</sup> Téngase en cuenta, supuesto que se trate de materia ya regulada por este tipo de convenios, la prohibición contenida en el artículo 84, párrafo 3º, del ET, relativa a que se negocie «en ámbitos inferiores», entre otras cuestiones, «el régimen disciplinario».

<sup>31</sup> Véase M.A. CASTRO ARGUELLES, *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Aranzadi (Pamplona, 1993), págs. 117 ss.

<sup>32</sup> Téngase en cuenta, a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores ordinarios, que los deportistas profesionales sí pueden ser multados por sus clubs (cfr. *supra*, Tema 11, §4). La multa de haber, en cuanto que suspensión de sueldo pero no de empleo, se diferencia netamente de la sanción de «suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias», expresamente autorizada por el artículo 45.1.h) del ET.

<sup>33</sup> Véase *infra*, Tema 28, §2 *in fine*.

extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador»), debe interpretarse en congruencia con estos parámetros convencionales, anclados en lo leve, lo grave y lo muy grave; y por tanto, en el sentido de tratarse de una gravedad de entidad extrema o «muy grave».

De acuerdo con la LPL, el principio de tipicidad debe aplicarse de una manera laxa, en relación con las faltas, y de manera estricta, en cambio, en relación con las sanciones. De ahí que el Juez de lo Social pueda «confirmar la sanción, cuando se haya acreditado... la realidad del incumplimiento imputado al trabajador, así como su entidad, valorada según la graduación de faltas y sanciones prevista... en el convenio colectivo aplicable» [artículo 115.1.a)], mientras que deba declarar «nula la sanción cuando... no estuviera tipificada... en el convenio colectivo aplicable» (artículo 115.2). Lo corrobora el hecho de que los incumplimientos contractuales justificadores del despido disciplinario, tan genéricamente descritos en el artículo 54.2 del ET, sean directamente aplicables por los tribunales laborales, aun en ausencia de concreción tipificadora de los mismos en el convenio colectivo correspondiente<sup>34</sup>.

A diferencia de las órdenes e instrucciones —en las que prima la discrecionalidad del empresario—, las decisiones empresariales relativas a la imposición de sanciones disciplinarias son decisiones regladas, cuya adopción exige respetar cierto tipo de límites temporales y formales impuestos por el ET. Los límites temporales impiden que el empresario pueda sancionar faltas ya prescritas, teniendo en cuenta que «respecto de los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido» (artículo 60.2)<sup>35</sup>. Por su parte, los límites formales se refieren, en principio, a que «la sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan» (artículo 58.2, inciso 2º)<sup>36</sup>.

En el caso de las denominadas faltas «continuas» del trabajador, en que «se trata de una conducta que se prolonga en el tiempo a través de una pluralidad de hechos dotados de unidad de propósito que corresponden al mismo tipo de infracción», la prescripción «comienza con el conocimiento por la empresa del último incumplimiento y en el caso del plazo prescriptorio

<sup>34</sup> Véase *supra*, Tema 14, §4 (a propósito de las faltas repetidas e injustificadas de asistencia) y §5 (a propósito de las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad).

<sup>35</sup> Véase J.L. GIL Y GIL, *La prescripción de las faltas laborales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1993), págs. 21 ss.

<sup>36</sup> Según el artículo 64.1.7º del propio ET, los representantes legales de los trabajadores tienen derecho a ser informados por el empresario «de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves». La LISOS considera infracción administrativa «grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 3005,06 euros, la transgresión por el empresario de este derecho de los representantes legales de los trabajadores (artículo 7.7).



de seis meses desde la última comisión, pues es a partir de este último hecho cuando cesa esa conducta continuada que debe ser apreciada de forma conjunta a efectos de su sanción»<sup>37</sup>.

La LPL, sobre la base de que los requisitos formales para sancionar son los «establecidos legal o convencionalmente» [artículo 115.1.d)]<sup>38</sup>, considera «nula» no sólo la sanción disciplinaria distinta del despido impuesta a los trabajadores ordinarios sin cumplir dichos requisitos formales, sino también «las sanciones impuestas a los representantes legales de los trabajadores o a los delegados sindicales por faltas graves o muy graves, sin la previa audiencia de los restantes integrantes de la representación a que el trabajador perteneciera así como a los trabajadores afiliados a un sindicato, sin dar audiencia a los delegados sindicales» (artículo 115.2)<sup>39</sup>. Toda esta regulación resulta congruente con la prevista por el ET a propósito del despido disciplinario, salvo en lo tocante a la calificación que merece el despido por incumplimiento de los requisitos formales en cuestión, que es siempre un despido «improcedente»<sup>40</sup>.

Dentro de la lista de sanciones previstas por el convenio colectivo para un mismo tipo de falta, el empresario goza de discrecionalidad absoluta para aplicar la que estime más conveniente, de manera que si el Juez «no se mantiene dentro de tales límites y, ante una sanción adecuada a la falta, declara que ha de imponerse un correctivo distinto, está realizando un juicio de valor que descalifica, más que el acto del empresario, el cuadro normativo sancionador, pues está expresando que algunas de las diversas sanciones previstas para un nivel de gravedad son excesivas y no pueden ser utilizadas por el empresario y esto sobrepasa la potestad revisora que las leyes conceden al Juez»<sup>41</sup>.

**§5.** Las citadas posiciones de «poder» del empresario y de «dependencia» del trabajador resultan social y jurídicamente tan relevantes, que trascienden incluso el marco estricto de la relación «interna» entre uno y otro —formalizada en el contrato de trabajo—, para pasar a operar también en el ámbito de las relaciones «externas» que el trabajador, en cuanto tal, entable con terceros ajenos a la empresa. Esta relevancia externa se concreta en el hecho de que los terceros en cuestión, a pesar de no estar contractualmente vinculados al empresario, puedan llegar a

<sup>37</sup> Cfr. STS de 11 julio 1989 (Ar. 5452). Según la propia jurisprudencia laboral, el comienzo de la prescripción en estos casos exige valorar el cargo ocupado en la empresa por el incumplidor, de manera que «basta para que no empiece a computarse la prescripción, que el cargo que desempeña el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida, pues en este supuesto, el estar de modo continuo gozando de una confianza especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia falta, es una falta continua de lealtad que impide mientras perdura que se inicie el cómputo de la prescripción» (STSud de 11 octubre 2005 [Ar. 8007]); además, «la falta repetida e injustificada de puntualidad tiene... naturaleza asimilable a las faltas continuadas, lo que es importante a efectos del cómputo del plazo de prescripción, ya que opera como día inicial, para tales efectos, no el de cada impuntualidad, en su consideración aislada, sino la última realizada en el período de que se trate» (STS de 12 julio 1989 [Ar. 5460]).

<sup>38</sup> Según el ACV-1997, «la falta, sea cual fuere su calificación, requerirá comunicación escrita y motivada de la empresa al trabajador» (artículo 17.4).

<sup>39</sup> En congruencia con lo dispuesto en el artículo 68.a) del ET, la LPL afirma que «en los procesos de impugnación de sanciones por faltas graves o muy graves a los trabajadores que ostenten la condición de representante legal o sindical, la parte demandada habrá de aportar el expediente contradictorio legalmente establecido» (artículo 114.2).

<sup>40</sup> Véase *infra*, Tema 25, §3 y §4.

<sup>41</sup> Cfr. STSud de 27 abril 2004 (Ar. 3759). Evidentemente, esto nada tiene que ver —siempre respecto de la impugnación de una sanción disciplinaria distinta del despido— con el hecho de que la LPL autorice al Juez de lo Social para «revocarla en parte, cuando la falta cometida no haya sido adecuadamente calificada», en cuyo caso el propio Juez «podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta» [artículo 115.1.c)].

exigirle responsabilidades por los daños que el trabajador les causó, a consecuencia de la realización de su actividad laboral normal (esto es, con sujeción a los poderes empresariales de dirección y control). Los dos supuestos más clásicos de responsabilidad del empresario frente a terceros dañados por la actividad laboral del trabajador, regulados ambos en normas extralaborales, son los siguientes supuestos de responsabilidades civiles<sup>42</sup>.

En realidad, se trata de supuestos de traslación a terceros de los principios que rigen las responsabilidades del empresario frente a sus propios trabajadores dañados por otros compañeros de trabajo (o incluso, por terceros), como consecuencia de la realización de la actividad laboral. Formalizan estos principios, por ejemplo, el artículo 115.5.b) de la LGSS, según el cual no impedirá la calificación de un accidente como de trabajo «la concurrencia de culpabilidad civil o criminal... de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo». Y también, en la LISOS, de un lado, su artículo 8.13, que considera infracción administrativa «muy grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 90.151,82 euros, «el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma»; y de otro lado, su artículo 8.13bis, que asimismo considera infracción «muy grave» del empresario «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo».

En primer lugar, la responsabilidad civil extracontractual del empresario frente a terceros, como consecuencia de los daños culpablemente causados a ellos por el trabajador al realizar su trabajo. La regula el artículo 1903, párrafo 4º, del Código Civil, según el cual deben responder «los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones». Se trata de una responsabilidad directa del empresario, que el tercero puede exigirle demandándole sin más ante los tribunales civiles.

Fue, por ejemplo, el caso enjuiciado por una STS (Sala 1ª) de 29 octubre 2002 (Ar. 9314), relativo a inadvertida administración de bebida caústica, en vez de agua, por camarero inidentificado a menor que había entrado en una discoteca, en la que se afirma que el citado precepto del Código Civil entraña «una responsabilidad directa» del empresario, la cual resulta «insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad..., cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos

<sup>42</sup> Sobre el tema, clásico, véase M. ALONSO OLEA, *La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, Civitas (Madrid, 1990), especialmente (para el planteamiento) págs. 11-15.

sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo».

En casos como éste, en que el trabajador que daña al tercero es un sujeto inidentificado, queda enervado el derecho de repetición del empresario regulado en el artículo 1904, párrafo 1º, del Código Civil, según el cual «el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho»<sup>43</sup>.

En segundo lugar, la responsabilidad civil derivada de delito o falta cometidos por el trabajador al trabajar, y que hubiesen causado a la víctima daños y perjuicios. A diferencia de la anterior, se trata de una responsabilidad subsidiaria del empresario, sólo exigible a él en caso de insolvencia del trabajador inculcado. La regula el artículo 120.4º del Código Penal, según el cual «son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente», entre otros, «las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios»<sup>44</sup>.

Fue, por ejemplo, el caso parcialmente enjuiciado por una STS (Sala 2ª) de 15 febrero 2002 (Ar. 3573), a propósito de un delito continuado de estafa, según la cual «el acusado..., actuando en calidad de Director de la Agencia... de Barcelona del Banco..., “y valiéndose de la posición que tal cargo le confería, así como de las numerosas relaciones personales que se veían favorecidas por el ejercicio de su función, logró atraer a diversas personas, fueran o no previamente clientes [del Banco]..., asesorándoles en la participación de diferentes operaciones financieras aparentemente respaldadas y avaladas por la entidad en la que prestaba sus servicios, logrando de este modo importantes ingresos económicos que el acusado desviaba hacia negocios particulares sin conocimiento de los referidos inversores”».

---

<sup>43</sup> Sobre la acción de regreso en este tipo de casos, véase C. MORENO DE TORO, *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*, CES (Madrid, 1999), págs. 237 ss.

<sup>44</sup> Para supuestos adicionales, véanse los apartados 3º y 5º del propio artículo 120 del Código Penal.



---

**TEMA 19**

**NO DISCRIMINACION, DERECHOS FUNDAMENTALES  
Y LIBERTADES PUBLICAS DEL TRABAJADOR**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. Los límites constitucionales de los poderes del empresario. §2. Los límites constitucionales del poder de dirección. §3. Los límites constitucionales del poder de control. §4. Los límites constitucionales del poder disciplinario. §5. La prueba de la discriminación o violación de los derechos fundamentales del trabajador.

§1. Los poderes empresariales de dirección, de control y disciplinario no son poderes absolutos, puesto que en su ejercicio el empresario debe respetar cierto tipo de límites impuestos por las fuentes normativas laborales<sup>1</sup>. Dentro de estos límites, los más sobresalientes son los que imponen los preceptos de la CE, relativos al reconocimiento de derechos al trabajador en cuanto que trabajador y, también, en cuanto que ciudadano. Y a su vez, dentro de este conjunto de preceptos constitucionales, como ya se dijo, los más trascendentales son los diecisiete preceptos que menciona el artículo 53.2 de la propia CE —esto es, sus artículos 14 a 30, ambos incluidos, aunque el artículo 30 sólo en lo que se refiere a la objeción de conciencia—, que pueden clasificarse en dos apartados genéricos, respectivamente relativos al principio de no discriminación, regulado en el artículo 14<sup>2</sup>, y a los derechos fundamentales y libertades públicas, regulados en los dieciséis preceptos restantes<sup>3</sup>.

Según la STC 88/1985, de 19 julio —posteriormente reiterada por otras muchas—, «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano», dado que «ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de

---

<sup>1</sup> Véase J. RIVERO LAMAS, *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Universidad (Zaragoza, 1986), págs. 81 ss.

<sup>2</sup> Véase M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y M.F. FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos (Madrid, 1986), págs. 17 ss.

<sup>3</sup> Sobre estos preceptos constitucionales, en cuanto que fuentes normativas, véase *supra*, Tema 2, §2.

la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional», pues «las manifestaciones de “feudalismo industrial” repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza».

El ET reconoce expresamente el principio constitucional de no discriminación, en cuanto que límite de los poderes empresariales, en sus artículos 4.2.c), 4.2.e), 16.2, 17.1, 28 y 55.5. Se trata, ante todo, de un conjunto de preceptos que especifica, además de las cinco *causas discriminatorias* singularmente mencionadas en el artículo 14 de la CE («nacimiento, raza, sexo, religión, opinión»), otras nueve causas discriminatorias más (estado civil, edad, discapacidad, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, parentesco con otros trabajadores en la empresa, origen, para incluir la nacionalidad, y lengua dentro del Estado español), aunque —como el propio artículo 14 de la CE («cualquier otra condición o circunstancia personal o social») — también deje abierto el listado en cuestión de causas discriminatorias, mediante la utilización de la expresión «condición social». Se trata, además, de preceptos que no sólo prohíben las discriminaciones empresariales «*directas*», sino también —explicitando lo que está implícito en el artículo 14 de la CE— las «*indirectas*», entendiendo por estas últimas las decisiones empresariales aparentemente neutras, pero que de hecho provocan (al igual que ocurre en las discriminaciones frontales) tratar a un trabajador de manera menos favorable que a otro en situación análoga, precisamente por cualquiera de las causas discriminatorias citadas. En fin, se trata de preceptos que imponen la consecuencia —lógica, al estar implicada la violación de preceptos constitucionales susceptibles de recurso de amparo, ante el TC— de que las decisiones empresariales discriminatorias se entenderán, en todo caso, «*nulas y sin efecto*».

Esta última expresión aparece contenida en el artículo 17.1 del ET, que predica la nulidad y falta de eficacia en cuestión («se entenderán nulos y sin efecto») de «los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario».

Las definiciones de «discriminación directa» y «discriminación indirecta» aparecen contenidas en el artículo 28.1 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, parcialmente promulgada para la transposición de las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 junio 2000, relativa a la aplicación del principio de

igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>4</sup>.

La LISOS —con inútil pretensión totalizadora— considera infracción administrativa «muy grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 90.151,82 euros, sus «decisiones unilaterales... que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación» (artículo 8.12).

Por su parte, los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, asimismo en cuanto que límites constitucionales de los poderes del empresario, aparecen expresamente mencionados en los artículos 4.2.e), 18 y 55.5 del ET. Los dos primeros preceptos se refieren a la «intimidad» del trabajador, garantizada en el artículo 18.1 de la CE<sup>5</sup>. El tercero, a que se considera «nulo» el despido disciplinario cuando «se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador».

Respecto de ciertos derechos fundamentales del trabajador en cuanto que ciudadano, la LISOS considera infracciones administrativas «muy graves» del empresario, sancionables con multa de como máximo 90.151, 82 euros, «los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores» (artículo 8.11), el acoso sexual (artículo 8.13), que viola el propio derecho del trabajador a su intimidad, y ciertas manifestaciones del acoso moral (artículo 8.13bis), que viola el derecho del trabajador a su integridad moral<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Según este precepto —sobre la base de que «principio de igualdad de trato» es «la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual de una persona» [apartado a)]—, la «discriminación directa» existe «cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» [apartado b)]; y la «discriminación indirecta», a su vez, «cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios» [apartado c)].

<sup>5</sup> Pionero, véase J.L. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas (Madrid, 1988), págs. 21 ss. Anticipando el futuro más previsible, J.J. FERNANDEZ DOMINGUEZ, *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Civitas (Madrid, 1999), págs. 27 ss.

<sup>6</sup> Sobre estos temas, véase *infra*, §2.

§2. Al proyectarse los citados límites constitucionales sobre el poder de dirección, le queda garantizado al trabajador un ámbito de inmunidad o protección no sólo frente a las órdenes e instrucciones y demás decisiones empresariales emanadas del ejercicio de dicho poder, sino también incluso frente al ejercicio del propio poder directivo en su conjunto, como ocurre en las situaciones típicas siguientes.

Por supuesto, en la jurisprudencia constitucional resulta tópica la afirmación de que el «poder de dirección y gestión de la empresa tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores»<sup>7</sup>.

Ante todo, en la situación de desobediencia legítima, entendiendo por tal la desobediencia frente a órdenes e instrucciones del empresario que violen derechos constitucionales amparables del trabajador. Con claridad, es el caso, entre otros posibles<sup>8</sup>: 1) de las órdenes e instrucciones dadas al trabajador para que cometa un delito o falta, que el trabajador no meramente puede desobedecer, sino que incluso «debe» desatender, con amparo en el artículo 15 de la CE, que garantiza a todos el derecho a la integridad moral; 2) de las órdenes e instrucciones peligrosas para la vida o la salud del trabajador, que éste también puede legítimamente desobedecer, con amparo asimismo en el artículo 15 de la CE, allí donde menciona el derecho de todos a la vida y a la integridad física; y 3) de las órdenes e instrucciones sobre la vida privada del trabajador (por ejemplo, sobre su aspecto físico), frente a las que igualmente cabe la desobediencia legítima (siempre y cuando no guarden ninguna conexión con el trabajo), con amparo ahora en el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la CE. En todos estos casos, frente a un eventual despido por «indisciplina o desobediencia en el trabajo» [artículo 54.2.b) del ET], debe declararse la nulidad del despido en cuestión —única manera de proteger integralmente la desobediencia del trabajador—, por violación empresarial de los citados derechos constitucionales.

De ahí —frente a lo afirmado por la jurisprudencia laboral tradicional— que no quepa hablar de verdadera desobediencia legítima, cuando la desobediencia a órdenes injustas o ilícitas (por ejemplo, las que manifiestamente exorbiten las funciones del trabajador) sólo se traduzca en la existencia de un despido improcedente y, por tanto —supuesto que el empresario opte por la extinción indemnizada del contrato—, en la eventual pérdida de su empleo por parte del trabajador injustamente despedido.

<sup>7</sup> Cfr. STC 292/1993, de 18 octubre, por todas.

<sup>8</sup> La citada Ley 62/2003 afirma, por ejemplo, que «cualquier orden de discriminar a las personas por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se considerará en todo caso discriminación» (artículo 28.2, párrafo 1º).



La regla general de ilegitimidad de las órdenes empresariales que supongan intromisión en la vida privada del trabajador cuenta con excepciones. Por ejemplo, las relativas a la necesidad de acatar las que tienen que ver con la apariencia física del trabajador, cuando éste —por razón de su trabajo— se ve obligado a tratar directamente con todo tipo de público. En este sentido, se ha considerado legítima la orden dada a un camarero de que «por estar en contacto directo con los clientes se afeitase la barba»<sup>9</sup>; y también, la de que las azafatas del AVE usen determinado tipo de uniforme, al «limitarse su imposición al ámbito exclusivo de su actividad laboral de trato con la clientela»<sup>10</sup>.

Respecto de las órdenes delictivas, según reiteradísima jurisprudencia penal, «no cabe hablar de obediencia debida (tampoco de cumplimiento de un deber) ni como eximente completa ni como incompleta», de manera que el trabajador que «sabe que actúa ilícitamente no puede quedar amparado en su conducta por ninguna de tales eximentes, ni tampoco puede verse favorecido por una atenuación en la sanción correspondiente»<sup>11</sup>.

Evidentemente, la desobediencia resulta inútil frente a las decisiones empresariales inmediatamente ejecutivas, que pudiesen implicar violación de derechos constitucionales del trabajador, ante las que sólo cabe aquietarse de momento y, eso sí, reclamar. Es el caso, por ejemplo, de las decisiones relativas a discriminaciones salariales, que pueden incluso ocurrir sin margen ninguno de discrecionalidad del empresario, al adoptarse en cumplimiento del convenio colectivo de aplicación en la empresa. Resultan tan frecuentes por razón de sexo, que en el ET existe incluso un precepto específico sobre el tema —rubricado «Igualdad de remuneración por razón de sexo»—, según el cual «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella» (artículo 28).

Según la jurisprudencia constitucional, las discriminaciones salariales «indirectas» por razón de sexo se producen, por ejemplo, cuando en la empresa coexisten categorías profesionales «feminizadas» y «masculinizadas» (esto es, desempeñadas exclusivamente por mujeres u hombres), asignándose sistemáticamente a las primeras una retribución inferior. En estos casos, no se consideran factores «neutros» legitimadores de la diferencia de trato salarial ni la «tradición» de la empresa, ni que las categorías en cuestión figurasen plasmadas en el convenio colectivo aplicable, ni tampoco la mayor o menor penosidad o esfuerzo físico requeridos,

<sup>9</sup> Véase STC 170/1987, de 30 octubre.

<sup>10</sup> Véase STS de 23 enero 2001 (Ar. 2063).

<sup>11</sup> Véase STS (Sala 2ª) de 6 marzo 2001 (Ar. 3308). Por todo ello, una STS (Sala 2ª) de 7 noviembre 2001 (Ar. 9684) confirma la condena por delito de cohecho al administrador único de cierto laboratorio farmacéutico y al visitador médico del mismo, que habían sobornado a cierto médico de la Seguridad Social (también condenado por cohecho, entre otros delitos) para que recetase determinados medicamentos, pues el primero «daba las instrucciones y proporcionaba los fondos para los incentivos, mientras que su empleado, siguiendo dichas instrucciones, materializaba la entrega de las dádivas».

pues «en abstracto, ni el mayor esfuerzo requiere, de suyo, una fuerza física “masculina”, ni la “penosidad” del trabajo ha de ser, en principio, mejor tolerada por los hombres que por las mujeres»; razón por la cual la diferenciación salarial, en este tipo de casos, se convierte siempre en «“sospechosa”, a menos que se justifique que no se funda en el sexo»<sup>12</sup>.

Evidentemente, las discriminaciones no disciplinarias constitucionalmente reprimibles pueden ser muy distintas de las citadas discriminaciones salariales por razón de sexo<sup>13</sup>. Así, en relación con las desigualdades salariales establecidas en convenio colectivo por razón de la fecha de ingreso en la empresa, haciendo de peor condición salarial a los recién ingresados —lo que popularmente se conoce con el nombre de la «doble escala salarial»—, el TC ha afirmado rotundamente que «la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración... en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración [contraria al artículo 14 de la CE] de su condición y de su trabajo»<sup>14</sup>.

En cambio, según reiterada jurisprudencia constitucional, resulta legítima la denominada «acción positiva» —por traducción directa del inglés-norteamericano «*affirmative action*»—, pues «la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer»<sup>15</sup>. El marco de tales medidas de «acción positiva», sin ceñirlo exclusivamente a la mujer, aparece genéricamente contenido en los artículos 17.2 y 17.3 del ET<sup>16</sup>, que reconducen tales medidas a las «exclusiones, reservas y preferencias» para ser contratado, y a las «subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo»<sup>17</sup>.

En cambio, la discrecionalidad del empresario —sobre todo en el ámbito de la empresa privada— es prácticamente total, cuando adopta decisiones sobre la contratación o no de trabajadores<sup>18</sup>. Ahora bien, en estos otros casos, también cabe combatir judicialmente el ejercicio del poder directivo, alegando la violación por el empresario de límites constitucionales infranqueables y reclamando, en congruencia

<sup>12</sup> Cfr. STC 147/1995, de 16 octubre, y las que cita. En esta misma línea, una STS de 4 mayo 2000 (Ar. 4266) considera discriminación «indirecta» (o «de impacto adverso») por razón de sexo, pero en el acceso al empleo, el que se exigiese «el título de Formación Profesional-2... para acceder a tal contratación de especialista», pues «aunque tal exigencia afecta formalmente a hombres y mujeres, resulta desproporcionada... y perjudicial para el colectivo femenino, que por razones socio-económicas no suele poseer tal título».

<sup>13</sup> Por ejemplo, la modificación de funciones por discriminación sindical, que aparece enjuiciada en la STC 84/2002, de 22 abril.

<sup>14</sup> Cfr. STC 27/2004, de 4 marzo.

<sup>15</sup> Cfr. STC 229/1992, de 14 diciembre, y las que cita.

<sup>16</sup> Véanse ahora, además, los artículos 30 y 35 de la citada Ley 62/2003.

<sup>17</sup> Véase E. SIERRA HERNALIZ, *Acción Positiva y Empleo de la Mujer*, CES (Madrid, 1999), págs. 33 ss.

<sup>18</sup> Lo reconoce la STC 142/1993, de 22 abril, afirmando que «el momento de la contratación es, sin duda, aquél en que la desigualdad real entre empresario y trabajador se hace más evidente».

con la radical nulidad de la decisión empresarial impugnada, el derecho a ocupar el puesto de trabajo del que se excluyó al trabajador. Lo confirmó, por vez primera, la STC 229/1992, de 14 diciembre, a propósito de un caso de discriminación en el acceso al empleo de cierta trabajadora por razón de su sexo, al decidirse en él que se debía «reconocer su derecho a *ocupar la plaza* de ayudante minero en HUNOSA en igualdad con los varones que superaron al mismo tiempo que ella las correspondientes pruebas de acceso».

Posteriormente, esta doctrina ha sido reiterada por la STC 173/1994, de 7 junio, a propósito de la no renovación de contrato temporal por razón de embarazo de cierta trabajadora, en la que se afirma —sobre la base de que las discriminaciones también están prohibidas en «los momentos preliminares a la contratación»— que «en el presente caso, el efecto anulador afectaría a la denegación de la prórroga»; y también, por la STC 29/2002, de 11 febrero, a propósito de la no conversión en indefinido (por razones antisindicales) de un contrato de trabajo en prácticas.

En fin, en las situaciones de acoso moral al trabajador, también llamadas de «*mobbing*», en las que el empresario —incurriendo en clara desviación de poder— utiliza todo su poder directivo para crear en la empresa un «entorno intimidatorio, humillante u ofensivo», que fuerce al trabajador a dimitir<sup>19</sup>, lo que se viola es el artículo 15 de la CE, sobre el derecho de todos a la integridad moral<sup>20</sup>. En este tipo de casos, aparte otros remedios previstos en el ET<sup>21</sup>, lo que más le conviene al trabajador es solicitar el cese de la conducta empresarial de acoso y, además, la indemnización de los daños y perjuicios causados por la misma, incluidos los daños morales<sup>22</sup>. A tal efecto, dispone del proceso

<sup>19</sup> Aunque a sus efectos, la citada Ley 62/2003 afirma que «acoso» es «toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de una persona, que tenga como objetivo o como consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo» [artículo 28.1.d)].

<sup>20</sup> En este sentido, véase J. MARTINEZ GIRON, «Dignidad del trabajador y acoso moral», en el volumen *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley (Madrid, 2003), págs. 99 ss.

<sup>21</sup> Por ejemplo, solicitar del Juez de lo Social la extinción del contrato de trabajo, al amparo de lo dispuesto en su artículo 50 (cfr. *infra*, Tema 25, §5).

<sup>22</sup> Esta solución fue ya anticipada por una modélica STSJ Galicia de 10 abril 1991 (Ar. 2409), comentada por J.M. BOTANA LOPEZ, «A indemnización do dano moral por incumplimento empresarial do contrato de traballo», *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 1 (1991), págs. 391 ss. Cfr. ahora, por ejemplo, STSJ Madrid de 20 febrero 2006 (Jur. 127750). Además, resulta ser la solución aplicada por la jurisprudencia contencioso-administrativa, en la hipótesis de que el moralmente acosado por la Administración fuese un funcionario público. Al respecto, el precedente es una STS (Sala 3ª, sección 6ª) de 23 julio 2001 (Ar. 8027), en la que se confirma la condena a cierto Ayuntamiento por «acoso moral sistemáticamente dirigido contra el funcionario público reclamante», dado que se trataba de una «conducta que atenta a su *dignidad* de hombre, de ciudadano y de servidor público», y que le daba derecho a utilizar los mecanismos previstos en el art. 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 marzo, aprobando el reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, evidentemente de carácter claramente «extracontractual» aquí.

laboral especial regulado en la LPL para la «tutela de los derechos de libertad sindical» (artículos 175 a 182), pero que por afirmación expresa de la propia LPL resulta utilizable —con todas las ventajas inherentes a tal proceso— también para tramitar «las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y *del acoso*, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social» (artículo 181, inciso 1º).

El supuesto de hecho recién descrito constituye el denominado acoso moral «vertical», en su especie «descendente». Aparece enjuiciado, por ejemplo, en una STSJ Cataluña de 28 noviembre 2001 (Ar. 249 de 2002), relativa a que las «actitudes o conductas hostiles [del empresario demandado, tales como]... el atentado contra las condiciones de trabajo que supone la pérdida de las funciones de mando, el atentado contra la dignidad que implica la desacreditación ante sus compañeros, y el aislamiento que conlleva la recomendación al resto de los trabajadores para que no hablen con el demandante... configuran una situación de acoso moral (también denominado “mobbing”), que somete al trabajador a un trato degradante, conculcando el derecho a la integridad moral e interdicción de tratos degradantes que protege el artículo 15 de nuestra Constitución».

Pero también cabe la existencia de acoso moral «horizontal», entre iguales o entre compañeros de trabajo<sup>23</sup>, del que también puede resultar responsable el empresario. Lo confirma explícitamente la LISOS, al considerar infracción administrativa «muy grave» del propio empresario, sancionable con multa de como máximo 90.151,82 euros, «el *acoso* por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, *siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo*» (artículo 8.13bis).

Aunque su represión pueda realizarse a través de los mismos cauces procesales, no cabe confundir el acoso moral con el «acoso sexual» al trabajador, pues en este caso lo violado por el empresario no es el artículo 15 de la CE, sino su artículo 18.1, a propósito del derecho a la intimidad del trabajador<sup>24</sup>. La LISOS también considera infracción administrativa «muy grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 90.151,82 euros, «el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma» (artículo 8.13).

<sup>23</sup> Aparece enjuiciado, por ejemplo, en SsTSJ Navarra de 30 abril y 18 mayo 2001 (Ar. 1878 y 1821), en las que concordemente se concluye que enjuiciaban «un supuesto de “Mobbing”» provocado por compañero de trabajo, habiendo resultado probado lo siguiente: «las trabajadoras que efectúan los servicios de limpieza del Colegio Público Ermitagaña dependientes de Limpiezas Aburrea, SL, venían quejándose desde tiempo atrás tanto frente a su empresa como frente al Ayuntamiento de Pamplona por ser el Conserje del Colegio... funcionario de dicha entidad, del proceder de dicha persona, en concreto que se sentían acosadas y “perseguidas” por éste, quien referían que les agredía verbalmente y ensuciaba lo que éstas habían limpiado, estando seguras de que era él porque era la única persona que tenía llave y acceso a las instalaciones una vez que salían de ellas las limpiadoras. Consta también que una trabajadora ... causó baja en la empresa el mismo día que empezó a trabajar manifestando al legal representante de la empresa que era por causa del Conserje y que varias trabajadoras han pasado por ese puesto de trabajo solicitando cambio de puesto de trabajo expresando que era por causa del conserje y temor a él». Sobre el tema, véase R. SERRANO OLIVARES, *El Acoso Moral en el Trabajo*, CES (Madrid, 2005), págs. 47-48.

<sup>24</sup> En este sentido, STC 224/1999, de 13 diciembre.

§3. En cuanto a los límites constitucionales que gravitan sobre el poder de control del empresario y, por tanto, sobre el ejercicio de la potestad empresarial de vigilar al trabajador, el ET —además de reconocer que el trabajador tiene derecho «al respeto de su intimidad» [artículo 4.2.e)]— se limita a regular sólo el tema de los registros de la persona del trabajador, de sus taquillas o de sus efectos personales —en su artículo 18, bajo el rótulo «Inviolabilidad de la persona del trabajador»—, afirmando que tales registros sólo podrán realizarse «para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores», respetando «al máximo la dignidad e intimidad del trabajador», precisamente «dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo», y, por último, «con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible».

Evidentemente, las nuevas tecnologías de la comunicación y, en especial, la informática (completamente ignorada por el ET) incrementan las posibilidades de control del empresario sobre el trabajador<sup>25</sup>. En este sentido, a propósito de las relaciones entre el poder empresarial de control y el derecho constitucional del trabajador a su intimidad, resulta significativo que los dos primeros casos resueltos por la jurisprudencia constitucional se refieran a la creación por el empresario de ficheros informáticos, que contenían datos sensibles sobre el trabajador. Al respecto, la STC 11/1998, de 13 enero —luego reiterada por otras muchas, relativas a idéntico supuesto de hecho—, declara contraria a la libertad sindical la conducta de cierta empresa consistente en que «el dato [de la afiliación sindical, a ella facilitado para descontar la cuota sindical] fue objeto de tratamiento automatizado y se hizo uso de la correspondiente clave informática para un propósito radicalmente distinto: Retener la parte proporcional del salario relativa al período de huelga». Poco después, la STC 202/1999, de 8 noviembre, a propósito de la creación por un Banco de «una base de datos denominada de “absentismo con baja médica” en la que figuran los diagnósticos de las enfermedades que dieron origen a una situación de baja laboral por incapacidad temporal, sin consentimiento expreso de los afectados», declaró —sobre la base de que se había vulnerado el derecho del trabajador recurrente a su intimidad— que debía procederse a «ordenar la inmediata supresión de las referencias existentes a los diagnósticos médicos contenidas en la citada base de datos»<sup>26</sup>.

Esta parca regulación se completa con la doctrina de las SsTC 98/2000, de 10 abril, y 186/2000, de 10 julio, a propósito de los límites

<sup>25</sup> Véase A. ARUFE VARELA, «Nuevas tecnologías, poder disciplinario y control del empresario. A propósito de cinco pleitos por despido», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 8 (2004), pág. 70 ss. Además, A.V. SEMPERE NAVARRO y C. SAN MARTIN MAZZUCCONI, *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2002), págs. 31 ss. Acerca de que los ordenadores puestos por la empresa a disposición de los trabajadores tienen la consideración de «efectos personales», en relación con el citado artículo 18 del ET, véase STSJ Cantabria de 20 febrero 2004 (Ar. 443).

<sup>26</sup> Sobre el tema de la protección de los datos personales, véase R. TASCÓN LOPEZ, *El Tratamiento por la Empresa de Datos Personales de los Trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Civitas (Cizur Menor-Navarra, 2005), págs. 51 ss.

impuestos por el artículo 18.1 de la CE, sobre el derecho a la intimidad, en relación con la instalación de micrófonos y cámaras de vídeo para vigilar a los trabajadores dentro de la empresa<sup>27</sup>. De acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, «la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta... lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones, por razones obvias». Ahora bien, por lo que respecta a la instalación de tales medios de vigilancia en los lugares de la empresa donde se desarrolla la actividad laboral, resulta preciso que la misma —siempre según dicha jurisprudencia constitucional— cumpla las «tres... condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

De acuerdo con la recién citada STC 186/2000, el presupuesto para la aplicación de este triple test debe ser la existencia de «razonables sospechas de la comisión por parte del [trabajador vigilado]... de graves irregularidades en su puesto de trabajo», sin que resulte suficiente el mero «propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben». Sobre esta base, la instalación de una cámara de vídeo resulta: 1) idónea, si con ella se pretendía única y exclusivamente «verificar si el trabajador [vigilado] cometía efectivamente las irregularidades sospechadas»; 2) necesaria, supuesto que no existiesen otros sistemas eficaces de control, si «la grabación serviría de prueba de tales irregularidades»; y 3) proporcional, si «la grabación de imágenes se limitó a la zona [en que trabajaba el trabajador en cuestión]... y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada»<sup>28</sup>.

Respecto de la vigilancia del trabajador fuera de la empresa, la jurisprudencia laboral considera que cumple este triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad la utilización por el empresario

<sup>27</sup> Sobre ambas sentencias, críticamente, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ y J.A. SEOANE RODRIGUEZ, «Vigilar y trabajar (Una aproximación metodológica sobre la intimidad del trabajador como límite de las facultades de vigilancia y control del empresario. A propósito de las SSTCo 98/2000, de 10 abril, y 186/2000, de 20 julio)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 6 (2001), págs. 887 ss.

<sup>28</sup> Al respecto, véase J. GARATE CASTRO, «Sobre la utilización en el proceso laboral, como medio de prueba de la reproducción de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso a aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías (Especial referencia a los criterios seguidos por la jurisprudencia constitucional y ordinaria)», en el Vol. *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, cit., págs. 517 ss.

de detectives privados para controlar, mediante fotografías o vídeos, si el trabajador en situación de baja laboral por incapacidad temporal realizaba actividades incompatibles con dicha situación de suspensión de su contrato de trabajo, a los efectos de un eventual despido del mismo por transgresión de la buena fe contractual<sup>29</sup>.

Sobre el tema, existe reiterada jurisprudencia laboral anterior incluso a la LPL-1990<sup>30</sup>. Tras la promulgación de esta Ley, se trataba de un tema que la jurisprudencia laboral venía encajando en su artículo 90.1, del que trae causa idéntico precepto de la LPL vigente, según el cual «las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas»<sup>31</sup>. En fin, tras las citadas SsTC 98/2000 y 186/2000, la jurisprudencia laboral continúa admitiendo la licitud de este concreto medio de prueba testifical documentada, a los concretos efectos indicados<sup>32</sup>.

**§4.** Por razones obvias, la jurisprudencia (laboral y constitucional) relativa a los límites constitucionales que gravitan sobre el poder disciplinario del empresario es extraordinariamente abundante, puesto que el trabajador —sobre todo si ha sido despedido— difícilmente se aquieta ante este tipo de decisiones empresariales<sup>33</sup>. Esta jurisprudencia, que se inicia en 1981<sup>34</sup>, acabó provocando la modificación del ET-1980 en 1994<sup>35</sup>, afirmando ahora el artículo 55.5, párrafo 1º, del ET

<sup>29</sup> Sobre este concreto supuesto de despido disciplinario, véase *infra*, Tema 20, §3 *in fine*. Téngase en cuenta que la jurisprudencia laboral viene admitiendo desde siempre la utilización por el empresario de la prueba de detectives privados, también para acreditar incumplimientos contractuales del trabajador distintos del citado (cfr., en este sentido, SsTS de 28 septiembre 1983 [Ar. 4293] y 19 julio 1989 [Ar. 5877]).

<sup>30</sup> Por ejemplo, véase STSJ Madrid de 29 diciembre 1989 (Ar. 3105), en la que se concluye mediante la utilización de dicho tipo de prueba que «el hecho de que un trabajador en situación de ILT durante siete meses con el diagnóstico de esguince de tobillo, úlcus gástrico y tromboembolismo pulmonar realice actividades propias de la profesión de albañil subiendo y bajando de un andamio en varias ocasiones y permaneciendo en él durante una hora aproximadamente, es patente constituye un incumplimiento contractual grave y culpable merecedor del despido al tipificarse [en el ET] la transgresión de la buena fe contractual».

<sup>31</sup> Cfr., por ejemplo, SsTSJ Cataluña de 13 enero 1995 (Ar. 250) y Comunidad Valenciana de 3 febrero 2000 (Ar. 2184).

<sup>32</sup> Cfr., por ejemplo, SsTSJ Galicia de 7 marzo 2005 (Ar. 842) y País Vasco de 25 octubre 2005 (Jur. 81054 de 2006).

<sup>33</sup> Para el caso de sanciones disciplinarias distintas del despido, véanse SsTC 126/1990, de 5 julio; 6/1995, de 10 enero; y 90/1999, de 26 mayo. Para el caso de relegación de funciones y postergación para ascender, véase STC 182/2005, de 4 julio. Lo prueba, en relación con muy concretos derechos constitucionales fundamentales, S. DEL REY GUANTER, *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*, Civitas (Madrid, 1994), págs. 29 ss.

<sup>34</sup> Con la trascendental STC 38/1981, de 23 noviembre.

<sup>35</sup> Sobre las disfunciones existentes entre la LPL-1990 y el ET-1980, hasta la modificación de este último por la Ley 11/1994, de 19 mayo, véase J. MARTINEZ GIRON, «La Constitución y el despido», en el volumen *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), pág. 474.

que «será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador». En este sentido, existe jurisprudencia constitucional relativa a despidos provocados por causas de discriminación prohibidas, como el embarazo<sup>36</sup>, la ideología política<sup>37</sup> o la orientación sexual<sup>38</sup>; también, a despidos que sancionaban el ejercicio de derechos constitucionales específicos de los trabajadores, como la libertad sindical<sup>39</sup> o el derecho de huelga<sup>40</sup>; y por último, a despidos que sancionaban el ejercicio por el trabajador de sus derechos constitucionales en cuanto que ciudadano, como la libertad de expresión<sup>41</sup>, la libertad de información<sup>42</sup> o el derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros<sup>43</sup>.

Según reiteradísima jurisprudencia constitucional, el empresario vulnera el derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, cuando le despide como represalia, por ejemplo, por «la interposición de una reclamación previa a la vía judicial, en la que postulaba el carácter laboral y la fijeza de su contrato»<sup>44</sup>; por la presentación de «papeleta de conciliación dirigida a que la empresa reconociera la naturaleza laboral de su relación»<sup>45</sup>, o por el hecho de que «después de acudir a la Inspección de Trabajo, reclamó judicialmente el reconocimiento de la laboralidad de la relación y su carácter indefinido»<sup>46</sup>; o también, porque el trabajador realizó «actos preparatorios o previos», aun cuando no eran estrictamente «necesarios», en orden al «acceso a la jurisdicción»<sup>47</sup>. Esta es la que la propia jurisprudencia constitucional denomina «garantía de indemnidad»<sup>48</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. STC 175/2005, de 4 julio.

<sup>37</sup> Cfr. STC 66/2002, de 21 marzo.

<sup>38</sup> Cfr. STC 41/2006, de 13 febrero.

<sup>39</sup> Cfr. SsTC 38/1981, de 23 noviembre; 114/1989, de 22 junio; 197/1990, de 29 noviembre; 191/1996, de 26 noviembre; 48/2002, de 25 febrero (a propósito de despidos objetivos antisindicales); y 17/2005, de 1 febrero.

<sup>40</sup> Cfr. STC 49/2003, de 17 marzo.

<sup>41</sup> Cfr. SsTC 186/1996, de 25 noviembre; y 151/2004, de 20 septiembre.

<sup>42</sup> Cfr. STC 57/1999, de 12 abril.

<sup>43</sup> Véase M.J. NEVADO FERNANDEZ, *El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1999), págs. 33 ss.

<sup>44</sup> Cfr. STC 14/1993, de 18 enero.

<sup>45</sup> Cfr. STC 140/1999, de 22 julio; también, STC 191/1999, de 25 octubre.

<sup>46</sup> Cfr. STC 101/2000, de 10 abril. En esta última sentencia, resumiendo la jurisprudencia constitucional sobre el tema, se afirma lo siguiente: «el derecho a la tutela judicial no se satisface solamente mediante la actuación de Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, en virtud de la cual del ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales», teniendo en cuenta que «en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los Jueces y Tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos».

<sup>47</sup> Cfr. STC 55/2004, de 19 abril.

<sup>48</sup> Véase M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», en *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, cit., págs. 635 ss. Indicando que la garantía de indemnidad supone un «blindaje» ante cualquier forma de represalia, véase D. ALVAREZ ALONSO, *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Bomarzo (Albacete, 2005), págs. 95 ss.



§5. Todo este conjunto de límites constitucionales al ejercicio de los poderes del empresario, que acaba de verse, resultaría inútil si no se acompañase de medidas procesales, tendentes a facilitar la prueba de la discriminación o de la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador por parte del empresario<sup>49</sup>.

Todo ello, dada «la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial», convirtiéndose en «una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador»<sup>50</sup>.

Estos peculiares mecanismos procesales probatorios operan para hacer frente a las transgresiones «indirectas» de los límites constitucionales en cuestión; esto es, para hacer frente a decisiones empresariales aparentemente neutras, pero que encubren u ocultan (inadvertidamente o de propósito) discriminaciones o violaciones de derechos fundamentales del trabajador. En estos casos, según jurisprudencia constitucional constante desde 1981<sup>51</sup>, compete al trabajador probar meramente «indicios» de la discriminación o vulneración de sus derechos fundamentales; y tras esta prueba meramente indiciaria, se invierte la carga de la prueba para el empresario, que queda obligado a «la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Evidentemente, si el empresario no ofrece esta prueba plena, quedará acreditado que discriminó o vulneró los derechos fundamentales del trabajador demandante.

Según reiterada jurisprudencia constitucional, «el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse»<sup>52</sup>. A este efecto, suele considerarse indicio eficaz, por ejemplo, la «conflictividad previa» y, también, la «coincidencia de fechas» o «proximidad temporal» entre el ejercicio por parte del trabajador de sus derechos constitucionales (o el conocimiento por el empresario de la concurrencia en el trabajador de la circunstancia constitucionalmente sensible) y la adopción de la decisión empresarial<sup>53</sup>.

La citada afirmación de que, una vez invertida la carga de la prueba, compete al empresario «la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad», la utilizan los artículos 96 y 179.2 de la LPL.

<sup>49</sup> Véase J.L. MONEREO PEREZ, *La carga de la prueba de los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1996), págs. 19 ss.

<sup>50</sup> Cfr. STC 17/2005, de 1 febrero, por todas.

<sup>51</sup> El precedente es la STC 38/1981, de 23 noviembre.

<sup>52</sup> Cfr. STC 49/2003, de 17 marzo, por todas.

<sup>53</sup> Cfr. SsTC 90/1997, de 6 mayo; 101/2000, de 10 abril; 29/2002, de 11 febrero; 84/2002, de 22 abril; y 17/2005, de 1 febrero.

Evidentemente, la tomaron de la reiteradísima y constante jurisprudencia constitucional sobre el tema, aunque se trata de preceptos sólo aplicables a supuestos de hecho muy precisos<sup>54</sup>.

Si el empresario —mediante prueba plena— logra excluir la existencia de móviles discriminatorios o lesivos de los derechos fundamentales del trabajador en su decisión de despedirle disciplinariamente, existe entonces lo que la jurisprudencia constitucional denomina «despido pluricausal», eventualmente procedente o improcedente, pero no nulo<sup>55</sup>.

En cambio, estas reglas probatorias especiales no juegan frente a las transgresiones «directas» de los límites constitucionales citados. En estos otros casos, se aplican las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba<sup>56</sup>. Y de ahí, por ejemplo, si el empresario hubiese despedido al trabajador por un supuesto ejercicio abusivo de sus derechos constitucionales, que rija lo dispuesto en el artículo 105.1, inciso 2º, de la LPL, según el cual —como en los procesos por despido usuales— al empresario «le corresponderá la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo».

Lo confirmó tempranamente la STC 47/1985, de 27 marzo, relativa a un despido que sancionaba la libertad ideológica del trabajador amparada por el artículo 16.1 de la CE, según la cual si «desde ese mismo momento, el de emisión de la carta, el despido quedó planteado en el terreno del conflicto ideológico», dado que no existe «inversión de la carga de la prueba, sino la aplicación del principio de que quien afirma debe probar», es por lo que «corresponde al empresario... la prueba de los hechos que, de existir, justifican su decisión de despedir»<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> El artículo 96 de la LPL, «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Por su parte, el artículo 179.2 de la LPL, «una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical».

<sup>55</sup> Cfr. STC 48/2002, de 25 febrero, y las que cita.

<sup>56</sup> Ahora contenidas, con carácter general, en el artículo 217 de la LEC.

<sup>57</sup> Cfr., además, la STC 204/1997, de 25 noviembre. En este tipo de pleitos, la jurisprudencia constitucional suele mencionar la «buena fe» como condicionante del lícito ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador (cfr. *infra*, Tema 20, §1 *in fine*).

---

## TEMA 20

### LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE TRABAJO

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. Las fuentes legales ordinarias reguladoras de la buena fe. §2. La buena fe explícita del trabajador. §3. La autonomía del deber de buena fe del trabajador. §4. La buena fe implícita del trabajador. §5. La buena fe del empresario.

§1. En contraste con lo estudiado en el tema inmediatamente anterior, todo lo relativo a la «buena fe» resulta ser de Derecho ordinario puro y duro<sup>1</sup>. En efecto, la expresión «buena fe» no aparece expresamente utilizada en la CE, pues en ninguno de sus preceptos, sean o no de contenido laboral, se alude a la misma. De hecho, en el texto constitucional sólo pueden hallarse dos peladas referencias a algún concepto próximo —pero totalmente desconectado del Derecho de contratos—, como el de la «fidelidad».

Ambas referencias se recogen en el Título II, «De la Corona», donde puede leerse que «el Rey, al ser proclamado ante las Cortes Generales, prestará juramento de desempeñar *fielmente* sus funciones» (artículo 61.1), y también, que «el Príncipe heredero, al alcanzar la mayoría de edad, y el Regente o Regentes al hacerse cargo de sus funciones, prestarán el mismo juramento, así como el de *fidelidad* al Rey» (artículo 61.2).

La «buena fe» es una expresión que impregna todo el Derecho común y que, además, aparece cumplidamente utilizada dentro del ET. Las sedes en que puede localizarse, a propósito de la regulación que efectúa el ET del contrato de trabajo, son las tres siguientes: 1) la de los «deberes laborales» de los trabajadores, donde se afirma que a éstos les corresponde «cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad a las reglas de la *buena fe* y diligencia» [artículo 5.a)]; 2) la de la «dirección y control de la actividad laboral», donde se especifica que, «en

---

<sup>1</sup> Además de universal, de donde la fácil lectura de A. MONTEIRO FERNANDES, «Reflexões acerca da Boa Fé na Execução do Contrato de trabalho», en *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina (Lisboa, 2003), págs. 109 y ss.

cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la *buena fe*» (artículo 20.2, inciso segundo); y 3) la del «despido disciplinario», donde se tipifica como causa justa del mismo «la transgresión de la *buena fe* contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo» [artículo 54.2.d)].

En el Derecho contractual inmediatamente precedente al ET-1980, la LCT-1944 hablaba, en cambio, de «fidelidad» («los trabajadores deberán fidelidad a la empresa en que trabajen» [artículo 70, párrafo primero]) y de «lealtad» (al considerar causa justa de despido disciplinario «el fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en las gestiones confiadas» [artículo 77.e)])<sup>2</sup>.

Todas estas alusiones —en el marco del Título I del ET, acerca «De la relación individual de trabajo»— hacen referencia a la «buena fe» que el trabajador debe al empresario y viceversa, esto es, la que el empresario le debe a cada uno de sus trabajadores. Por ello, se trata en tales casos de la «buena fe» en su vertiente puramente individual, esto es, en el contrato de trabajo<sup>3</sup>.

En cuanto al convenio colectivo, el Título III del ET también menciona expresamente la «buena fe», al afirmar que «ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe» (artículo 89.1, párrafo tercero)<sup>4</sup>. Otras manifestaciones de la «buena fe» en su vertiente colectiva, todas en el Título I del ET, aparecen contenidas en los artículos 40.2, párrafo tercero, 41.4, párrafo segundo, 44.9 y 51.4, párrafo tercero.

En realidad, la «buena fe» se predica del ejercicio de cualesquiera derechos, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1 del Código Civil, según el cual «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». Incluso se predica del ejercicio de los derechos constitucionales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional. Lo ha puesto de relieve el TC, a propósito de la libertad de expresión del trabajador, afirmando —después de recordar el tenor del citado artículo 7 del Código Civil— que «no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con un significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales», aunque exista «la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos [fundamentales], quedando al margen de su protección» (STC 120/1983, de 15 diciembre)<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Sobre el tema, véase G. DIEGUEZ, *La fidelidad del trabajador en LCT*, Ediciones Universidad de Navarra (Pamplona, 1969), págs. 11 y ss.

<sup>3</sup> Sobre el tema, véanse A. MONTOYA MELGAR, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos (Madrid, 2001), págs. 39 y ss., y J. GARCIA VIÑA, *La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador*, CES (Madrid, 2001), págs. 87 y ss.

<sup>4</sup> Sobre el tema, véase J. CABEZA PEREIRO, *La buena fe en la negociación colectiva*, EGAP (Santiago de Compostela, 1995), págs. 223 y ss.

<sup>5</sup> Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional es constante. Al respecto, véase la STC 204/1997, de 25 noviembre.

§2. El principal protagonista de esta «buena fe» explícita en los tres preceptos citados del Título I del ET es la figura del trabajador, supuesto que al mismo se hace referencia en las tres ocasiones. En ellas, se habla genérica e imprecisamente de «reglas» y de «exigencias», pero sin aportarse ningún concepto sobre lo que deba entenderse por «buena fe». Lo que no extraña, dado que, según la jurisprudencia laboral, «la buena fe en su sentido objetivo constituye un modelo ... de conducta exigible ..., que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza»<sup>6</sup>, u otras parecidas, que veremos.

Como se sabe, el paradigma de conducta por antonomasia, propio del Derecho Civil, es «la diligencia de un buen padre familia» (cfr., por ejemplo, artículos 270, 1094, 1104, 1867, 1889 ó 1903 del Código Civil). Téngase en cuenta que esta última es precisamente la guía de comportamiento exigible «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento» (cfr. artículo 1104 del Código Civil).

Este modelo de conducta resulta exigible respecto de todos los trabajadores, cualquiera que sea su actividad en la empresa y, por tanto, cualquiera que sea su puesto de trabajo. Lo confirma el citado artículo 5.a) del ET, al considerar como deber laboral de «los trabajadores» —esto es, de todos los trabajadores—, expresamente calificado como el primero de sus «deberes básicos», el de «cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia».

A pesar de tratarse de un deber exigible a cualesquiera trabajadores, en la legislación laboral no existe ningún paradigma de conducta que identifique al trabajador medianamente diligente, a diferencia de lo que ocurre con el empresario en la legislación mercantil, respecto del que algún precepto del Código de Comercio permite hablar de un paradigma mercantil específico, que es el del «comerciante prudente» (artículo 887, por ejemplo)<sup>7</sup>.

Ahora bien, la «buena fe» exigible al trabajador no posee siempre la misma intensidad, ya que varía en función del puesto de trabajo que se ocupa en la empresa, resultando completamente lógico que su exigencia sea más intensa si se ocupan puestos de «confianza» del empresario. Lo confirma el ET en el citado artículo 54.2.d), al desgajar de la «transgresión de la buena fe contractual» el «abuso de confianza en el desempeño del trabajo». Y lo confirma

<sup>6</sup> Cfr. STS de 22 mayo 1986 (Ar. 2609), por todas.

<sup>7</sup> Como han puesto de relieve M. ALONSO OLEA y M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23<sup>a</sup> ed., Civitas (Madrid, 2005), pág. 341, algunas normas sectoriales sí se refieren a paradigmas laborales, pero no generalizables, como «el operario *consciente o medio*, el director *competente*».

también la jurisprudencia laboral, al afirmar que caben diversos grados de transgresión de la «buena fe» contractual, pues «no cualquier transgresión de la buena fe justifica un despido, sino ...[sólo] aquélla que por ser grave ... suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador, esto es la que tenga entidad bastante para que sea lícita y ajustada la resolución empresarial»<sup>8</sup>, por lo que —si se trata de una transgresión leve o menos grave de la buena fe contractual— deberá imponerse al trabajador, supuesto que deba ser sancionado, otra sanción disciplinaria distinta de la más grave de todas, que es justamente el despido.

La exigencia de la «buena fe» resulta especialmente intensa en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, precisamente porque la misma «se basa en la recíproca *confianza* de las partes», debiendo por ello las mismas acomodar «el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la *buena fe*» (artículo 2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto).

En cualquier caso, la transgresión de la «buena fe» contractual «debe medirse para determinar la cota de la gravedad atendiendo a criterios de proporcionalidad, como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia: la medida de la gravedad ha de determinarse en función de las circunstancias subjetivas del autor de los hechos, así como de la entidad de éstos (circunstancias objetivas)»<sup>9</sup>. Por ello, no resulta extraño que los tribunales laborales sostengan, tratándose incluso de trabajadores comunes, que en ciertos casos «la confianza depositada es ... mayor por la responsabilidad del puesto [en cuestión]»<sup>10</sup>.

Prueba inequívoca de que la transgresión de la «buena fe» contractual resulta mensurable la hallamos en la negociación colectiva, pudiendo citarse en este sentido, por su carácter expansivo, la gradación contenida en el ACV-1997<sup>11</sup>, al considerar sólo como faltas leves o graves —que no llevan aparejada la sanción de despido— algunas conductas típicas transgresoras de la «buena fe» contractual<sup>12</sup>.

**§3.** Por su parte, el citado artículo 20.2 del ET (recuérdese, «el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe») vincula directamente la «buena fe» al cumplimiento de la obligación de trabajar, puesto que las «prestaciones recíprocas» aludidas del trabajador y el empresario son precisamente la de trabajar y la de retribuir el trabajo. En este sentido, la «buena fe» del trabajador al trabajar le exige un comportamiento diligente. Lo confirma expresamente el propio artículo 20.2 del ET, que

<sup>8</sup> Cfr. STS de 22 mayo 1986 (Ar. 2609).

<sup>9</sup> STSJ Madrid de 16 julio 2002 (Ar. 3036), a propósito de la utilización para fines particulares, durante la jornada laboral, de herramientas informáticas de trabajo puestas a disposición del trabajador por la propia empresa.

<sup>10</sup> Cfr. STSJ Canarias (Las Palmas) de 28 enero 1993 (Ar. 16).

<sup>11</sup> Sobre él, véase *infra*, Tema 28, §2.

<sup>12</sup> Por ejemplo, como falta leve se tipifica «la desatención y falta de corrección en el trato con el público cuando no perjudiquen gravemente la imagen de la empresa» [artículo 18.1.e)], y como falta grave, «la suplantación de otro trabajador, alterando los registros y controles de entrada y salida al trabajo» [artículo 18.2.e)].

es un precepto larguísimo, al comenzar afirmando que «en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos», etc.

A la «diligencia» también se alude de manera expresa en la regulación legal de alguna de las relaciones laborales de carácter especial, como la de los deportistas profesionales<sup>13</sup>, la de los artistas en espectáculos públicos<sup>14</sup>, o la de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios<sup>15</sup>.

La exigencia de un comportamiento diligente explica que un trabajador pueda ser sancionado aunque no haya actuado de forma dolosa o intencionada, pues «también se engloban en el art. 54.2.d) del ET las acciones simplemente culposas, cuando la negligencia sea grave e inexcusable»<sup>16</sup>.

Por ello, los tribunales laborales vienen afirmando que la transgresión de la «buena fe» contractual no requiere para justificar el despido que el trabajador haya obtenido un lucro personal, ni que la empresa haya sufrido un perjuicio económico<sup>17</sup>, aunque es claro que la falta de diligencia resulta especialmente intolerable —a efectos precisamente de la gradación de la «transgresión»<sup>18</sup>— en supuestos en los que sí se da alguna de tales circunstancias<sup>19</sup>.

Ahora bien, la «buena fe» del trabajador no resulta sólo predicable del cumplimiento de la primera y principal de sus obligaciones, sino también de cualesquiera otros deberes que el trabajador se compromete a cumplir en virtud del contrato de trabajo. Este tema está un tanto oscurecido en el ET, por causa de la tipificación del incumplimiento de ciertos deberes de comportamiento del trabajador como causas autónomas de despido disciplinario —sobre la base de que la empresa es no sólo unidad de trabajo, sino también unidad de convivencia durante buena parte del día—, distintas de la «transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza», del citado artículo 54.2.d). Es el caso de las «ofensas» al empresario, a los compañeros de trabajo, etc. [artículo 54.2.c)]<sup>20</sup>, de la «embriaguez habitual o toxicomanía» [artículo 54.2.f)] y del «acoso» de nuevo al empresario o a los compañeros de trabajo [artículo 54.2.g)]. Y es

<sup>13</sup> Cfr. artículo 7.1 del Real Decreto 1006/1985, de 26 junio.

<sup>14</sup> Cfr. artículo 6.2 del Real Decreto 1435/1985, de 1 agosto.

<sup>15</sup> Cfr. artículo 6.a) del Real Decreto 782/2001, de 6 julio.

<sup>16</sup> Cfr. STSJ Comunidad Valenciana de 3 marzo 2005 (Ar. 1061).

<sup>17</sup> Cfr. STS de 16 mayo 1985 (Ar. 2717), por todas.

<sup>18</sup> En este sentido, por ejemplo, el ACV-1997 tipifica como falta grave «la imprudencia o negligencia en el trabajo, salvo que de ellas se derivasen perjuicios graves a la empresa, causaren averías a las instalaciones, maquinarias y, en general, bienes de la empresa o comportasen riesgo de accidente para las personas, en cuyo caso serán consideradas como faltas muy graves» [artículo 18.2.f)].

<sup>19</sup> Cfr., por ejemplo, STSJ Andalucía (Málaga) de 16 febrero 2001 (Jur. 2001/169332).

<sup>20</sup> Véase, realmente divertido, A.V. SEMPERE NAVARRO, «El despido disciplinario por ofensas verbales o físicas», en J. GARATE CASTRO (Editor), *Estudios de Jurisprudencia Social de Galicia*, Fundación Alfredo Brañas (Santiago de Compostela, 2000), págs. 265 y ss.

que en todos estos supuestos de mal comportamiento del trabajador —que ni de lejos agotan la casuística posible de mala conducta intolerable del trabajador (piénsese, por ejemplo, en los hurtos de bienes de la empresa, genéricamente calificables como «fraude» a la misma)— juega siempre el artículo 54.2.d) del ET, como supuesto residual o cajón de sastre. Lo ha confirmado la jurisprudencia laboral, por ejemplo, a propósito de actos aislados de embriaguez del trabajador en puestos de trabajo que exigían sobriedad constante, en los que —dada la imposibilidad de conceptualarlos como embriaguez «habitual»— se aplica como justa causa de despido residual, precisamente la «transgresión de la buena fe contractual» del tan citado artículo 54.2.d) del ET<sup>21</sup>.

La tipificación del «fraude» a la empresa es un asunto que viene de antiguo, supuesto que ya el Código de Comercio incluía dentro de las «causas especiales para que los comerciantes puedan despedir a sus dependientes», la relativa al «fraude o abuso de confianza en las gestiones que les hubieran confiado» (artículo 300.1ª). Y en este mismo sentido, al «fraude» como causa de despido se referían la LCT-1931 (artículo 89.6ª) y la LCT-1944 [artículo 77.e)].

Igualmente, entre las conductas tipificadas como faltas muy graves, el ACV-1997 se refiere precisamente al «fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas o la apropiación, hurto o robo de bienes propiedad de la empresa, de compañeros o de cualesquiera otras personas dentro de las dependencias de la empresa» [artículo 18.3.c)].

La mala conducta del trabajador tiene mucho que ver, evidentemente, también con el hecho de que haya que convivir con otros compañeros de trabajo durante muchas horas a lo largo del día en la empresa (en este sentido, por ejemplo, no se puede convivir con un compañero «pendenciero», y de ahí la tipificación de las ofensas). En relación con estos deberes de convivencia, ha habido una evolución legislativa perfectamente explicable por causa del progreso material de nuestra sociedad; y así, por ejemplo, ha desaparecido del ET la justa causa de despido disciplinario tipificada en el artículo 77.i) de la LCT-1944, relativo a «la falta de aseo, siempre que sobre ello se hubiese llamado repetidamente la atención al trabajador y sea de tal índole que produzca queja justificada de los compañeros que realicen su trabajo en el mismo local que aquél».

La «buena fe» puede impregnar no sólo el cumplimiento de la obligación de trabajar, sino también el de los demás deberes (como los citados de comportamiento) derivados del contrato de trabajo, precisamente porque es en sí misma un deber autónomo. Lo evidencia el hecho de que el cumplimiento del que puede llamarse deber de «buena fe» del trabajador resulte jurídicamente exigible, aun en el caso de que el contrato de trabajo se halle en suspenso. En efecto, según el artículo 45.2 del ET «la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo», pero no el cumplimiento del deber del trabajador con contrato suspenso de comportarse con arreglo a las exigencias de la

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, STSJ Castilla y León (Burgos) de 21 julio 2005 (Jur. 209386).



«buena fe». Lo evidencia reiteradísima jurisprudencia laboral al afirmar que un trabajador en situación de baja por enfermedad —y por tanto, con su contrato suspenso, al amparo del artículo 45.1.c) del ET («incapacidad temporal»)— puede ser justamente despedido por el empresario, si durante dicha situación de baja realiza actividades (de recreo o lucrativas) incompatibles con su situación de baja.

En efecto, durante «la situación de incapacidad temporal ... subsiste el deber de diligencia, que ... comporta la obligación de evitar cualquier actividad que pueda retrasar el normal proceso de curación ..., de ahí que la doctrina ... del Tribunal Supremo venga entendiendo que el desempeño de actividades que perturben el proceso de curación son constitutivas de la causa de despido ... por transgresión de la buena fe contractual»<sup>22</sup>.

Igualmente, «la realización de actividades laborales por cuenta propia o ajenas, durante la situación de incapacidad [temporal]..., ha venido siendo calificada por el Tribunal Supremo ... como constitutiva de una clara trasgresión de la buena fe contractual [ante la empresa]..., aun en el supuesto de que dichos cometidos o trabajos fueren compatibles con la curación de su enfermedad ..., ya que sobre dicha empresa recae la obligación legal de cotizar por el trabajador enfermo»<sup>23</sup>.

Sin embargo, la realización de trabajos para otra empresa durante el período vacacional no implica, en principio, una transgresión de la «buena fe» contractual sancionable, pues ello «equivale a desconocer la dignidad personal del trabajador»<sup>24</sup>.

**§4. Concreción típica del deber de «buena fe» del trabajador, hasta el punto incluso de poseer una regulación unitaria en el propio ET —pero sin que salga a relucir la expresión «buena fe», por lo que debe considerarse manifestación implícita de la misma, frente a las explícitas de los citados artículos 5.a), 20.2 y 54.2.d) del ET—, es su deber de no hacer competencia desleal al empresario. Esta obligación específica aparece mencionada en el artículo 5.d) del ET, según el cual es deber básico del trabajador «no concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta Ley». Este precepto remite, en realidad, al artículo 21 del propio ET, que distingue dos tipos distintos de competencia desleal del trabajador al empresario.**

Aunque con el lenguaje de su época, ya el Código de Comercio incidía en esta prohibición, al considerar como una de las «causas especiales para que los comerciantes puedan despedir a sus dependientes», la de «hacer alguna negociación de comercio por cuenta propia, sin conocimiento expreso y licencia del principal» (artículo 300.2<sup>a</sup>).

<sup>22</sup> Cfr. STSJ Murcia de 18 febrero 2002 (Ar. 800).

<sup>23</sup> Cfr. STSJ Cataluña de 18 enero 2006 (Jur. 84512).

<sup>24</sup> Cfr. STC 192/2003, de 27 octubre. Según esta sentencia, «sostener que el empresario pueda tener un derecho o un interés jurídico legítimo a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso ... “para que ... se encuentre en plenas condiciones” concluido el período vacacional ..., con la grave consecuencia de que, de no hacerlo así, incurrirá en un “incumplimiento grave y culpable” que podrá dar lugar a que sea válidamente despedido “por transgresión de la buena fe contractual” ..., supone una interpretación del principio [legal] de buena fe que produce un desequilibrio patente o irrazonable».

En primer lugar, la competencia desleal contractual<sup>25</sup>, que es la realizada por el trabajador al empresario durante la vigencia del contrato de trabajo, apropiándose o pretendiéndose apropiarse de parte del negocio en que trabaja en beneficio propio (por ejemplo, porque el trabajador ha montado o piensa montarse otra empresa dedicada a lo mismo, o también, porque simultáneamente el trabajador trabaja para la competencia). En segundo lugar, la competencia desleal postcontractual<sup>26</sup>, que sólo existe si se hubiese convenido expresamente el denominado «pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo», pues sin este pacto es perfectamente lícito que el trabajador —una vez extinguido su contrato de trabajo— pueda hacerle competencia a su antiguo empresario, aplicando la experiencia, conocimientos y destreza adquiridos mientras estuvo empleado con él.

De entre la abundante casuística judicial<sup>27</sup>, un caso claro de competencia desleal contractual es, por ejemplo, el de un «trabajador ... que ha puesto en marcha un negocio dedicado a la misma actividad de clínica veterinaria de la empresa para la que trabajaba, en la misma población y conjuntamente con otro trabajador de la empresa demandada, para de esta forma beneficiarse de los conocimientos técnicos, profesionales y del mercado local adquirido en la empleadora, con la pretensión de aprovechar su misma clientela ..., sin que sea relevante para atenuar la gravedad de la infracción el hecho de que el despido se hubiera producido cuando aún no se había llegado a abrir al público el negocio ..., puesto que a la fecha del despido el trabajador ya había iniciado a espaldas de su empleadora los actos preparatorios para esta apertura»<sup>28</sup>.

Para desincentivar este tipo de competencia desleal durante la vigencia del contrato, el empresario puede pactar con el trabajador la «plena dedicación» de éste, a cambio de una «compensación económica», teniendo en cuenta que «el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica» (artículo 21.3 del ET)<sup>29</sup>.

El «pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo», cuya duración no puede exceder de dos años (para los técnicos) o seis meses (para los demás

<sup>25</sup> Véase M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi (Pamplona, 1997), págs. 40 y ss.

<sup>26</sup> Véase M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw Hill (Madrid, 1998), págs. 5 y ss.

<sup>27</sup> Téngase en cuenta que a los trabajadores al servicio de las Administraciones públicas no se les aplican los artículos 5.d) y 21 del ET, sino la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas (cfr., al respecto, F. GOMEZ ABELLEIRA, «Pactos de no concurrencia y de permanencia [En torno a los artículos 5.d) y 21]», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 [2000], pág. 277). Del mismo autor, acerca de otra faceta rabiosamente actual del pacto en cuestión, véase «El concurso y las obligaciones de no hacer de la parte *in bonis*: el caso de los pactos laborales de no competencia post-contractual», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 7 (2006), págs. 9 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. STSJ Cataluña de 29 octubre 2002 (Ar. 3465). Más jurisprudencia, sistematizada y criticada con todo rigor, en B. AGRA VIFORCOS, *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del Artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, Universidad (León, 2003), págs. 255 y ss.

<sup>29</sup> Repárese, no obstante, en que en la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, «el pacto de plena dedicación ... no podrá ser rescindido unilateralmente por el artista durante su vigencia» (artículo 6.4).

trabajadores), sólo puede estipularse válidamente si el empresario tiene «un efectivo interés industrial o comercial en ello», y a cambio de «una compensación económica adecuada» (artículo 21.2 del ET). Lógicamente, en caso de incumplimiento del pacto por el trabajador, éste pierde el derecho a percibir la compensación económica pactada, debiendo incluso reintegrarla si la empresa ya se la hubiera abonado durante la vigencia del contrato<sup>30</sup>.

Otra concreción más del deber de «buena fe» del trabajador, asimismo típica e implícita, pero que —a diferencia de la obligación de no hacer competencia desleal al empresario— cuenta con un régimen jurídico disperso en diversos preceptos del ET, es el deber de preavisar al empresario —recuérdese que «el que avisa no es traidor»— que el trabajador en cuestión pretende ausentarse del trabajo, bien con carácter temporal (como en el caso de los «permisos» retribuidos del artículo 37.3 del ET)<sup>31</sup>, bien con carácter definitivo [como en el caso de la «dimisión» del artículo 49.1.d) del ET].

La íntima conexión entre el deber de preavisar y la «buena fe» resulta incuestionable para los tribunales laborales en los supuestos mencionados, teniendo en cuenta que la falta de preaviso por el trabajador podría justificar su despido por inasistencia [artículo 54.2.a) del ET]<sup>32</sup>, en el caso de los permisos retribuidos, o la reclamación por el empresario de una indemnización de daños y perjuicios, en el caso de la dimisión<sup>33</sup>.

**§5.** En fin, además de la «buena fe» del trabajador, también cabe hablar de un deber de «buena fe» del empresario en el cumplimiento de las obligaciones que asume en virtud del contrato de trabajo<sup>34</sup> y, especialmente, en relación con el cumplimiento de la obligación de retribuir el trabajo, pues recuérdese que «el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe». En este sentido, el empresario tiene igualmente el deber de preavisar

<sup>30</sup> Cfr., por ejemplo, STSJ Cataluña de 16 noviembre 2001 (Ar. 135 de 2002), condenando a la trabajadora en cuestión a reintegrar «la cantidad total de 272.167 ptas.», cantidad que la misma había percibido «durante año y medio en que dura la relación laboral [inicial]...», a razón de 10.480 ptas. inicialmente, 15.000 y 20.417 pesetas mensuales con posterioridad», sobre la base de entender incumplido el «pacto post-contractual ..., al pasar a prestar servicios para la segunda [empresa], perteneciente al propio sector y dedicada a la misma finalidad, en la que la trabajadora puede desvelar o hacer valer los mecanismos de prosperidad de la [empresa] inicial».

<sup>31</sup> En efecto, el ejercicio de este derecho debe acomodarse «a los parámetros de la buena fe y, por consiguiente ..., someterse al previo aviso» (cfr. STSJ Cataluña de 12 marzo 2003 [Ar. 1948]).

<sup>32</sup> Y es que «dentro de las obligaciones del trabajador está la lealtad y la buena fe en el desarrollo del trabajo, y si bien el convenio establece unos días de libre disposición, ello no implica la posibilidad de disfrutarlos sin previo aviso adecuado, no pudiéndose entender por tal el mero hecho de decir que se faltará un día indeterminado» (cfr. STSJ Castilla y León [Valladolid] de 3 septiembre 1997 [Ar. 2967]).

<sup>33</sup> Sobre las condiciones en que dicha indemnización resultaría jurídicamente viable, véase STSJ Cataluña de 20 enero 2003 (Jur. 54950).

<sup>34</sup> Sobre el tema, clásico, véase L.E. DE LA VILLA GIL, «Los deberes éticos en el contrato de trabajo», *Revista de Derecho del Trabajo*, núms. 38 y 39 (1960), págs. 23 y ss. y 41 y ss., respectivamente.

al trabajador —entre otros varios extremos— que dejará de retribuirle porque piensa extinguir el contrato de trabajo. Lo confirma el ET, a propósito de la extinción de los contratos precarios por llegada del término pactado, al imponer que «si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia [que, por pura lógica, será precisamente la empresa] está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días» [artículo 49.1.c), párrafo cuarto]<sup>35</sup>.

El ET contiene otras manifestaciones distintas del deber de «buena fe» del empresario de preavisar al trabajador, a propósito, por ejemplo, de los «traslados» (que deben ser notificados por el empresario «con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad» [artículo 40.1, párrafo tercero, del ET]), de los «desplazamientos» (que deben ser informados por el empresario «con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad» [artículo 40.4, párrafo tercero]), o de las «modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo» (que deben ser notificadas por el empresario «con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad» [artículo 41.3, párrafo primero, del ET]).

El deber de preavisar también se manifiesta respecto del poder disciplinario, pues parece claro que el empresario no puede sorprender al trabajador; dicho con otras palabras, la tolerancia empresarial de un supuesto incumplimiento del trabajador exige «preaviso» para poder empezar a sancionar<sup>36</sup>.

Asimismo es de «buena fe» que el empresario, tras la extinción del contrato de trabajo, le entregue al trabajador diversos «certificados» relativos a los servicios prestados en la empresa<sup>37</sup>. La entrega al trabajador de este papel aparece expresamente prevista: 1) en el ET, a propósito del contrato para la formación, al afirmar que «a la finalización del contrato, el empresario deberá entregar al trabajador un certificado en

<sup>35</sup> Téngase en cuenta que el Real Decreto 2720/1998, de 18 diciembre, sólo se refiere al «incumplimiento por el empresario del plazo señalado», en cuyo caso el mismo tendrá que abonar «una indemnización equivalente al salario correspondiente a los días en que dicho plazo se haya incumplido» (artículo 8.3, párrafo segundo). Repárese, además, en que si el trabajador denuncia el término, no estará en situación legal de desempleo y, por tanto, no podrá percibir las prestaciones que hubiese podido lucrar [cfr. artículo 208.1.1.f) de la LGSS].

<sup>36</sup> En este sentido, por ejemplo, «el despido de la actora ha de calificarse como improcedente porque la propia empresa ha venido consintiendo y tolerando hasta la fecha este tipo de comportamiento [consistente en el uso del correo electrónico en la empresa con fines particulares] de forma generalizada entre sus trabajadores, sin efectuar requerimiento o llamada de atención alguna para poner de manifiesto su intención de acabar con esta política permisiva a partir de un momento determinado» (cfr. STSJ Cataluña de 30 septiembre 2005 [Jur. 50983 de 2006]). Sobre el tema de la «buena fe como premisa en el uso de los instrumentos informáticos de la empresa y en el ejercicio del control empresarial», véase I. MARIN ALONSO, *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2005), págs. 238 y ss.

<sup>37</sup> Sobre la obligatoriedad de tales «certificados», téngase en cuenta que resulta ilícita la negativa del empresario «a proporcionar referencias como reacción a una acción judicial ejercitada para exigir que se respete el principio de igualdad de trato» (cfr. STJCE de 22 septiembre 1998, asunto C-185/97).

el que conste la duración de la formación teórica y el nivel de la formación práctica adquirida» [artículo 11.2.g)]; 2) en el Real Decreto 488/1998, de 27 marzo, a propósito del contrato de trabajo en prácticas, indicando que «a la terminación del contrato el empresario deberá entregar al trabajador un certificado en el que conste la duración de las prácticas, el puesto o puestos de trabajo desempeñados y las principales tareas realizadas en cada uno de ellos» (artículo 4); y 3) en el Real Decreto 625/1985, de 2 abril, al obligar al empresario que extingue cualquier tipo de contrato de trabajo, y cualquiera que haya sido la causa de la extinción, a entregar al trabajador —a efectos de que este último pueda solicitar prestaciones por desempleo— el denominado «certificado de empresa», cuya falta de entrega al trabajador es considerada por la LISOS infracción «grave» del empresario sancionable con multa de como máximo 3.005,06 euros<sup>38</sup>.

Durante la vigencia de la LCT-1944 esta obligación poseía un alcance general, supuesto que el empresario debía «entregar al trabajador, a instancia de éste, un certificado, extendido en papel común, en el que únicamente hará constar el tiempo servido a la Empresa y la clase de trabajo o servicio que le hubiera prestado» (artículo 75.5º).

El contenido del certificado de empresa se deduce de un modelo oficial que acompaña como anexo al Real Decreto 625/1985, y que consta de tres partes: la primera, relativa a los «datos de la empresa», como la «actividad económica» de la misma; la segunda, relativa a los «datos del trabajador», como el «tipo de contrato», la «profesión», la «categoría» o la «causa de la situación legal de desempleo»; y la tercera, relativa a las «cotizaciones por contingencias comunes y de desempleo, según TC-2, durante los últimos 180 días precedentes al de la situación legal de desempleo».

Lógicamente, la «buena fe» del empresario al entregar el «certificado» quedaría en entredicho si al mismo tiempo hiciese circular papeles con menciones negativas del trabajador. Y es que «si las partes ... convinieron ... que la empresa facilitaría a la trabajadora un certificado en el que se acreditase que la operaria prestó sus servicios a la satisfacción de la empresa ..., dicho acuerdo obliga, no sólo a otorgar dicha certificación, sino que también exige del obligado una conducta que no la haga ineficaz, pues de lo contrario será responsable de los daños y perjuicios que pueda causar a la contraparte»<sup>39</sup>.

Durante la década de los años ochenta del siglo pasado, la jurisprudencia laboral ideó un remedio que protegía integralmente al trabajador frente a la más odiosa de las manifestaciones de la mala fe o malicia del empresario. Este remedio se refería al despido «fraudulento» o «en fraude de ley» —que igualmente cabría calificar de verdadero despido «malicioso»—, esto es, «cuando se hace al trabajador víctima de un despido ... por unos hechos ficticios, desorbitados, irreales o completamente

<sup>38</sup> Cfr. artículos 22.6 y 40.1 de la LISOS.

<sup>39</sup> Cfr. STS de 1 junio 1976 (Ar. 3423).

desconectados de la relación laboral entre las partes»<sup>40</sup>, con el ánimo de buscar la declaración de improcedencia (y por tanto, la opción patronal por la rescisión con pago de una indemnización, eventualmente ridícula), que la jurisprudencia laboral cortaba de raíz asimilando este tipo de despidos a los nulos por violación de derechos fundamentales y libertades públicas (y por tanto, con obligación estricta de readmitir al trabajador)<sup>41</sup>. Pero esta jurisprudencia laboral —cuya doctrina resultaría justo revivir— decayó al promulgarse la LPL-1990, que ciñó la declaración de nulidad del despido únicamente a los despidos por violación de derechos constitucionales fundamentales del trabajador<sup>42</sup>.

La mala fe del empresario también se manifiesta en otro tipo de incumplimientos contractuales, como los que aparecen mencionados en el artículo 50 del ET. La protección jurídica que dispensa este precepto, en la medida en que pasa por la extinción del contrato de trabajo, no parece especialmente atrayente para el trabajador.

---

<sup>40</sup> Por todas, STS de 12 julio 1986 (Ar. 4032). Fue, por ejemplo, el supuesto de hecho enjuiciado por una STS de 9 mayo 1986 (Ar. 2513), según la cual «la empresa le imputó al actor la no asistencia al trabajo en los días 27, 28, 29 y 30 de noviembre de 1984, cuando se encontraba disfrutando de permiso de matrimonio por ella concedido, pretendiendo de esta forma, con la atribución de unos hechos ficticios, obtener una Sentencia que declarase la improcedencia del despido, como así ha sucedido, y poder optar como efectivamente ha hecho, por la extinción del contrato y el abono de la correspondiente indemnización».

<sup>41</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «La Constitución y el despido», en el volumen *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 467-468.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pág. 474.

---

## TEMA 21

### LA NOVACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Concepto y clases. §2. La sucesión de empresa. §3. La movilidad funcional. §4. La movilidad geográfica. §5. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

§1. El contrato de trabajo es, por principio, un contrato de ejecución duradera; y por eso, durante el transcurso de su ejecución —susceptible de prolongarse durante muchos años—, resulta concebible que pueda padecer cambios, que alteren las previsiones que inicialmente habían hecho el trabajador y el empresario, cuando se vincularon contractualmente. Estos cambios son lo que se conoce genéricamente con el nombre de «novación» del contrato de trabajo<sup>1</sup>. Frente a lo que ocurre en el Derecho común de las obligaciones y contratos —en el que la «novación» puede ser tanto modificativa como extintiva<sup>2</sup>—, el ET sólo regula la novación «modificativa» del contrato de trabajo, que permite mantenerlo subsistente, y que puede ser —al igual que prevé el propio Derecho común— de dos tipos distintos. En primer lugar, la novación modificativa *subjetiva*, en la que lo que cambia es uno de los sujetos del contrato de trabajo, regulada por el ET con la rúbrica «La sucesión de empresa» (cfr. *infra*, §2). En segundo lugar, la novación modificativa *objetiva*, en la que lo que cambia es el objeto o contenido del contrato de trabajo, regulada por el ET con las rúbricas «Movilidad funcional» (cfr. *infra*, §3), «Movilidad geográfica» (cfr. *infra*, §4) y «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo» (cfr. *infra*, §5).

Aunque el molde jurídico común de la novación del contrato de trabajo es el que acaba de indicarse, la jurisprudencia laboral sostiene, con razón, visto el fenomenal poder novatorio del contrato que el ET le reconoce al empresario, que dicho poder tiene claro

---

<sup>1</sup> Sobre el tema, clásico, véase J. RIVERO LAMAS, *La novación del contrato de trabajo*, Bosch (Barcelona, 1963), págs. 150 ss.

<sup>2</sup> Véanse artículos 1203 a 1213 del Código Civil.

«paralelo en idéntica facultad conferida a las Administraciones Públicas por la legislación de contratos administrativos»<sup>3</sup>.

**§2.** La novación subjetiva se produce cuando cambia el empresario, en cuanto que parte del contrato de trabajo. Este cambio es posible porque las obligaciones contractuales que asume el empresario no tienen carácter personalísimo, a diferencia de lo que ocurre con las que asume el trabajador<sup>4</sup>. Por eso, no resulta jurídicamente posible la novación subjetiva del contrato de trabajo por cambio del trabajador, pues si este último cambiase, se produciría inexorablemente la extinción de su contrato de trabajo.

De ahí que el artículo 49.1.e) del ET afirme que «el contrato de trabajo se extinguirá», entre otros varios supuestos, «por muerte... del trabajador»<sup>5</sup>.

Por supuesto, la jurisprudencia laboral afirma con toda naturalidad que el cambio de empresario constituye una «novación subjetiva» del contrato de trabajo<sup>6</sup>.

Esta novación subjetiva por cambio del empresario es lo que regula el denso artículo 44 del ET, bajo la rúbrica «La sucesión de empresa», que consta de diez apartados<sup>7</sup>. La finalidad principal de este precepto es evitar que se produzca la extinción del contrato de trabajo, por causa de que un empresario suceda a otro en la titularidad de la empresa y, por tanto, en los derechos y deberes laborales inherentes a dicha titularidad. Por ello, dicho precepto estatutario comienza afirmando que «el cambio de titularidad de la empresa... no extinguirá por sí mismo la relación laboral» (apartado 1).

Este fue el sentido originario del artículo 90 de la LCT-1931 —precedente remoto del artículo 44 del ET<sup>8</sup>—, aclarado por una Orden Ministerial de 16 julio 1932<sup>9</sup>.

El artículo 44 del ET nunca padeció modificaciones, desde su originaria promulgación en 1980, hasta que fue enmendado por la Ley 12/2001, de 9 julio<sup>10</sup>.

Esta última Ley se promulgó para transponer la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 junio 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CE, sobre la aproximación de las

<sup>3</sup> Véase STSJ Canarias (Las Palmas) de 22 marzo 2002 (Ar. 2625).

<sup>4</sup> Véase *supra*, Tema 14, §1 (a propósito de la obligación de trabajar), y Tema 16, §1 (a propósito de la obligación de retribuir el trabajo).

<sup>5</sup> Véase *infra*, Tema 24, §2.

<sup>6</sup> Por todas, STSJ Galicia de 14 noviembre 2002 (Ar. 1228 de 2003).

<sup>7</sup> Clásico y con fenomenal acopio de jurisprudencia, véase J.L. MONEREO PEREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1987), págs. 35 ss.

<sup>8</sup> El precedente próximo es el artículo 18 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

<sup>9</sup> Según esta norma, «no existe diversidad de contratos cuando no ha habido solución de continuidad en la prestación de servicios... en el mismo establecimiento, aun cuando éste haya sido regido por varias personas naturales o jurídicas, pues ello no supone extinción del primitivo contrato concertado por el reclamante, toda vez que tal motivo no cancela el empeño concertado, con lo cual se tiende a remunerar la continuidad del trabajo, con independencia de los cambios de dueño que pueda tener el establecimiento, y a considerar las obligaciones originadas en el contrato como una carga del negocio, que pudiera llamarse real, si bien no tenga esa apariencia jurídica».

<sup>10</sup> Y antes de ella, por el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo.



legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad<sup>11</sup>.

Según el artículo 44.3 del ET, el cambio de titularidad puede producirse «por actos intervivos» (por ejemplo, vendiendo o arrendando a otro la empresa). Pero también puede producirse *mortis causa*, supuesto siempre en este último caso que el empresario fuese una persona física. Lo reconoce expresamente el artículo 49.1.g) del ET, al afirmar que «el contrato de trabajo se extinguirá», entre otros varios supuestos, «por muerte... del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44», pues si los herederos del empresario fallecido continuasen la actividad del negocio heredado, se mantendría entonces subsistente el contrato de trabajo<sup>12</sup>.

Entre la variada gama de supuestos posibles de cambio de titularidad por acto *intervivos*, el ET menciona expresamente la «fusión y escisión de sociedades» (artículo 44.8, inciso 3º), y la «venta judicial» (artículo 51.11, párrafo 1º)<sup>13</sup>.

A estos efectos, los supuestos clásicamente contemplados por nuestra legislación laboral histórica (por ejemplo, en el artículo 90 de la LCT-1931) eran los de «cesión, traspaso o venta» de la empresa<sup>14</sup>.

Según la jurisprudencia laboral, «la adquisición completa o mayoritaria del accionariado de una sociedad no implica sucesión empresarial», puesto que «la sociedad adquirida continúa poseyendo su personalidad jurídica y persiste (al menos teóricamente) su condición de parte empleadora en sus relaciones contractuales con sus trabajadores»<sup>15</sup>.

El contrato de trabajo se mantiene incólume no sólo cuando cambia el titular de la empresa, sino también cuando cambia —ya por acto intervivos, ya *mortis causa*— el titular de porciones más pequeñas de la misma, que también resulten susceptibles de ser transmitidas. Lo confirma el artículo 44.1 del ET, al indicar que «el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral». El artículo 44.2 del ET, transponiendo el Derecho comunitario, pretende precisar cuándo estas porciones resultan jurídicamente significativas, afirmando que «a los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que

<sup>11</sup> Esta última derogada, a su vez, por la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 marzo 2001.

<sup>12</sup> Sobre esto último, véase *infra*, Tema 24, §5.

<sup>13</sup> Aunque en este último caso, «si... el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto». Téngase en cuenta, según el artículo 57bis del ET, que «en caso de concurso, a los supuestos... de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal». Sobre el tema, M. FERNANDEZ PRIETO, *La transmisión de empresas en crisis. Incidencia de la Ley Concursal*, Laborum (Murcia, 2004), págs. 15 ss.

<sup>14</sup> Sobre los orígenes de esta expresión en la jurisprudencia civil del siglo XIX, véase *supra*, Tema 18, §1.

<sup>15</sup> Por todas, STSJ País Vasco de 7 enero 2003 (Ar. 1545). Tampoco, como regla general, en los casos de cambio de titular de una Notaría, según jurisprudencia laboral constante, que resume una STSJ Canarias (Las Palmas) de 28 junio 2004 (Jur. 203215).

mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorias». Este último precepto resulta invocable, por ejemplo, en los casos tan frecuentes hoy en día de sucesión de contrataciones de servicios (de limpieza, de mantenimiento, de vigilancia y seguridad, etc.), ya privadas o públicas, en los que —por decisión del empresario principal— se adjudica la prestación del servicio a un contratista distinto del empresario contratista que lo venía prestando. En este tipo de casos, según la jurisprudencia laboral, el contratista entrante debe hacerse cargo del personal empleado para cumplir la contrata por el contratista saliente, siempre y cuando: 1) así lo impongan el convenio colectivo aplicable en el sector o el pliego de condiciones de la contrata adjudicada por el empresario principal al propio contratista entrante<sup>16</sup>; 2) en defecto de tales normas convencionales o condiciones contractuales, también si el contratista saliente hubiese transmitido al contratista entrante elementos patrimoniales para poder cumplir la contrata, que deben ser «elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial»<sup>17</sup>; y 3) en defecto de transmisión de este tipo de elementos patrimoniales, también si el contratista entrante se hubiese hecho cargo de una parte esencial («en términos de número y de competencia») del personal que el contratista saliente venía utilizando para cumplir la contrata<sup>18</sup>.

De estos tres supuestos, los dos primeros son los tradicionalmente contemplados por nuestra jurisprudencia laboral<sup>19</sup>, mientras que el tercero ha sido sancionado por la jurisprudencia del TJCE<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Frente a lo que ocurre en los sectores más tradicionales (limpieza de edificios y locales, vigilancia y seguridad, etc.), los convenios colectivos de sectores económicos novísimos (por ejemplo, telemarketing) tienden a excluir —por supuesto, en perjuicio del trabajador— que se produzca la continuidad de los contratos de trabajo, en estos casos de sucesión de contrataciones (cfr. STSJ Madrid de 13 diciembre 2002 [Ar. 1813 de 2003]).

<sup>17</sup> Esta última expresión, en el artículo 51.11, párrafo 1º, del ET.

<sup>18</sup> A propósito de este supuesto, véase STSud de 4 abril 2005 (Ar. 5736).

<sup>19</sup> Unificada a partir de una STSud de 5 abril 1993 (Ar. 2906). Con cita de la jurisprudencia laboral posterior más significativa, véase STSJ País Vasco de 21 enero 2003 (Ar. 45); aplicándola muy pedagógicamente, véase STSJ Andalucía (Granada) de 18 marzo 2003 (Ar. 1867). Sobre la irrelevancia de las naturales soluciones de continuidad entre contrata y contrata, a efectos de la subsistencia del vínculo laboral, véase STSJ País Vasco de 4 febrero 2003 (Ar. 1608).

<sup>20</sup> Esta jurisprudencia comunitaria aparece resumida en la STJCE de 24 enero 2002 (Ar. 29), resolutoria del «caso Temco Service Industries». Según esta sentencia, el punto de partida de la jurisprudencia comunitaria sobre el tema es el siguiente: «para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades», aunque «estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente». Acerca de esta jurisprudencia, véase F.J. GOMEZ ABELLEIRA, «Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Actualidad Laboral*, núm. 16 (2002), págs. 315 ss.

Según nuestra jurisprudencia laboral, se trata de un «tema sin duda complejo, que viene dando lugar... a una gran conflictividad..., en cuanto que existe un acelerado proceso de externacionalizaciones de servicios..., de concentraciones empresariales..., así como de privatizaciones, que han conducido a la necesidad de resituar el ámbito normativo del [artículo 44 del ET]... en la nueva realidad jurídico-social, en la que la sucesión de empresas contratistas se ha convertido en una realidad cotidiana y en expansión»<sup>21</sup>.

Supuesto que los trabajadores empleados en la contrata no fuesen originariamente personal suyo, la asunción directa por el empresario principal de la actividad cuya realización tradicionalmente contrataba con otros empresarios (o «reversión», en sentido amplio), para llevarla a cabo con sus propios trabajadores, impide hablar de sucesión de empresa<sup>22</sup>.

Siempre según el artículo 44 del ET, el nuevo empresario no sólo está obligado a mantener vivo el contrato de trabajo, sino que también está obligado a mantenerlo incólume, respetando el contenido del mismo. En este sentido, su apartado 1 afirma que el cambio se efectúa «quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente». Incluso está obligado a cumplir, según el artículo 44.4 del ET, «el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad autónoma transferida» (inciso 1º) —aunque su propio personal se rija por un convenio colectivo distinto—, y ello, «hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida» (inciso 2º)<sup>23</sup>.

Según el propio artículo 44.4, inciso 1º, del ET, a este convenio colectivo nuevo se asimila, «una vez consumada la sucesión», el «acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores»<sup>24</sup>.

A pesar del cambio, el empresario saliente no queda totalmente desvinculado de sus antiguos trabajadores, en el caso de que la transmisión se hubiese producido por acto *inter vivos*, pues el artículo 44.3 sienta las dos reglas siguientes en materia de responsabilidades suyas. En primer lugar, a propósito de deudas laborales anteriores a la transmisión, la de que «sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad

<sup>21</sup> Véase STSJ Castilla-La Mancha de 4 febrero 2003 (Ar. 1727).

<sup>22</sup> Véanse SsTSud de 6 febrero 1997 (Ar. 999), 17 junio 1997 (Ar. 4758), 27 diciembre 1997 (Ar. 9639), 21 octubre 1998 (Ar. 9299) y 19 marzo 2002 (Ar. 6465).

<sup>23</sup> La evolución del tema hasta su fecha aparece ejemplarmente estudiada en L. MELLA MENDEZ, *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*, Comares (Granada, 2000), págs. 3 ss.

<sup>24</sup> Sobre la eventual subsistencia del mandato de los representantes legales de los trabajadores adscritos a la unidad productiva objeto de transmisión (al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.5 del ET), véase *infra*, Tema 26, §3.

Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas» (inciso 1º). En segundo lugar, y a propósito ahora de deudas laborales posteriores a la transmisión, la de que «el cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito» (inciso 2º)<sup>25</sup>.

A propósito de eventuales responsabilidades de Seguridad Social, el artículo 127.2, párrafo 1º, de la LGSS afirma que «en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión».

En relación con supuestos de falta de cotización o de infracotización por parte del empresario transmitente, la jurisprudencia laboral sostiene que «la prescripción de la obligación de cotizar no impide el reconocimiento efectivo y en plenitud, en su caso, del derecho [del trabajador] a la oportuna prestación de Seguridad Social», pues deviene responsable directo del pago de la misma (en todo o en parte) el empresario sucesor<sup>26</sup>.

En fin, el cambio de empresario tiene carácter necesario para el trabajador, en el sentido de que éste nada puede hacer para impedirlo. Sólo amortiguan su inflexibilidad los deberes de información y consulta que los apartados 6, 7, 8, 9 y 10 del artículo 44 del ET imponen —transponiendo el Derecho comunitario— al cedente y al cesionario, en relación con sus trabajadores respectivos. En este sentido, en cuanto a sus deberes de información, el apartado 6 afirma que «el cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad», acerca de cuatro extremos distintos («fecha de la transmisión», «motivos de la transmisión», «consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión», y «medidas previstas respecto de los trabajadores»); y en cuanto a sus deberes de consulta, el apartado 9 impone que «el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores» —antes de que ocurra la transmisión, si las prevé el transmitente, y en todo caso, con la suficiente antelación, si previese llevarlas a cabo

<sup>25</sup> Véase artículo 311.2º del Código Penal.

<sup>26</sup> Véase STSJ Galicia de 26 febrero 2003 (Ar. 2120), en la que también se afirma que «el artículo 44 ET no es de aplicación al caso, porque, literal y exclusivamente, se refiere a las sucesiones de empresas por actos “inter vivos”, mientras que la sociedad civil de referencia fue constituida “mortis causa”».

el adquirente<sup>27</sup>—, a cuyo efecto «las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo», ajustándose —si «las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo»— a las reglas para efectuar novaciones objetivas colectivas de los contratos de trabajo, que se verán luego<sup>28</sup>.

Con carácter general, téngase en cuenta que la LISOS considera infracción administrativa «muy grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 90.151,82 euros, «la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores..., en los términos en que legal o reglamentariamente estuvieren establecidos» (artículo 7.7), así como —con carácter ya específico— «el incumplimiento... del deber de información a los trabajadores afectados por una sucesión de empresa establecido en el artículo 44.7 [del ET]» (artículo 7.7)<sup>29</sup>.

**§3.** Sobre la base —como ya se dijo— de que la novación objetiva es la modificación o cambio del contenido del contrato, la primera manifestación típica de la novación objetiva del contrato de trabajo aparece regulada en el artículo 39 del ET, bajo la rúbrica «Movilidad funcional»<sup>30</sup>. Se llama así, por causa de que aquí el cambio operado se refiere a las concretas funciones que el trabajador está obligado a realizar y, por tanto, al contenido de su obligación de trabajar. Los cinco apartados de que se compone el artículo 39 del ET regulan tres tipos distintos de movilidad funcional, caracterizándose los tres por el hecho de que el empresario puede llegar a imponer el cambio de funciones al trabajador, incluso contra la voluntad del mismo.

Por supuesto, la jurisprudencia laboral habla con naturalidad de «la movilidad funcional, como especie del género de las novaciones contractuales objetivas del contrato de trabajo»<sup>31</sup>.

La primera manifestación se conoce doctrinal y jurisprudencialmente con el nombre de «*ius variandi*» empresarial, y consiste en el derecho del empresario de cambiar las funciones que el trabajador venía realizando,

<sup>27</sup> Lo mismo dispone el artículo 44.8 del ET, en relación con los deberes de información.

<sup>28</sup> En efecto, según el artículo 44.9, inciso 4º, del ET, en estos casos «el procedimiento del período de consultas... se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley».

<sup>29</sup> Según el artículo 44.7 del ET, «de no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión».

<sup>30</sup> Véase V.A. MARTINEZ ABASCAL, *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Aranzadi (Pamplona, 1996), págs. 61 ss.

<sup>31</sup> Por todas, STSJ Madrid de 31 octubre 2001 (Ar. 4472).

para así acomodarlas a las necesidades de la empresa en cada concreto momento; y ello, con sólo respetar, de un lado, los límites impuestos por las titulaciones exigibles para realizar el trabajo de que se trate, y de otro, los límites marcados por la pertenencia del trabajador a un grupo profesional (o, en su caso, los marcados por las categorías profesionales equivalentes a la categoría que el trabajador tenga reconocida)<sup>32</sup>. Es un derecho empresarial que «no se halla sujeto a ningún tipo de justificación causal ni temporal»<sup>33</sup> —tampoco implica ninguna novación salarial—, por lo que el empresario puede ejercitarlo libre y discrecionalmente, como manifestación ordinaria que es de su poder de dirección de la actividad laboral<sup>34</sup>. Lo regula el artículo 39.1 del ET, al afirmar que «la movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional» (inciso 1º), teniendo en cuenta que «a falta de definición de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes» (inciso 2º).

El límite de la titulación —si exigido por una norma con rango de Ley— resulta infranqueable, hasta el punto de que el trabajador no pueda pretender cobrar los salarios correspondientes a trabajo realizado —aun ordenado por el empresario— para el que carecía de la titulación en cuestión, so pena de tolerarse la comisión de delito de intrusismo<sup>35</sup>.

Según la jurisprudencia laboral, el artículo 39.1 del ET es «norma de derecho necesario relativo mejorable para el trabajador», por lo que cabe que «la negociación colectiva articule la presencia de causas que actúen como límites en el ejercicio del poder de dirección empresarial, limitando con ello su discrecionalidad»<sup>36</sup>.

La segunda manifestación es la movilidad funcional vertical de carácter transitorio, y aparece regulada en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 39 del ET. Frente al mero «*ius variandi*», este otro supuesto posee ya verdadera entidad novatoria del contrato de trabajo, pues supone exigirle al trabajador «la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes»<sup>37</sup>; y por eso, también frente al mero «*ius variandi*» —que implica, en realidad,

<sup>32</sup> Acerca de los cambios trascendentales habidos a propósito de este asunto, a partir de 1994, véase *supra*, Tema 14, §2.

<sup>33</sup> Por todas, STSJ Cataluña de 12 noviembre 2002 (Ar. 4110).

<sup>34</sup> Cfr. STSJ País Vasco de 27 marzo 2001 (Ar. 1669).

<sup>35</sup> Cfr. SsTSud de 8 febrero 2000 (Ar. 1742), 21 junio 2000 (Ar. 5963), 4 junio 2001 (Ar. 5464), 25 junio 2002 (Ar. 8931) y 18 septiembre 2004 (Ar. 7672).

<sup>36</sup> Por todas, STSJ Cataluña de 12 noviembre 2002 (Ar. 4166).

<sup>37</sup> Cfr. artículo 39.2, inciso 1º, del ET.

una movilidad funcional horizontal<sup>38</sup>—, aquí lo que hay es una verdadera movilidad funcional vertical, puesto que el empresario puede exigirle al trabajador el cambio de las funciones que venía desempeñando, bien para realizar funciones superiores a las de su grupo profesional o categorías equivalentes (en cuyo caso se hablaría de movilidad funcional «ascendente»), bien para realizar funciones inferiores a las de su grupo profesional o categorías equivalentes (en cuyo caso se hablaría de movilidad funcional «descendente»). Por todo ello, se trata de un derecho empresarial: 1) de ejercicio causal, pues para poder operar este tipo de movilidad funcional el empresario debe tener «razones técnicas u organizativas que la justificasen»<sup>39</sup> —reforzadas por la concurrencia de «necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva», en el caso de encomienda de funciones inferiores<sup>40</sup>—, debiendo incluso comunicar el empresario el cambio descendente «a los representantes de los trabajadores»<sup>41</sup>; 2) de ejercicio oneroso, puesto que el trabajador —en el caso de encomienda de funciones superiores— tiene «derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice»<sup>42</sup> (y por tanto, a «la diferencia salarial correspondiente») <sup>43</sup>, mientras que —en el de encomienda de funciones inferiores— «mantendrá la retribución [superior] de origen»<sup>44</sup>; y 3) de ejercicio transitorio, puesto que el cambio de funciones lo es sólo «por el tiempo imprescindible»<sup>45</sup>, no cabiendo que el operado para realizar funciones superiores se prolongue, en principio, por más de «seis meses durante un año» u «ocho durante dos años»<sup>46</sup>.

Si se sobrepasan estos períodos, «el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa»<sup>47</sup>. Estas reclamaciones deben tramitarse judicialmente por los

<sup>38</sup> Así la califica, por todas, una STSJ Cataluña de 11 noviembre 2002 (Ar. 4163), según la cual esta «movilidad interna horizontal no exige ningún condicionamiento causal, no está sujeta a límites temporales, por lo que la movilidad dentro del grupo puede ser tanto transitoria como definitiva, y ni siquiera tiene condicionante económico».

<sup>39</sup> Cfr. artículo 39.2, inciso 1º, del ET.

<sup>40</sup> Cfr. artículo 39.2, inciso 2º, del ET.

<sup>41</sup> Cfr. artículo 39.2, inciso 3º, del ET.

<sup>42</sup> Cfr. artículo 39.3, inciso 1º, del ET.

<sup>43</sup> Cfr. artículo 39.4, párrafo 1º, inciso 1º, del ET.

<sup>44</sup> Cfr. artículo 39.3, inciso 1º, del ET.

<sup>45</sup> Cfr. artículo 39.2, inciso 1º, del ET.

<sup>46</sup> Cfr. artículo 39.4, párrafo 1º, inciso 1º, del ET. Téngase en cuenta que «mediante la negociación colectiva se podrán establecer períodos distintos... a efectos de reclamar la cobertura de vacantes» (artículo 39.4, párrafo 2º, del ET).

<sup>47</sup> *Ibidem*, párrafo 1º, inciso 1º.

cauces de un proceso especial previsto en la LPL (artículo 137), pudiendo acumularse a ellas las reclamaciones por diferencias salariales correspondientes al tiempo en que se realizaron funciones superiores, supuesto que no hubiesen sido abonadas por el empresario<sup>48</sup>.

La tercera manifestación es la movilidad funcional vertical de carácter permanente. Coincide con la anterior en todo, salvo en los límites temporales que acaban de mencionarse; razón por la cual, a efectos de su régimen jurídico, deja de ser un mero supuesto de «movilidad funcional», para pasar a convertirse en un supuesto distinto y más grave de novación objetiva del contrato de trabajo. Lo confirma el artículo 39.5 del ET, al indicar que una asignación de funciones superiores o inferiores de este tipo «requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», que se verán dentro de un momento.

Sobre la base de que el artículo 41.1.f) del ET considera modificación sustancial de las condiciones de trabajo la que afecte a las «funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39», la jurisprudencia laboral concluye, con toda razón, que «la modificación sustancial a que se refiere el artículo 41.1.f) no sólo habrá de ser una alteración sustancial de las funciones pactadas..., sino que, además, debe tratarse de una modificación que está justificada... por la necesidad de introducir *con carácter permanente* o con cierta estabilidad tales modificaciones, de forma que se supere el tiempo imprescindible que permite acudir a la vía de la movilidad funcional vertical [del artículo 39 del ET]»<sup>49</sup>.

§4. Aparte la «movilidad funcional», una segunda manifestación típica de la novación objetiva del contrato de trabajo aparece regulada en el larguísimo artículo 40 del ET, bajo la rúbrica «Movilidad geográfica»<sup>50</sup>. Es ésta una novación objetiva especialmente nociva para el trabajador, puesto que se refiere a las decisiones empresariales sobre cambio del lugar de trabajo, siempre y cuando este cambio implique la necesidad de que el trabajador —para poder seguir cumpliendo su contrato— tenga que cambiar, a su vez, de residencia o domicilio habitual<sup>51</sup>. Por ello, el artículo 40 del ET impone aquí una causalidad

<sup>48</sup> Cfr. artículo 39.4, párrafo 1º, inciso 2º, del ET. Por supuesto, lo que no cabe es pretender consolidar la retribución superior, pues «es claro que —conforme a dicho artículo 39.4 del ET— *mientras ello ocurra*, tienen derecho a las retribuciones superiores» (STSJ Andalucía [Sevilla] de 23 enero 2002 [Ar. 3683]).

<sup>49</sup> Cfr. STSJ Cantabria de 23 abril 2001 (Ar. 1529); también, STSJ Madrid de 23 noviembre 2001 (Ar. 673 de 2002).

<sup>50</sup> Como advierten F. PEREZ-AMOROS y E. ROJO TORRECILLA, «Movilidad geográfica», en el volumen *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, AEDTSS-Marcial Pons (Madrid, 1995), pág. 231, se trata de un precepto que no agota todas las posibilidades del tema.

<sup>51</sup> Véase R. SERRANO OLIVARES, *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES (Madrid, 2000), págs. 15 ss. Según STSud de 19 abril 2004 (Ar. 2864), «cuando el traslado [de centro de trabajo] no exija cambio de residencia, no establece [el ET] otras compensaciones que las pactadas entre las partes o impuestas en convenio colectivo, o, en su caso, la posibilidad de extinguir el contrato con la indemnización legalmente establecida», no existiendo «precepto alguno que imponga al empresario la obligación de satisfacer el mayor tiempo invertido en el desplazamiento».



estricta, afirmando por dos veces que la decisión empresarial de cambio del lugar de trabajo «requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, o bien contrataciones [esto es, estipulación de contratos de obras o servicios, a ser cumplidas en otro lugar distante] referidas a la actividad empresarial» (apartado 1, párrafo 1º; también, apartado 4, párrafo 1º).

En congruencia con lo dispuesto en los artículos 52.c) y 51.1 del ET, a propósito de los despidos objetivo y colectivo, el artículo 40.1, párrafo 2º, del propio ET afirma —con terminología insufriblemente economicista<sup>52</sup>— que «se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».

No cabe hablar de «movilidad geográfica» —y por tanto, no existe novación objetiva ninguna del contrato de trabajo— si los trabajadores hubieran sido «contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes» (artículo 40.1, párrafo 1º, del ET).

La citada nocividad de este tipo de decisiones empresariales la explica la jurisprudencia, afirmando que «a diferencia de la regulación civil, en la que el lugar de ejecución del contrato tiene, normalmente, carácter accesorio, en el contrato de trabajo la naturaleza de su objeto (prestación personalísima de la propia actividad) hace que la localización del trabajo alcance un especial relieve, pues una vez concertado el lugar de la prestación es en su entorno en donde el trabajador organiza su vida»<sup>53</sup>.

Estas decisiones empresariales sobre movilidad geográfica pueden ser de dos tipos distintos, cada uno de los cuales posee su propio régimen jurídico en el artículo 40 del ET. En primer lugar, los desplazamientos, caracterizados por su temporalidad, hasta el punto de que el ET también los denomina «desplazamientos temporales». En segundo lugar, los traslados, que tienen carácter permanente<sup>54</sup>.

La temporalidad en cuestión tiene un carácter bastante laxo, pues el ET afirma que «los desplazamientos cuya duración en un período de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta Ley para los traslados» (artículo 40.4, párrafo 4º)<sup>55</sup>.

El régimen jurídico sustantivo de los desplazamientos es relativamente sencillo. Aparece contenido en el artículo 40.4 del ET, que lo construye sobre tres líneas maestras. La de que «el trabajador deberá ser informado del desplazamiento con una antelación suficiente a la fecha de

<sup>52</sup> Véase *infra*, Tema 24, §4 y §7.

<sup>53</sup> Por todas, STSJ Cataluña de 21 julio 2004 (Ar. 2633).

<sup>54</sup> Véase J. GARCIA MURCIA, *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1996), págs. 15 ss.

<sup>55</sup> Acerca del sentido de este precepto, véase STSud de 14 octubre 2004 (Ar. 2168).

su efectividad»<sup>56</sup>. La de que el empresario adopta su decisión «abonando, además de los salarios, los gastos de viaje y dietas». Y la de que «el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario».

La Ley 45/1999, de 29 noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional —promulgada para transponer la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 1996—, sólo regula el caso de «las empresas establecidas en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado signatario del Espacio Económico Europeo que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, con exclusión de las empresas de la marina mercante respecto de su personal navegante» (artículo 1.2), al efecto de «establecer las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España..., cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo» (artículo 1.1). Evidentemente, la Directiva en cuestión garantiza lo mismo a los trabajadores españoles temporalmente desplazados por sus empresas españolas, siempre en el marco de una prestación de servicios transnacional europea<sup>57</sup>.

En relación con la movilidad de trabajadores dentro de un grupo de empresas, la jurisprudencia laboral afirma que «es cierto que, salvo previsión en contrario de las normas profesionales [esto es, de los convenios colectivos] o en el contrato de trabajo, la misión [también denominada “destacamento”] dentro del grupo es de voluntaria aceptación por el trabajador»<sup>58</sup>, habiéndose llegado a probar doctrinalmente con todo rigor que un tercio de los convenios colectivos de grupos de empresas regula el tema de la movilidad externa de los trabajadores entre las diversas empresas del grupo<sup>59</sup>.

En cambio, el régimen jurídico sustantivo de los traslados es mucho más complejo. Aparece contenido en los apartados 1, 2, 3 y 3bis del artículo 40 del ET. Y según estos preceptos, resulta preciso distinguir dos tipos distintos esenciales de ellos.

Los no esenciales son otros dos, que poseen un ámbito de aplicación reducidísimo. El primero, regulado en el apartado 3 de la norma estatutaria en cuestión, según el cual «si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo». El segundo, regulado a su vez en el apartado 3bis de la misma, a cuyo tenor «la trabajadora

<sup>56</sup> Esta antelación «no podrá ser inferior a cinco días laborables en el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses» (artículo 40.4, párrafo 2º, del ET).

<sup>57</sup> Véase M.E. CASAS BAAMONDE, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas (Madrid, 2001), págs. 13 ss. Además, véase *supra*, Tema 3, §3, y Tema 9, §5 *in fine*.

<sup>58</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «La jurisprudencia laboral sobre negociación colectiva y grupos de empresas», en el volumen *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), pág. 32.

<sup>59</sup> Véase A. ARUFE VARELA, «Las condiciones de trabajo y empleo en el contenido de los convenios colectivos de grupos de empresas», en el volumen *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, cit., pág. 69.

víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo» (párrafo 1º), estando la empresa en tales supuestos «obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro» (párrafo 2º)<sup>60</sup>.

En primer lugar, los traslados colectivos, regulados en el artículo 40.2 del ET. Según este precepto, la regla general es su existencia cuando la decisión empresarial «en un período de noventa días» afecte al menos a «diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores», o al «diez por ciento... en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores», o a «treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más». En todos estos casos, el empresario —antes de adoptar su decisión— está obligado a abrir «un período de consultas [de duración no inferior a quince días] con los representantes legales de los trabajadores», en el que «las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo»<sup>61</sup>, aunque si este acuerdo no se obtiene, «tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre el traslado», con una «antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad».

Según el propio artículo 40.2 del ET —en esto, congruente con la regulación del propio ET, a propósito del despido colectivo<sup>62</sup>—, el traslado también tiene carácter colectivo «cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores».

Además, sobre la base de que «la apertura del período de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión deberán ser notificadas a la autoridad laboral para su conocimiento», cabe que esta última pueda «ordenar la ampliación del plazo de incorporación... y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un período de tiempo que, en ningún caso, podrá ser superior a seis meses» (artículo 40.2, párrafo 6º, del ET), previa tramitación del expediente administrativo previsto en el reglamento aprobado por Real Decreto 43/1996, de 19 enero (artículos 22 a 26).

<sup>60</sup> El apartado en cuestión completa la regulación de este tema, indicando que «el traslado o cambio de centro de trabajo tendrán una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora» (párrafo 3º), de modo que «terminado este período, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo» (párrafo 4º, inciso 1º), aunque «en este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva» (*ibidem*, inciso 2º).

<sup>61</sup> Con pedagogismo hiriente —proveniente del Derecho comunitario, en materia de despidos colectivos—, el párrafo 2º de este precepto afirma que «dicho período de consultas deberá 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».

<sup>62</sup> Véase *infra*, Tema 24, §7.

La LISOS considera infracción administrativa «muy grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 90.151,82 euros, «el incumplimiento por el empresario de la paralización de la efectividad del traslado, en los casos de ampliación del plazo de incorporación ordenada por la autoridad laboral» (artículo 8.14).

En segundo lugar, y por exclusión de los anteriores, los traslados individuales, regulados en el artículo 40.1 del ET. Según este precepto, la decisión de traslado individual «deberá ser notificada por el empresario al trabajador, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad». Y si el trabajador la acepta, tendrá entonces derecho a percibir «una compensación por gastos», que comprenderá —dado el carácter permanente del traslado— «tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo», también obligados a trasladarse.

El monto de esta «compensación» queda bastante desdibujado en el ET, pues su artículo 40.1, párrafo 4º, remite su cuantía a «los términos que se convengan entre las partes», añadiendo innecesariamente que «nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos».

Entremezclada con toda esta regulación sustantiva, el artículo 40 del ET también contiene una profusa regulación adjetiva. Sobre la base de que las decisiones del empresario sobre desplazamientos o traslados —sean justas o injustas— tienen carácter «ejecutivo» y son, por tanto, de necesario cumplimiento por parte del trabajador, estas normas adjetivas prevén las posibles reacciones jurídicas de los trabajadores (o de sus representantes legales) disconformes con las decisiones empresariales en cuestión. Se trata de normas virtualmente idénticas a las previstas por el propio ET para la impugnación de decisiones empresariales sobre «modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», por lo que se analizarán con ellas a continuación.

La propia LPL fuerza este tratamiento conjunto, al regular también conjuntamente en su artículo 138 el proceso especial sobre «movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo»<sup>63</sup>.

**§5.** La tercera gran manifestación típica de la novación objetiva del contrato de trabajo aparece regulada en el también larguísimo artículo 41 del ET, bajo la rúbrica «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo»<sup>64</sup>. A este efecto, el apartado 1 del

<sup>63</sup> Véase S. DE SOTO RIOJA, *Proceso especial de modificaciones sustanciales y movilidad geográfica*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2001), págs. 19 ss.

<sup>64</sup> Sobre la inserción del tema en el molde genérico de la novación, véase F. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Universidad (Alicante, 1984), págs. 5 ss.

precepto menciona entre las condiciones de trabajo susceptibles de ser sustancialmente alteradas por decisión del empresario, hasta seis distintas («jornada de trabajo», «horario», «régimen de trabajo a turnos», «sistema de remuneración», «sistema de trabajo y rendimiento», y «funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39»)<sup>65</sup>. Por eso, dada la trascendencia del cambio —que el empresario pretende hacer efectivo con carácter permanente o, en todo caso, con vigencia *sine die*—, se impone de nuevo aquí una causalidad estricta, pues «la dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo» (artículo 41.1, párrafo 1º, inciso 1º, del ET).

Aquí, al igual que en materia de movilidad geográfica, el párrafo 2º del propio precepto aclara que «se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda»<sup>66</sup>.

Según la jurisprudencia laboral, «como se desprende claramente de los términos del artículo 41 ET, el elenco de posibilidades que en él se contemplan no se halla limitado a las expresamente tipificadas en el apartado 1, sino que las modificaciones posibles son las allí recogidas “entre otras”»; además, «la aplicación del artículo 41 ET no se halla referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación, y a tal efecto se ha entendido tradicionalmente como tal aquella modificación que afecta a los aspectos fundamentales de la condición, de forma que con ella pasan a ser otros distintos de un modo notorio»<sup>67</sup>.

Téngase en cuenta que «la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) [esto es, “jornada de trabajo”] del apartado 1 del artículo 41» [artículo 12.4.e) del ET].

Al igual que ocurre en el caso de los traslados, el artículo 41.2 del ET también distingue dos tipos distintos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, pues «las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán ser de carácter individual o colectivo». Ahora bien, aquí la regla general es que la distinción se traza no tanto en atención al número de trabajadores afectados, sino más bien en atención a cuál sea el origen de la condición de trabajo que el empresario pretenda

<sup>65</sup> Véase R. VALLEJO DACOSTA, *Modificaciones de las condiciones de trabajo. Un análisis desde la perspectiva del sistema de fuentes de la relación laboral*, CES (Madrid, 2002), págs. 9 ss.

<sup>66</sup> Acerca de los mayores márgenes de holgura del poder directivo empresarial en este tipo de supuestos (de «flexibilidad interna»), frente a los relativos a despidos económicos (objetivos o colectivos), véase STSud de 17 mayo 2005 (Ar. 9696).

<sup>67</sup> Acerca de esta doctrina, por todas, véase STS de 9 abril 2001 (Ar. 5112). Contraponiendo modificaciones «sustanciales» y «accidentales» (estas últimas integradas en el *ius variando* empresarial), véase STS de 10 octubre 2005 (Ar. 7877).

modificar sustancialmente. En este sentido, siempre según el artículo 41.2 del ET, «se considera de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual», mientras que «se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos».

Téngase en cuenta, sin embargo, que las «modificaciones funcionales y de horario de trabajo», para poder reputarlas colectivas, también han de afectar a un número de trabajadores coincidente con el exigido por el propio ET para poder hablar de traslados colectivos (al menos diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien, etc.)<sup>68</sup>.

La distinción es clave, porque —de nuevo como ocurría en los traslados— condiciona el procedimiento que debe seguir el empresario para poder operar lícitamente este tipo de novación objetiva del contrato de trabajo<sup>69</sup>. En efecto, según el artículo 41.3 del ET, si se trata de una modificación sustancial de carácter individual, la regla es que «la decisión... deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad». En cambio, según el artículo 41.4 del ET<sup>70</sup>, si se trata de una modificación sustancial de carácter colectivo, el empresario —antes de adoptar su decisión, y al igual que ocurría en el caso de los traslados colectivos— está obligado a abrir «un período de consultas [de duración no inferior a quince días] con los representantes legales de los trabajadores»<sup>71</sup>, en el que «las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo»<sup>72</sup>, debiendo diferenciarse a partir de este momento dos supuestos de hecho: 1) si el empresario no pretendiese modificar condiciones de trabajo establecidas por un convenio colectivo estatutario, entonces cabe seguir adelante con el procedimiento —aunque no se obtenga ningún acuerdo con los representantes de los trabajadores—,

<sup>68</sup> Así lo dispone el artículo 41.2, párrafo 4º, del ET.

<sup>69</sup> Para la hipótesis de empresario «concurtido», véanse las reglas procedimentales especiales contenidas en los artículos 64 y 66 de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, a que remite el artículo 57bis del ET.

<sup>70</sup> Este precepto trae causa de la doctrina deducible de la STC 105/1992, de 1 julio. Véase J. RIVERO LAMAS, «Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET», en *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, cit., pág. 282.

<sup>71</sup> Véase L.E. NORES TORRES, *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, CES (Madrid, 2000), págs.149 y ss.

<sup>72</sup> De nuevo con pedagogismo hiriente, el párrafo 1º, inciso 2º, del precepto en cuestión afirma que «dicho período de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados».

en cuyo caso «tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación», con una «antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad»; y 2) si el empresario pretendiese, en cambio, modificar condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario (literalmente, «en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley»), entonces el procedimiento sólo prosigue si en la negociación se obtiene un acuerdo con los representantes de los trabajadores —teniendo en cuenta, además, que a través de este acuerdo resulta posible modificar sólo cuatro condiciones de trabajo concretas (horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento)—, debiendo notificarse a los trabajadores afectados el acuerdo colectivo habido, de nuevo con una «antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad».

La jurisprudencia laboral confirma, con toda razón, que fuera de las cuatro condiciones de trabajo citadas no cabe modificar por acuerdo entre el empresario y los representantes de sus trabajadores (esto es, por acuerdo o pacto de empresa) las condiciones de trabajo (por ejemplo, una mejora voluntaria de Seguridad Social) establecidas en un convenio colectivo estatutario de ámbito superior al de la propia empresa<sup>73</sup>.

Téngase en cuenta, al igual que ocurre en la hipótesis de los traslados colectivos<sup>74</sup>, que el «acuerdo» en vista del cual se negocia requiere, en todo caso, «la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen la mayoría de aquéllos» (artículo 41.4, párrafo 3º, del ET). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la hipótesis de los traslados colectivos, aquí no se comunica a la autoridad laboral ni la apertura del período de consultas ni las posiciones de las partes tras su conclusión.

La LISOS —con muy defectuosa redacción— considera infracción administrativa «grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 3.005,06 euros, «la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo [*sic*] impuesta unilateralmente por el empresario, según lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores» (artículo 7.6).

Frente a las decisiones empresariales de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo —y también, frente a las decisiones empresariales sobre traslados colectivos— «se podrá reclamar

<sup>73</sup> Al respecto, sumamente clara, STSJ Canarias (Las Palmas) de 30 septiembre 2005 (Ar. 3032). Confirma esta interpretación el artículo 66 de la Ley 22/2003, Concursal, según el cual «la modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores». Supuesto que se trate de materia modificable, la jurisprudencia también confirma que el acuerdo de empresa puede llegar a practicar en el convenio colectivo estatutario modificaciones de signo peyorativo o regresivo (cfr. STS de 11 mayo 2004 (Ar. 5157).

<sup>74</sup> Cfr. artículo 40.2, párrafo 4º, del ET.

en conflicto colectivo» por los representantes de los trabajadores<sup>75</sup>, siguiendo los trámites regulados en la LPL para la tramitación del proceso laboral especial de conflictos colectivos, con la finalidad de que la decisión empresarial se declare «nula» o, en todo caso, «injustificada».

Con carácter general, el carácter «justificado» o «injustificado» de la decisión empresarial depende de que «hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa» (artículo 138.5, párrafo 1º, de la LPL).

En cuanto a la «nulidad», aunque el ET y la LPL parecen ceñirla sólo a la utilización en fraude de ley por el empresario de los criterios legales para distinguir entre novaciones objetivas individuales y colectivas<sup>76</sup>, es claro que puede ser judicialmente declarada por motivos distintos. Así, por ejemplo, si la decisión empresarial resultase discriminatoria o violadora de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores<sup>77</sup>.

También existe «nulidad» de la decisión, según interpretación razonable de la jurisprudencia laboral, cuando el empresario hubiese incumplido el «procedimiento» legalmente previsto para adoptar la misma<sup>78</sup>.

Frente a las decisiones empresariales de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual —y también, frente a las decisiones empresariales sobre desplazamientos y traslados individuales—, así como frente a los acuerdos colectivos obtenidos por el empresario y los representantes de los trabajadores durante el período de consultas —tanto sobre movilidad geográfica como sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo—, caben tres posibilidades distintas de reacción del trabajador individual<sup>79</sup>, presuponiendo las tres que el trabajador está obligado a acatar entre tanto la decisión empresarial que le afecta —sea justa o injusta—, pues como machacosamente repite el ET se trata de una decisión empresarial «ejecutiva» y, por lo mismo, de cumplimiento inexcusable<sup>80</sup>.

Consecuentemente, la jurisprudencia laboral confirma la procedencia del despido disciplinario del trabajador por desobediencia, tanto frente a una orden de desplazamiento<sup>81</sup>

<sup>75</sup> Cfr. artículos 40.2, párrafo penúltimo, y 41.4, párrafo penúltimo, del ET.

<sup>76</sup> Cfr. artículo 40.1, párrafo último, y artículo 41.3, párrafo último, del ET; y artículo 138.5, párrafo 3º, de la LPL.

<sup>77</sup> En este sentido, STC 84/2002, de 22 abril, a propósito de modificaciones funcionales discriminatorias por razones sindicales.

<sup>78</sup> En este sentido, véanse SSTSJ Castilla-La Mancha de 14 julio 2000 (Ar. 4147), Navarra de 29 septiembre 2000 (Ar. 4558), Castilla y León (Valladolid) de 12 marzo 2002 (Ar. 1482), Cataluña de 25 abril 2003 (Ar. 2103) y Cataluña de 7 marzo 2005 (Ar. 1361). Acerca de la nulidad por inobservancia del procedimiento establecido en convenio colectivo, véase STS de 13 octubre 2003 (Ar. 48 de 2004).

<sup>79</sup> Véase A. BEJARANO HERNANDEZ, *Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2000), págs. 12 y ss.

<sup>80</sup> Cfr., en relación con las decisiones de movilidad geográfica, artículos 40.1, párrafo 5º, y 40.4, párrafo 3º, del ET; y en relación con las decisiones sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, artículos 41.3, párrafo 3º, y 41.4, párrafo 4º, del ET.

<sup>81</sup> Cfr. STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 13 diciembre 2001 (Ar. 122 de 2002).



o de traslado<sup>82</sup> como frente a una decisión de modificación sustancial de las condiciones de trabajo<sup>83</sup>.

La primera posibilidad que tiene el trabajador individual es la de comunicar al empresario la rescisión del contrato sin necesidad de pleitear con él, alegando simplemente que la decisión empresarial novatoria de su contrato de trabajo le perjudica. Se trata de un derecho que el ET reconoce al trabajador, tanto en materia de movilidad geográfica (pero sólo en relación con los traslados) como en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (pero sólo si lo sustancialmente modificado hubiese sido la jornada, el horario o el régimen de trabajo a turnos). En estos casos, el ET impone al empresario el deber de pagar al trabajador que se va una indemnización reducida de «veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año», y con un máximo que es de «nueve meses», en el caso de las modificaciones sustanciales citadas de condiciones de trabajo<sup>84</sup>, y de «doce mensualidades», en el caso de los traslados, a consecuencia de su mayor nocividad para el trabajador<sup>85</sup>.

Según la jurisprudencia laboral, el trabajador conserva esta opción por la rescisión cobrando la indemnización reducida citada, aun después de haber pleiteado infructuosamente con el empresario para que se declarase «injustificada» o «nula» su decisión novatoria<sup>86</sup>.

Ahora bien, una vez manifestada por el trabajador al empresario esta voluntad rescisoria suya, no cabe la retractación, al igual que ocurre en la hipótesis de la «dimisión»<sup>87</sup>.

La segunda posibilidad consiste en solicitar del juez laboral la rescisión del contrato pleiteando con el empresario, al considerar el trabajador que el empresario incumplió grave y culpablemente sus obligaciones contractuales. En relación con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, es un derecho que el ET reconoce directamente al trabajador en su artículo 50.1.a), relativo al incumplimiento empresarial consistente en «modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad»; e indirectamente, en su artículo 41.3, párrafo 2º, con la frase «sin perjuicio de lo dispuesto en su artículo 50, apartado 1.a)». En este caso, y supuesto que prospere la demanda del trabajador, tendría derecho a cobrar

<sup>82</sup> Cfr. STSJ Andalucía (Málaga) de 19 diciembre 2002 (Ar. 1102 de 2003).

<sup>83</sup> Cfr. STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 abril 2005 (Ar. 1082).

<sup>84</sup> Cfr. artículo 41.3, párrafo 2º, del ET.

<sup>85</sup> Cfr. artículo 40.1, párrafo 4º, del ET.

<sup>86</sup> Véase STSJ País Vasco de 18 febrero 2003 (Ar. 1775), y reiterada jurisprudencia unificada que cita.

<sup>87</sup> En este sentido, STSJ Andalucía (Sevilla) de 5 abril 2002 (Ar. 4070).

la indemnización —superior a la reducida correspondiente a la rescisión sin pleito, antes citada— legalmente prevista para el despido improcedente<sup>88</sup>.

La jurisprudencia laboral confirma con rotundidad que «la rescisión del artículo 41 [apartado 3, párrafo 2º, y también, la del artículo 40.1, párrafo 4º] sólo precisa del genérico perjuicio que la norma menciona, mientras que la resolución del artículo 50 requiere una motivación más intensa en el sentido de que la formación profesional o la dignidad del trabajador se vean afectadas»<sup>89</sup>.

Ahora bien, supuesto que quiera conservar su puesto de trabajo, lo que el trabajador tiene que hacer es impugnar la decisión empresarial novatoria del contrato, con la finalidad de que la misma sea judicialmente declarada «nula» o, en todo caso, «injustificada»<sup>90</sup>. En ambas hipótesis<sup>91</sup>, al prosperar su demanda, el juez laboral «reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones» o, en su caso, «a ser reincorporado al centro de trabajo de origen»<sup>92</sup>. Pero hay que tener en cuenta, según dispone la LPL, que si la sentencia hubiera declarado meramente «injustificada» la decisión empresarial impugnada, cabe que el empresario no la cumpla en sus propios términos y se mantenga en sus trece —esto es, que no reponga al trabajador a sus anteriores condiciones de trabajo o no lo reincorpore a su centro de trabajo de origen<sup>93</sup>—, en cuyo caso el trabajador podrá solicitar por la vía de ejecución de sentencia, alternativamente: 1) «la extinción del contrato por causa de lo previsto en el artículo 50.1.c) [del ET]» —esto es, por incumplimiento empresarial grave y culpable de sus obligaciones contractuales—, con el consiguiente cobro de la indemnización correspondiente al despido improcedente<sup>94</sup>; ó 2) la subsistencia del contrato de trabajo —aceptando, eso sí, la novación injustificadamente decidida por el empresario—, pero con el cobro de «la correspondiente indemnización de daños y perjuicios», calculada según los parámetros comunes de las indemnizaciones no legalmente tasadas.

<sup>88</sup> Al respecto, véase *infra*, Tema 25, §5.

<sup>89</sup> Véase STSJ Baleares de 18 julio 2002 (Ar. 3062).

<sup>90</sup> Sobre el tema, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, «La protección del trabajador individual frente a las decisiones “nulas” o “injustificadas” del empresario en materia de novación objetiva del contrato de trabajo», *Tribuna Social*, núm. 181 (2006), págs. 34 y ss.

<sup>91</sup> Según el artículo 138.3 de la LPL, «si una vez iniciado [por el trabajador] el proceso se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo» (párrafo 1º), aunque «el acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores una vez iniciado el proceso no interrumpirá la continuación del procedimiento» (párrafo 2º).

<sup>92</sup> Cfr., respectivamente, artículos 41.3, párrafo 3º, y 40.1, párrafo 5º, del ET.

<sup>93</sup> En cambio, como regla, «si la sentencia declarara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectuará en sus propios términos» (artículo 138.7 de la LPL). Para el caso de que esta ejecución «en sus propios términos» devenga imposible, véase STSJ Cataluña de 26 mayo 2004 (Ar. 2158).

<sup>94</sup> Cfr. artículo 138.6 de la LPL.

Esta última interpretación —única que conviene al trabajador que quiera conservar su puesto de trabajo— la defiende razonablemente la jurisprudencia laboral, interpretando el artículo 138.6 de la LPL a la luz del artículo 24.1 de la CE, pues la opción exclusivamente planteada entre o aceptar la novación (a pesar de haber sido judicialmente declarada «injustificada») o solicitar en ejecución de sentencia la extinción indemnizada del contrato, esto es, entre un o lo tomas o lo dejas, contrariaría «gravísimamente el derecho a la tutela judicial efectiva de quien obtuvo una sentencia favorable»<sup>95</sup>.

En principio, la acción del trabajador tendente a obtener esta sentencia de cognición favorable debe ejercitarse por los trámites del proceso especial previsto en el artículo 138 de la LPL y, por tanto, con sujeción al estricto plazo de caducidad de veinte días hábiles impuesto por el artículo 59.4 del ET (también, por el artículo 138.1 de la propia LPL).

Ahora bien, si el empresario hubiese incumplido el «procedimiento» legalmente impuesto para adoptar su decisión, el trabajador también puede accionar por la vía del proceso laboral ordinario, estando entonces sujeta su acción al plazo de prescripción general de un año, del artículo 59.1 del ET<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> En este sentido, espléndidamente posibilista visto el injusto tenor del artículo 138.6 de la LPL, véase STSJ Canarias (Las Palmas) de 22 marzo 2002 (Ar. 2625).

<sup>96</sup> Por todas, véase STSud de 15 marzo 2005 (Ar. 3505), y las que cita.



---

**TEMA 22**

**LA SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO**

---

**Xosé Manuel Carril Vázquez**

**Sumario:** §1. Concepto. §2. Distinción de figuras afines. §3. Las causas suspensivas ordinarias. §4. Las causas suspensivas extravagantes. §5. Los efectos de la suspensión en relación con la Seguridad Social.

§1. Dado que el trabajador vive de su trabajo, resulta lógico que el ordenamiento jurídico deba proteger el título jurídico que le permite trabajar y cobrar su salario —esto es, el contrato de trabajo—, evitando que se produzca su extinción. Y quizá la institución que más palpablemente demuestra la resistencia del contrato de trabajo a extinguirse, sea la de la «suspensión» del contrato de trabajo<sup>1</sup>. Se trata de una institución tradicional en nuestra legislación laboral, actualmente regulada en la sección 3ª del Capítulo III del Título I, artículos 45 a 48, del ET, precisamente bajo el rótulo «Suspensión del contrato».

Confirma su carácter tradicional el que apareciese ya regulada en el Código del Trabajo de 1926<sup>2</sup>, en la LCT-1931<sup>3</sup> y en la LCT-1944<sup>4</sup>.

Sin duda, lo más característico de la «suspensión» del contrato de trabajo es que sólo se suspenden las obligaciones principales que asumen el trabajador y el empresario, en virtud de la estipulación de

---

<sup>1</sup> Lo puso de relieve J. VIDA SORIA, *La suspensión del contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1965), pág. 3, afirmando que «la suspensión responde, en su significado último, a una tendencia protectora de la vida del contrato y por ello protectora de los intereses que las partes plasmaron en él al celebrarlo».

<sup>2</sup> Véase su artículo 19 (sólo el destino en cuerpo del ejército o de la armada, mientras se permaneciese en filas).

<sup>3</sup> Véanse sus artículos 90 (incapacidad temporal, servicio militar, ejercicio de cargo público y alumbramiento de la obrera), 91 (huelgas y «lock-outs») y 92 (falta de materiales, falta de energía o huelgas parciales externas a la empresa).

<sup>4</sup> Véanse sus artículos 79 (incapacidad temporal, servicio militar, ejercicio de cargo público y alumbramiento de la obrera) y 80 («por causa no prevista ni imputable al Empresario, cuando existan motivos fundados, a juicio de la Delegación de Trabajo o de la Dirección general de Trabajo, según se trate de industria provincial o nacional»).

tal contrato. Y de ahí que el ET afirme, al modo de una definición, que la «suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo» (artículo 45.2).

Como afirma una STS de 7 mayo 1984 (Ar. 2972), «aunque el Estatuto de los Trabajadores no define la suspensión del contrato de trabajo, sí enumera las causas de su suspensión... y su efecto principal..., por lo que se puede definir como “la situación anormal de una relación laboral, originada por la voluntad de las partes o por la ley, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico”, de cuya definición surgen los requisitos esenciales de la suspensión: la temporalidad de la situación, la no prestación del trabajo durante ella y su no remuneración, y la continuidad o pervivencia del contrato que, por la concurrencia de una causa suspensiva sufre tan sólo una especie de “aletargamiento”»<sup>5</sup>.

La «suspensión» no afecta, por tanto, al resto de las obligaciones contractuales secundarias que recíprocamente se deben entre sí el trabajador y el empresario. Y de ahí, de un lado, que la jurisprudencia laboral afirme que «la suspensión afecta a la ejecución del contrato, sin repercusión alguna sobre el vínculo mismo, que permanece, lo que explica que algunos derechos y deberes recíprocos de trabajador y empresario continúan en plena vigencia»<sup>6</sup>. Y de otro lado, además, que la jurisprudencia laboral también confirme que la suspensión del contrato «sólo exonera al trabajador de su obligación de trabajar, pero le vincula al cumplimiento de las restantes obligaciones para con la empresa, la vulneración de las cuales, si suponen incumplimiento contractual grave y culpable pueden constituir causa para el despido disciplinario»<sup>7</sup>.

En el caso de los contratos de trabajo temporales previstos en los artículos 11 («contratos formativos») y 15 («contratos de duración determinada») del ET, salvo que empresario y trabajador pacten otra cosa distinta, su «suspensión» no comporta la interrupción del concreto período de vigencia pactado ni, por consiguiente, la ampliación de la duración del contrato<sup>8</sup>,

<sup>5</sup> Se trata de una sentencia cuya doctrina aparece reiterada en SsTS de 18 noviembre 1986 (Ar. 6691) y 19 noviembre 1986 (Ar. 6478), y en SsTSud de 25 junio 2001 (Ar. 7079) y 14 diciembre 2001 (Ar. 2980 de 2002).

<sup>6</sup> Véase STS de 11 diciembre 1989 (Ar. 8950), que cita, entre otros, «el derecho de libre sindicación del art. 4.1.b) o el deber básico de no practicar concurrencia desleal, del art. 5.d) en relación con el art. 21.1, todos del Estatuto de los Trabajadores», como derechos y deberes que continúan vigentes durante la suspensión del contrato de trabajo.

<sup>7</sup> Véase STS de 24 mayo 1984 (Ar. 3076), dictada en un pleito por despido de un trabajador, que atendía un bar de su propiedad y conducía una furgoneta también propia para su servicio, estando de baja por enfermedad. Sobre esto, véase *supra*, Tema 20, §3.

<sup>8</sup> El artículo 19.2 del Real Decreto 488/1998, de 27 marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del ET, en materia de contratos formativos, afirma a tales efectos que «la suspensión de los contratos en virtud de las causas previstas en los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores no comportará la ampliación de su duración, salvo pacto en contrario». Y en idénticos términos, el artículo 7 del Real Decreto 2720/1998, de 18 diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET, en materia de contratos de duración determinada, declara que «la suspensión de los contratos de duración determinada en virtud de las causas previstas en los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores no comportará la ampliación de su duración, salvo pacto en contrario».

cabiendo que se extingan durante la situación del período de «suspensión» por la llegada del término<sup>9</sup>.

En cambio, el período de prueba sólo se interrumpe por la «suspensión» del contrato de trabajo si así lo pactan expresamente empresario y trabajador, pues el artículo 14.3, párrafo 2º, del ET afirma que «las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, y adopción o acogimiento, que afecten al trabajador durante el período de prueba interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes».

**§2.** Precisamente porque quedan en suspenso las obligaciones de trabajar y de retribuir el trabajo, no cabe en modo alguno confundir la «suspensión» del contrato de trabajo con las interrupciones periódicas de la actividad laboral (esto es, con el descanso semanal, el descanso festivo o las vacaciones de los artículos 37.1, 37.2 y 38 del ET, respectivamente), puesto que en todos estos casos es cierto que el trabajador no trabaja, pero cobra íntegro su salario, al tratarse legalmente de «períodos de descanso computables como de trabajo» (artículo 26.1 del ET).

Evidentemente, constituiría un exceso dogmático considerar que el descanso diario —esto es, el descanso obligatorio entre jornada diaria y jornada diaria— es un supuesto de «suspensión» del contrato de trabajo, a pesar de que no se retribuye, puesto que se trata de tiempo neutro desde el punto de vista laboral y de Seguridad Social<sup>10</sup>.

Lo mismo cabe afirmar de los permisos regulados en el artículo 37 (apartados 3 a 6) y en otros varios preceptos del ET, puesto que de nuevo no se trabaja pero el trabajador cobra su salario, al tratarse siempre de permisos retribuidos<sup>11</sup>. De ahí que tampoco constituya ningún supuesto de verdadera «suspensión» del contrato de trabajo el tiempo —que en modo alguno es de descanso— a que se refiere el artículo 52.b) del ET, aunque este precepto afirme —equivocadamente— que durante dicho tiempo el «contrato quedará en suspenso». En efecto, se trata de un lapso de un «máximo de tres meses», legalmente previsto para que el trabajador asista a «un curso de reconversión o de perfeccionamiento

<sup>9</sup> Como afirma una STSJ Comunidad Valenciana de 30 septiembre 1997 (Ar. 3020) —con cita de jurisprudencia del TS— «es doctrina jurisprudencial consolidada que en los contratos temporales son aplicables las causas de suspensión del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores y que tales causas no amplían la duración normal del contrato», dado que «suspenden el contrato en cuanto éste esté vigente, pues no consisten los contratos temporales en la prestación de determinados días de trabajo sino en la permanencia del vínculo en tanto no transcurra el plazo». En igual sentido y también con cita expresa de jurisprudencia del TS, véase STSJ Comunidad Valenciana de 19 octubre 2000 (Jur. 84030 de 2001).

<sup>10</sup> Sobre este descanso, véase *supra*, Tema 15, §5.

<sup>11</sup> Véase C. SANCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, Aranzadi (Pamplona, 1999), págs. 25 y ss. Sobre la extensión por obra de los convenios colectivos de los permisos legales a supuestos de nuevas realidades familiares, véase A. ARUFE VARELA, «Nuevas formas de familia y Derecho de la negociación colectiva», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 27 y ss.

profesional», que evite su despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas razonables operadas en su puesto de trabajo. Y lo que confirma que aquí no quepa en modo alguno hablar de «suspensión», es el dato —expresamente previsto por el propio artículo 52.b) del ET— de que «durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo».

Aparte los supuestos regulados en el citado artículo 37 —con la rúbrica «Descanso semanal, fiestas y permisos»<sup>12</sup>—, el ET regula otros varios supuestos de permisos retribuidos, a propósito de la formación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (artículo 19.4)<sup>13</sup>, a propósito del tiempo necesario para concurrir a exámenes cuando se cursen estudios [artículo 23.1.a)]<sup>14</sup>, a propósito de los desplazamientos temporales de duración superior a tres meses (artículo 40.4, párrafo 2º)<sup>15</sup>, y a propósito de la búsqueda de empleo por extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (artículo 53.2)<sup>16</sup>.

Siempre sobre la base de que se suspenden las obligaciones principales de trabajar y retribuir el trabajo, la jurisprudencia laboral también ha puesto de relieve —a propósito ahora de la sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo, mencionada como causa suspensiva en el artículo 45.1.h) del ET— la necesidad de deslindar dicha figura y el despido. La necesidad de este deslinde, que pone el acento en el carácter necesariamente «temporal» que debe tener la suspensión, resulta evidente cuando la sanción en cuestión se aplica a trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada. Al respecto, a propósito de futbolistas profesionales sancionados con la citada suspensión de empleo y sueldo, se ha afirmado que «si bien es innegable que... la empresa..., efectivamente, impuso al trabajador... una sanción de suspensión de empleo y sueldo, sin embargo, la desmesurada extensión de esa sanción (de once meses)... en función de la dimensión cronológica del contrato..., obliga

<sup>12</sup> Sobre estos permisos retribuidos, véase *supra*, Tema 15, §7.

<sup>13</sup> A propósito de la obligación del empresario de facilitar una formación práctica y adecuada en materia de prevención de riesgos laborales, este precepto establece que el «trabajador está obligado a seguir dichas enseñanzas y a realizar las prácticas cuando se celebren dentro de la jornada de trabajo o en otras horas, pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en las mismas». Según la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales, el coste de esta formación «no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores» (artículo 19.2).

<sup>14</sup> Según este precepto, el trabajador tendrá derecho «al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes,... cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional», supuesto que por pacto expreso no se establezca lo contrario.

<sup>15</sup> Según este precepto, «el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborales en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viajes, cuyos gastos correrán a cargo del empresario».

<sup>16</sup> Según este precepto, «durante el período de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar un nuevo empleo».



a entender que... tuvo por verdadera finalidad privar al trabajador de la prestación efectiva de los servicios con carácter definitivo, lo que, de por sí, comporta una verdadera situación de despido»<sup>17</sup>.

En la misma línea, la propia jurisprudencia laboral también afirma —a propósito igualmente de futbolistas profesionales sancionados por su club— que, en cambio, si «consta que se tramitó el expediente en un plazo razonable, imponiéndose una sanción de seis meses, con efectos retroactivos al día de la suspensión cautelar (19 de octubre de 1988), muy inferior al tiempo que restaba de duración del contrato, que no finalizaba hasta el 30 de junio de 1990, nos lleva a la conclusión... [de] que no existió... despido»<sup>18</sup>.

**§3.** Los supuestos o «causas» que ordinariamente provocan la «suspensión» del contrato de trabajo aparecen listados, en principio, en el artículo 45.1 del ET. Se trata de un precepto extraordinariamente prolijo, en el que aparecen formalmente enumeradas hasta catorce causas suspensivas distintas, ordenadas en él con letras, de la a) a la n)<sup>19</sup>. De estas catorce causas suspensivas ordinarias, todas son de carácter individual, salvo cuatro que tienen carácter colectivo, a saber: 1) la «fuerza mayor temporal» [artículo 45.1.i)]<sup>20</sup>; 2) las «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción» [artículo 45.1.j)]<sup>21</sup>; 3) «el ejercicio del derecho de huelga» [artículo 45.1.l)]; y 4) el «cierre legal de la empresa» [artículo 45.1.m)].

De acuerdo con el artículo 47 del ET, relativo —como indica su rúbrica— a la «suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor», en estos casos la «suspensión» está condicionada a la correspondiente autorización por parte de la Administración laboral, debiendo tramitarse con arreglo al procedimiento para el despido colectivo por fuerza mayor previsto en el artículo 51.12 del ET, desarrollado a estos efectos por el Real Decreto 43/1996, de 19 enero, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Véase STS de 12 febrero 1990 (Ar. 895).

<sup>18</sup> Véase STS de 16 marzo 1990 (Ar. 2161); también, STS de 27 enero 1990 (Ar. 223). Sobre esta jurisprudencia laboral, véase igualmente J. MARTINEZ GIRON, «Actividades profesionales y organizaciones deportivas y jurisdicción: puntos críticos», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Trabajo y Libertades Públicas*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1999), pág. 142.

<sup>19</sup> La causa suspensiva por «cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria» [listada en la letra e)], a pesar de la profesionalización del ejército, conserva todavía un cierto sentido jurídico, en la medida en que los deberes de cumplimiento del servicio militar y de la prestación social sustitutoria están, a su vez, meramente «suspendidos» (pero no extinguidos o eliminados) desde 31 diciembre 2001 (véanse Reales Decretos 247/2001, de 9 marzo; y 342/2001, de 4 abril).

<sup>20</sup> Véase J.J. FERNANDEZ DOMINGUEZ, *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas (Madrid, 1993), págs. 202 y ss.

<sup>21</sup> Véase X. SOLA MONELLS, *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, La Ley (Madrid, 2002), págs. 6 y ss.

<sup>22</sup> Véanse, para la «suspensión de relaciones de trabajo por fuerza mayor», sus artículos 17, 18 y 19; y para la «suspensión de las relaciones de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», su artículo 20.

De acuerdo con el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, sobre relaciones de trabajo, el ejercicio legal del derecho de huelga y del de cierre patronal no extinguen la relación de trabajo, considerándose tan sólo «suspendido el contrato de trabajo», de manera que en estas situaciones «el trabajador no tendrá derecho al salario»<sup>23</sup>.

§4. Evidentemente, la enumeración de causas suspensivas ordinarias de carácter individual —que son diez— contenida en el artículo 45.1 del ET no tiene ningún carácter exhaustivo, limitativo o «*numerus clausus*», puesto que en el propio ET —pero fuera de dicho artículo 45.1—, al igual que en otras varias normas laborales, tanto legales como reglamentarias, aparecen mencionadas causas suspensivas individuales distintas, que merecen con toda propiedad el calificativo de causas «*extravagantes*», por no aparecer expresamente listadas en el artículo 45.1 del ET. Tal es el caso, por ejemplo, de la «excedencia voluntaria»<sup>24</sup>, regulada en el artículo 46 del ET, sin que aparezca mencionada en el artículo 45.1 del propio ET, que sólo alude expresamente a la «excedencia forzosa» [artículo 45.1.k)]<sup>25</sup>. En efecto, sólo cabe concluir que la «excedencia voluntaria» es igualmente causa suspensiva del contrato de trabajo, si se tiene en cuenta que el hecho de que el excedente voluntario no tenga derecho como el forzoso a reserva de puesto de trabajo —sino sólo «un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa» (artículo 46.5 del ET)— no obsta en modo alguno a esa calificación suspensiva, puesto que

<sup>23</sup> Véase, sobre el derecho de huelga, su artículo 6, apartados 1, 2 y 3, y sobre el de cierre patronal, su artículo 12.2, que contiene una remisión expresa a los recién citados apartados 1, 2 y 3 de su artículo 6.

<sup>24</sup> El artículo 46.3 del ET regula un supuesto de excedencia «mixta», a la vez forzosa y voluntaria, que puede durar hasta tres años (especialmente, para el cuidado de hijos y, como regla, a contar desde la fecha de su nacimiento), pues durante el primer año la trabajadora o trabajador «tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo», mientras que «transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente». Acerca de la tipología de la excedencia laboral, véase J. GORELLI HERNANDEZ, *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares (Granada, 1998), págs. 3 y ss.

<sup>25</sup> En principio, según el artículo 46.1 del ET, la excedencia «forzosa, que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo» (inciso 2º), teniendo en cuenta que «el reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público» (inciso 3º). Para otro caso de excedencia igualmente forzosa, también regulado en el propio ET, véase su artículo 37.3.d), párrafo 2º. Según una STSud de 26 septiembre 2001 (Ar. 322 de 2002), el tiempo de excedencia forzosa no computa a efectos de cálculo de la indemnización por despido, pues «mientras los servicios prestados en la empresa representan el tiempo durante el que se han realizado para la determinada entidad que viene obligada al pago de la indemnización a que se refiere el art. 56.1.a) del ET, o, en su caso, los artículos 51.10 ó 53.1.b) de la misma Ley, aquélla, la antigüedad, hace referencia al tiempo transcurrido en una determinada profesión». La monografía clásica sobre el tema en nuestra doctrina, en la que se explican los orígenes de la institución, es A. PEDRAJAS MORENO, *La excedencia laboral y funcionarial*, Montecorvo (Madrid, 1983), págs. 35 y ss.

la reserva de puesto de trabajo es sólo un efecto natural, pero no esencial, de la «suspensión» del contrato<sup>26</sup>. Y así lo prueba el que la citada reserva de puesto de trabajo pueda faltar también en otras causas irrefutablemente suspensivas —como el «mutuo acuerdo de las partes» [artículo 45.1.a)] y «las consignadas válidamente en el contrato» [artículo 45.1.b)]—, según dispone el artículo 48.1 del ET<sup>27</sup>.

No sólo la negociación colectiva confirma el carácter suspensivo de la excedencia voluntaria —que puede durar «un plazo no menor a dos años y no mayor a cinco», supuesto que el trabajador solicitante tenga «al menos una antigüedad en la empresa de un año»<sup>28</sup>—, regulando derechos y deberes del excedente voluntario, mientras dura esta concreta situación<sup>29</sup>. También lo evidencia nuestra jurisprudencia laboral, al afirmar reiteradamente, ante la negativa empresarial a la petición de reingreso, que el trabajador tiene abiertas dos vías —que son excluyentes entre sí— para impugnar tal decisión, demostrativas ambas de que el contrato de trabajo sigue vivo. En primer lugar, la del proceso especial de despido, cuando dicha negativa, por las circunstancias en que se produce, manifiesta no el mero rechazo del derecho a la reincorporación, sino la voluntad inequívoca, aunque se produzca tácitamente, de tener por extinguido el vínculo laboral hasta entonces en suspenso; y en segundo lugar, la del proceso ordinario, ejercitando la acción de reingreso en aquellos otros supuestos en que la negativa denota simple desconocimiento del mencionado derecho, pero sin negar la persistencia de la relación de trabajo y, por tanto, con voluntad de que el mismo se conserve en suspenso<sup>30</sup>.

Aparte otros contenidos en el ET<sup>31</sup>, un concreto supuesto de causa de «suspensión» del contrato de trabajo «extravagante» —también previsto en norma con rango de ley<sup>32</sup>— es el del

<sup>26</sup> Sobre el carácter polémico del tema en nuestra doctrina científica, véase A.R. ARGUELLES BLANCO, *La excedencia laboral voluntaria*, Aranzadi (Pamplona, 1997), págs. 126 y ss.

<sup>27</sup> Según el cual, «al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, en todos los supuestos a que se refiere el apartado 1 del artículo 45 excepto en los señalados en los párrafos a) y b) del mismo apartado y artículo, en que se estará a lo pactado».

<sup>28</sup> Véase artículo 46.2 del ET.

<sup>29</sup> Entre otros, es el caso del convenio colectivo del sector de pompas fúnebres de la provincia de Barcelona para los años 2003-2005, que concede ciertos derechos al trabajador excedente voluntario (cuando afirma en su artículo 27, párrafo 4º, que «el período en que el trabajador esté en situación de excedencia conforme a lo dispuesto en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional»), pero que también impone el cumplimiento de ciertos deberes de buena fe (al establecer en su artículo 29 que «el trabajador que obtuviera una excedencia voluntaria y se dedicare, por cuenta propia o de terceros, a intervenir o colaborar de algún modo en empresas dedicadas a actividades iguales o similares a las de su empresa perderá el derecho adquirido y se dará por resuelta definitivamente su excedencia sin posibilidad de reincorporación»).

<sup>30</sup> Sobre el tema, véanse SsTSud de 19 octubre 1994 (Ar. 8254), 23 enero 1996 (Ar. 122) y 21 diciembre 2001 (Ar. 1868), y STSJ Cantabria de 2 diciembre 2002 (Ar. 2154).

<sup>31</sup> Caso del previsto en su artículo 23.1.b), según el cual «el trabajador tendrá derecho... a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional o a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo». Y ello, porque «salvo que el convenio colectivo aplicable disponga otra cosa, se trata de un permiso no retribuido y, por ello mismo, de un claro caso de suspensión del contrato imprevisto en el art. 45.1» (véase J. MARTINEZ GIRON, «Las causas generales de suspensión: ¿“numerus clausus”?», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. XXX [1994], pág. 45).

<sup>32</sup> Para otro supuesto distinto, véase artículo 65 de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal.

artículo 101 de la LPL, a propósito del salario de los días de conciliación y juicio<sup>33</sup>. Se trata de un precepto que da a entender *a contrario* que cuando este salario deja de percibirse se produce entonces la «suspensión» del contrato de trabajo durante los días correspondientes<sup>34</sup>.

En fin, las normas reglamentarias también prevén, en ocasiones, nuevos supuestos de «suspensión» del contrato de trabajo no listados en el artículo 45.1 del ET, de los cuales tiene capital importancia el contenido en el artículo 9 del Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto, regulador de la relación laboral especial del personal de alta dirección. Es un precepto que aborda el ascenso de trabajador común a alto cargo laboral dentro de la misma empresa o grupo<sup>35</sup> y que declara, cuando nada se hubiese pactado acerca de la extinción de la relación laboral de origen, que se encuentra en situación de «suspensión» la relación laboral común<sup>36</sup>, teniendo derecho el trabajador a reanudar la misma cuando se extinga la relación laboral especial<sup>37</sup>.

Confirma igualmente el carácter no exhaustivo del artículo 45.1 del ET el que existan causas «extravagantes» de creación jurisprudencial, que los tribunales laborales se han visto obligados a crear, por razones de estricta justicia, de nuevo al margen de las causas suspensivas individuales expresamente listadas en dicho precepto. Es el caso, por ejemplo, de un trabajador en situación de incapacidad permanente total —que es, en principio, causa de extinción del contrato de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1.e) del ET<sup>38</sup>—, ya declarada por resolución administrativa del INSS, pero judicialmente impugnada. En este caso,

<sup>33</sup> Según el cual, «si la sentencia fuese condenatoria para el empresario, éste vendrá obligado a abonar al demandante que personalmente hubiese comparecido, el importe de los salarios correspondientes a los días en que se hubiesen celebrado los actos de conciliación y juicio ante el Juzgado o Tribunal y en su caso, la conciliación previa ante el órgano correspondiente».

<sup>34</sup> Y ello: «1) si el trabajador hubiese comparecido personalmente a los actos de conciliación preprocesal y de juicio, a cuyo efecto esta norma —pero no el art. 37.3.d) del ET— habilita el permiso correspondiente; y 2) si la pretensión (distinta a la impugnación de un despido) deducida por el trabajador frente a su empresario hubiese sido integralmente desestimada por el juzgador, dado que “el salario se tendría sólo si el trabajador vence [parcial o integralmente] en el juicio”» (véase J. MARTINEZ GIRON, «Las causas generales de suspensión: ¿“numerus clausus”?», cit., pág. 47).

<sup>35</sup> Según su apartado 1, «deberá formalizarse el contrato por escrito regulado en el artículo 4 de este Real Decreto en los supuestos en que un trabajador vinculado a una Empresa por una relación laboral común proporcionase el ejercicio de actividades de alta dirección en esa misma Empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar».

<sup>36</sup> Al indicar, en su apartado 2, lo siguiente: «en tales supuestos en el contrato se especificará si la nueva relación especial sustituye a la común anterior, o si esta última se suspende. Caso de no existir en el contrato especificación expresa al respecto se entenderá que la relación laboral común queda suspendida».

<sup>37</sup> Al declarar, en su apartado 3, lo siguiente: «en caso de simple suspensión de la relación laboral común anterior, al extinguirse la relación laboral especial, el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pueda tener derecho a resultas de dicha extinción. Se exceptúa de esta regla el supuesto de la extinción del contrato especial de alta dirección por despido disciplinario declarado procedente».

<sup>38</sup> Téngase en cuenta que este precepto contiene una remisión al artículo 48.2, también del ET, relativo a la suspensión del contrato de trabajo durante un período de dos años cuando la situación de incapacidad (total, absoluta o gran invalidez) del trabajador «vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo».

visto el riesgo de que pudiera llegar a anularse judicialmente dicha resolución administrativa —que es, en principio, inmediatamente ejecutiva—, la jurisprudencia laboral sostiene que la efectividad inmediata de la misma se proyecta sólo sobre la relación de Seguridad Social (a efectos de prestaciones, por ejemplo), pero no sobre el contrato de trabajo, provisionalmente suspendido hasta que la resolución administrativa impugnada adquiera firmeza (de tal modo que la extinción durante esta situación es constitutiva, en principio, de un despido improcedente).

Lo pone de relieve, entre otras muchas, una STSud de 11 mayo 1994 (Ar. 5355), al declarar «que las resoluciones administrativas declarando la invalidez permanente no producen eficacia para extinguir el contrato de trabajo... hasta que no alcancen firmeza, permaneciendo entre tanto suspendido el contrato con derecho del trabajador a percibir la pensión y sin que el empresario tenga la obligación de readmitirlo», pues —siempre según el TS— admitir «la extinción del contrato con base a una declaración no firme de invalidez permanente podría producir efectos irreparables, pues si ésta es revocada en vía administrativa o judicial en el sentido de reconocer el grado de incapacidad parcial o que ésta no existe, el trabajador podría quedar sin la pensión y sin derecho a su puesto de trabajo pues el contrato ya había sido extinguido»<sup>39</sup>.

En fin, los convenios colectivos crean también con frecuencia nuevas causas suspensivas individuales, igualmente «extravagantes» respecto de las que menciona el artículo 45.1 del ET. Tal es el caso, por ejemplo, de las licencias o permisos no retribuidos que regulan, en beneficio del trabajador, tantos y tantos convenios colectivos, y en los que concurren no sólo los efectos esenciales de la suspensión (relativos, recuérdese, a la exoneración temporal de las obligaciones recíprocas de trabajar y retribuir el trabajo), sino también el efecto más natural de la misma (relativo, recuérdese, a la reserva de puesto durante la situación de «suspensión» del contrato de trabajo).

Bien por asuntos propios, bien por otros motivos. Tal es el caso, por ejemplo, del convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para venta a domicilio de 11 junio 2000, allí donde afirma que «cuando a un Repartidor le fuese suspendido el permiso de conducción», esta circunstancia puede determinar que su contrato de trabajo quede «suspendido desde el momento de la indicada suspensión del permiso de conducción hasta un máximo de noventa días, cesando la obligación de abonar el salario y de cotización a la Seguridad Social»<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Con cita expresa de la misma, véanse SsTSJ Galicia de 21 marzo 1996 (Ar. 1849), Comunidad Valenciana de 21 mayo 1997 (Ar. 1609), Comunidad Valenciana de 16 septiembre 1997 (Ar. 3300), Aragón de 30 noviembre 1998 (Ar. 4492), Castilla y León (Valladolid) de 23 febrero 1999 (Ar. 1415), Galicia de 16 septiembre 1999 (Ar. 3026), Asturias de 1 diciembre 2000 (Ar. 3954) y Extremadura de 8 enero 2003 (Ar. 1741).

<sup>40</sup> Véase su artículo 51, punto 3.

§5. El estudio de la «suspensión» del contrato de trabajo resultaría incompleto, si se prescinde del examen del peculiar régimen de esta institución contenido en la legislación de Seguridad Social, a pesar de que del artículo 45 del ET nada se deduce en orden a la relación de Seguridad Social en estos casos. Este peculiar régimen jurídico, complementario del contenido en las fuentes estrictamente laborales, también viene a confirmar que el vínculo jurídico entre trabajador y empresario permanece vivo, a pesar de la «suspensión» del contrato de trabajo. Y ello, hasta el punto de poder llegar incluso a imponerse al empresario el cumplimiento de muy específicos deberes económicos de Seguridad Social, respecto de su trabajador con contrato de trabajo suspendido.

La suspensión del contrato de trabajo no es, de todas formas, una institución que aparezca cumplidamente tratada en nuestra legislación de Seguridad Social, puesto que existen causas suspensivas —incluso explícitamente mencionadas en el artículo 45.1 del ET— totalmente ignoradas por ella. Es el caso, por ejemplo, de la «suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias» [artículo 45.1.h)], respecto de la que la jurisprudencia laboral unificada sostiene que el trabajador incurso en ella se encuentra en situación asimilada a la de alta, aunque sin obligación de cotizar por parte del empresario<sup>41</sup>. En el caso de la suspensión del contrato de trabajo «por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género» [artículo 45.1.n) del ET], la LGSS afirma —con efectos de 29 enero 2005— que la situación legal de desempleo en que pueda entenderse incura dicha trabajadora «se acreditará por comunicación escrita del empresario sobre la... suspensión temporal de la relación laboral»<sup>42</sup>.

En primer lugar, y en cuanto al cumplimiento del deber de cotizar, es el caso de las causas suspensivas ordinarias por «incapacidad temporal de los trabajadores» [artículo 45.1.c) del ET], cualquiera que sea su causa (esto es, accidente de trabajo, accidente no laboral, enfermedad profesional o enfermedad común) —sin duda, la más frecuente en la práctica de las causas suspensivas—, y por «maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente,

<sup>41</sup> Al respecto, véase STSud de 4 junio 2002 (Ar. 8127). Esta sentencia tiene muy en cuenta el tenor del artículo 29.3, sobre situaciones asimiladas a la de alta, del reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero. Acerca de este precepto, véase G.L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi (Pamplona, 1997), págs. 79 y ss.

<sup>42</sup> Disposición Adicional cuadragésima segunda. Sobre la duración de esta concreta causa suspensiva, el artículo 48.6 del ET indica que «en el supuesto previsto en la letra n) del apartado 1 del artículo 45, el período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis 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» (inciso primero), en cuyo caso «el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses» (inciso segundo).

de menores de seis años» [artículo 45.1.d) del ET]. En efecto, en todos estos casos, se impone al empresario la obligación de seguir cotizando por el trabajador, a pesar de tener el contrato de trabajo suspendido — y por tanto, de no tener que pagar el salario—, como si estuviese en servicio activo.

Lo confirma la vigente LGSS, al establecer que «la obligación de cotizar continuará en las situaciones de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de riesgo durante el embarazo y en la de maternidad, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 125 [de la propia LGSS] en que así se establezca reglamentariamente»<sup>43</sup>.

Según el larguísimo artículo 48.4 del ET—modificado para transponer el Derecho Comunitario—, la regla general, según su párrafo primero, es que «en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo» (inciso primero), y teniendo en cuenta que «el período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto» (inciso segundo)<sup>44</sup>.

En cuanto a las causas suspensivas «extravagantes», a propósito de los permisos o licencias sin sueldo, confirma la subsistencia del deber de cotizar del empresario el reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995<sup>45</sup>.

Y en segundo lugar, y en cuanto al cumplimiento del deber de pagar directamente y a su cargo prestaciones de Seguridad Social, es el caso de la recién citada causa suspensiva por «incapacidad temporal de los trabajadores», siempre y cuando la misma obedezca a riesgos comunes (esto es, accidente no laboral o enfermedad común). En efecto, en estos supuestos —aparte la citada obligación de seguir cotizando— corre «a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive» (artículo 131.1, párrafo 2º, de la LGSS)<sup>46</sup>.

A diferencia del pago de las prestaciones económicas por maternidad y por riesgo durante el embarazo, que es realizado directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, «sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas»<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Véase su artículo 106.4, a completar con el tenor del artículo 13.2 del reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre.

<sup>44</sup> Además, «en caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión» (inciso tercero). Véase M.P. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1999), págs. 27 y ss.

<sup>45</sup> Cfr. su artículo 69.

<sup>46</sup> Sobre las repercusiones posibles de este tema en nuestras estadísticas relativas a accidentes de trabajo «leves» con baja en el trabajo, véase *supra*, Tema 17, §5.

<sup>47</sup> Véanse artículos 11.2 y 20 del Real Decreto 1251/2001, de 16 noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.





---

**TEMA 23**

**LA EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO  
POR CUMPLIMIENTO**

---

**Xosé Manuel Carril Vázquez**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. El mutuo acuerdo extintivo. §3. El término resolutorio. §4. Las condiciones resolutorias. §5. La dimisión del trabajador.

§1. Dado que la extinción del contrato de trabajo implica para el trabajador la pérdida de su empleo, resulta comprensible que el ordenamiento jurídico deba proceder a regular este tema, especificando al menos cuáles son las causas —que deben ser, además, causas tasadas— que permiten que se produzca lícitamente dicha extinción. Estas causas justificadoras de una extinción lícita son trece. Y aparecen especificadas en el apartado 1 del artículo 49 del ET —precepto que lleva por rúbrica precisamente la de «extinción del contrato»—, que las ordena por letras, correlativamente de la a) a la m).

El que las causas de extinción lícita del contrato de trabajo aparezcan normativamente tasadas es algo propio de las legislaciones laborales de los países del continente europeo; todo ello, a diferencia de lo que ocurre en los países anglosajones, y, sobre todo, en los Estados Unidos de Norteamérica. En efecto, en este último país, la regla general es el «contrato de trabajo a voluntad» de ambas partes (*hiring at will*) y, por tanto, a la libre voluntad del empresario, que puede extinguirlo en cualquier momento, sin necesidad de alegar ninguna justa causa ni de deberle al trabajador ningún tipo de indemnización<sup>1</sup>.

Estas trece causas extintivas pueden clasificarse en tres grandes grupos<sup>2</sup>. De estos tres grupos de causas, el primero —que se verá

---

<sup>1</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «El despido en los Estados Unidos e Inglaterra», en *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2ªed., ACARL (Madrid, 1992), págs. 13 y ss. Respecto de la tradición continental europea en Francia, Italia y Alemania, véase F. PEREZ AMOROS, F. ALMENDROS MORCILLO y E. ROJO TORRECILLA, *Régimen sindical, participación y regulación legal del despido en el Derecho europeo*, EUNIBAR, SA (Barcelona, 1980), págs. 177 y ss.

<sup>2</sup> Se parte para efectuar esta clasificación de la monografía clásica sobre el tema en España, que es F. SUAREZ GONZALEZ, *La terminación del contrato de trabajo*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia (Madrid, 1967), págs. 21 ss.

a continuación— se refiere a la extinción del contrato de trabajo por su cumplimiento. Los otros dos —que se estudiarán en su momento—, a la extinción del contrato de trabajo, bien por imposibilidad o grave dificultad de cumplimiento (en el que encajan seis causas)<sup>3</sup>, bien por incumplimiento del mismo (en el que encajan dos causas)<sup>4</sup>.

Todas estas trece causas extintivas comparten un mismo común denominador de deberes jurídicamente exigibles al empresario, reconducibles a los tres siguientes: 1) «con ocasión de la extinción del contrato... deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación [al trabajador] de las cantidades adeudadas»<sup>5</sup>, que es el «finiquito» de que se hablará luego<sup>6</sup>; 2) deberá «entregar al trabajador el certificado de empresa»<sup>7</sup>, exigido para el reconocimiento —si procede— del derecho a la prestación por desempleo<sup>8</sup>; y 3) deberá dar a conocer a los representantes legales de los trabajadores (esto es, delegados de personal y comité de empresa) «los documentos relativos a la terminación de la relación laboral»<sup>9</sup>.

Dentro de estas trece causas extintivas, las que justifican la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento son cinco, y aparecen listadas en las cuatro primeras y, también, en la última, letras del citado artículo 49.1 del ET. En todas ellas, lo jurídicamente decisivo es la voluntad extintiva del trabajador, ya pasada o presente, ya unilateral o concorde con la voluntad extintiva del empresario, al margen siempre de incumplimientos o imposibilidades o dificultades de cumplimiento del contrato de trabajo por las partes. Expuestas siguiendo el orden que parece más lógico, no del todo coincidente con el meramente alfabético en que aparecen listadas en dicho precepto del ET, se trata del «mutuo acuerdo» [artículo 49.1.a)], del término resolutorio [artículo 49.1.c)], de las condiciones resolutorias [artículo 49.1.b)], y por último, de la «dimisión» [artículo 49.1.d)], una de cuya subespecies es la «decisión de la trabajadora... víctima de violencia de género» [artículo 49.1.m)].

Sobre la base, según el Derecho común, de que la primera y más elemental de las causas de extinción de las obligaciones es su «pago o cumplimiento» (artículo 1156 del

<sup>3</sup> Véase *infra*, Tema 24.

<sup>4</sup> Véase *infra*, Tema 25.

<sup>5</sup> Véase artículo 49.2, párrafo 1º, del ET. Según la LISOS (artículo 7.4), el incumplimiento de esta obligación constituye una infracción «grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 3005,06 euros.

<sup>6</sup> Véase *infra*, §2.

<sup>7</sup> Véase artículo 230.d) de la LGSS.

<sup>8</sup> Véase artículo 21.5 del Real Decreto 625/1985, de 2 abril, de protección por desempleo. También, véase *supra*, Tema 20, §5.

<sup>9</sup> Véase artículo 64.1.6º del ET. Según la LISOS (artículo 7.7), el incumplimiento de esta obligación constituye una infracción «grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 3005,06 euros.

Código Civil), las más tradicionales de estas causas ya aparecían reguladas en la LCT-1931<sup>10</sup> y en la LCT-1944<sup>11</sup>.

§2. Según el artículo 49.1.a) del ET, el contrato de trabajo se extingue «por mutuo acuerdo de las partes». En este caso, es obvio que el contrato se cumple —y por tanto, se extingue— por causa de la voluntad presente y concorde de trabajador y empresario. Su regulación legal resulta incluso una obviedad, puesto que lo que nace por acuerdo de las partes debe poder extinguirse por acuerdo de esas mismas partes. Y ello, cualquiera que haya sido la modalidad de contrato de trabajo que inicialmente se hubiese estipulado (esto es, contratos de trabajo con causa pura o con causa mixta o compleja, contratos de trabajo de duración determinada o de duración indefinida, o contratos de trabajo a jornada completa o a tiempo parcial)<sup>12</sup>.

Los Reales Decretos reguladores de algunas relaciones laborales especiales siguen insistiendo inútilmente sobre el tema, como el del servicio del hogar familiar<sup>13</sup>, el de los penados en instituciones penitenciarias<sup>14</sup> o el de los deportistas profesionales. En relación con estos últimos, se especifica incluso no sólo que el contrato se extingue «por mutuo acuerdo de las partes»<sup>15</sup>, sino también «por el total cumplimiento del contrato»<sup>16</sup>, cuando es evidente que este género comprende dicha especie.

Al igual que ocurre con el nacimiento del contrato de trabajo, para su extinción por «mutuo acuerdo» también rige el principio de libertad de forma, pudiendo producirse en consecuencia verbalmente o por escrito. Ahora bien, cuando este «mutuo acuerdo» extintivo del contrato se formaliza por escrito, se conoce entonces con el nombre de «recibo del finiquito»

<sup>10</sup> Excluida la dimisión, esta norma trataba del tema en sus artículos 88 («al expirar el tiempo convenido o al concluir la obra o servicio») y 89 (las causas «válidamente consignadas en el contrato») y el «mutuo acuerdo de las partes»).

<sup>11</sup> Su artículo 76 declaraba que eran causas de extinción del contrato de trabajo, entre otras, «las consignadas válidamente en el contrato», la «expiración del tiempo convenido o conclusión de la obra o servicio objeto del contrato», el «mutuo acuerdo de las partes» y la «voluntad del trabajador».

<sup>12</sup> Sobre estas diversas «modalidades», véase *supra*, Tema 13.

<sup>13</sup> Véase artículo 9.1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 agosto.

<sup>14</sup> Véase artículo 10.1.a) del Real Decreto 782/2001, de 6 julio.

<sup>15</sup> Véase artículo 13.a), inciso primero, del Real Decreto 1006/1985, de 26 junio. El inciso segundo de este mismo precepto afirma que «si la extinción por mutuo acuerdo tuviese por objeto la cesión definitiva del deportista a otro club o entidad deportiva, se estará a lo que las partes pacten sobre condiciones económicas de conclusión del contrato; en ausencia de pacto la indemnización para el deportista no podrá ser inferior al 15 por 100 bruto de la cantidad estipulada».

<sup>16</sup> Véase artículo 13.c). Por su parte, el Real Decreto 1435/1985, de 1 agosto, a propósito de los artistas en espectáculos públicos, afirma que «la extinción del contrato de duración determinada se producirá por el total cumplimiento del mismo, o por la expiración del tiempo convenido, o, en su caso, de la prórroga o prórrogas acordadas» (artículo 10.1).

(artículo 49.2, párrafo 2º, del ET) o, sin más, de «finiquito». Este último es simplemente un papel común, en el que el trabajador y el empresario manifiestan su voluntad concorde de dar por extinguido el contrato de trabajo que les ligaba, en el que reconocen no deberse recíprocamente nada —aunque lo más frecuente es que el empresario adeude al trabajador determinadas cantidades (como salarios regulares devengados y no cobrados, la parte proporcional de las pagas extraordinarias o la parte proporcional de las vacaciones no disfrutadas), respecto de las que se debe hacer figurar que serán recibidas en el acto o que se percibirán por el trabajador en el futuro—, y por último, en el que deben constar las «firmas» de ambas partes del contrato<sup>17</sup>.

El finiquito tiene pleno valor liberatorio para el empresario, si se cumplen los requisitos establecidos al efecto en el artículo 49.2 del ET, relativo a lo siguiente: 1) «el empresario, con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o, en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación [esto es, un borrador de finiquito] de las cantidades adeudadas» (párrafo 1º); y 2) «el trabajador podrá solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo del finiquito, haciéndose constar en el mismo el hecho de su firma en presencia de un representante legal de los trabajadores, o bien que el trabajador no ha hecho uso de esta posibilidad» (párrafo 2º, inciso primero)<sup>18</sup>.

Aparte la posibilidad general de impugnar un finiquito que contenga errores de cuenta, según una STSJ País Vasco de 15 noviembre 2003 (Ar. 4237), que resume la jurisprudencia laboral sobre el tema, cabe también impugnar un finiquito en los siguientes supuestos de hecho: cuando existan «vicios de consentimiento que eliminarían los efectos liberatorios antedichos», cuando se pruebe «haber firmado el documento sin leerlo o con ignorancia de su contenido», cuando «se firma el finiquito a causa de comunicación dolosa del empresario de extinción del contrato por no continuarse la actividad empresarial», cuando «se acredita la continuidad del negocio a través de un familiar, pese a la jubilación del empresario, habiéndose acreditado, que el empresario era realmente una comunidad de bienes»; también, cuando «las partes suscribieron el finiquito pensando, erróneamente, que el trabajador podía jubilarse, máxime si no fue avisado por el comité de empresa, tratándose de un requisito convencional obligatorio», o cuando «esté firmado por representante que se excede en sus poderes y que ni siquiera se identifica adecuadamente».

Obligar al trabajador a firmar «en blanco» un finiquito constituye un delito del empresario reprimido desde siempre por nuestros tribunales penales<sup>19</sup>, actualmente tipificado en el

<sup>17</sup> Este es el que se conoce con el nombre de «finiquito-extinción», finiquito en sentido propio o finiquito sin más, aunque también cabe la existencia del denominado «finiquito-liquidación», por virtud del cual el empresario salda deudas que tenga pendientes con el trabajador durante el transcurso de la relación laboral. Sobre el tema, por todas, véase una STSJ Navarra de 17 octubre 1997 (Ar. 3622). Sobre estas distinciones, véase M.A. GARCIA RUBIO, *El recibo de finiquito y sus garantías legales*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1995), págs. 13 y ss.

<sup>18</sup> «Si el empresario impidiese la presencia del representante en el momento de la firma, el trabajador podrá hacerlo constar en el propio recibo, a los efectos oportunos» (inciso segundo).

<sup>19</sup> Entre otras, véanse SsTS (Sala 2ª) de 30 abril 1980 (Ar. 1510), 15 marzo 1990 (Ar. 2489) y 17 julio 1992 (Ar. 6711).

artículo 311.1 del Código Penal<sup>20</sup>. Con independencia de la comisión de dicho delito, este tipo de finiquito carece radicalmente de toda «eficacia y virtualidad»<sup>21</sup>. El trabajador suele firmarlo, especialmente si se le pide que lo firme al inicio de la relación laboral, por causa de «muchas circunstancias que contribuyen a crear... una cierta sensación de confusión», entre las que «destaca principalmente la inmediatez —a veces, sorpresa— con que suele presentarse el finiquito para su firma» y, también, la posición «de superioridad jerárquica que el empresario ocupa en la relación laboral»<sup>22</sup>.

La regulación sustantiva laboral de esta causa extintiva se completa con lo que respecto de ella establece la legislación de Seguridad Social. De acuerdo con esta última, el trabajador que extingue su contrato de «mutuo acuerdo» con el empresario carece del derecho a cobrar prestaciones por desempleo, aun cuando hubiese cotizado por esta concreta contingencia. Y ello, por causa de que la LGSS afirma que «no se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores», entre otros varios supuestos, «cuando cesen voluntariamente en el trabajo» (artículo 208.2.1), como claramente ocurre en este concreto tipo de supuestos extintivos mutuamente acordados.

De ahí la tradicional y posible connivencia entre empresario y trabajador, frecuentemente formalizada en conciliación —en la que se simulaba un despido—, para que este último pudiese cobrar prestaciones por desempleo, a pesar de haberse producido la extinción del contrato de trabajo por «mutuo acuerdo»<sup>23</sup>. Nada impide que el fraude en cuestión se formalice ahora en el momento mismo de firma del propio finiquito, visto que desde 2002 el trabajador despedido se encuentra automáticamente, en principio, en situación legal de desempleo.

**§3.** Según el artículo 49.1.c) del ET, el contrato de trabajo se extingue «por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato». Con esta expresión, pretende aludirse al término resolutorio acordado por ambas partes cuando celebraron el contrato. Por tanto, se trata de una causa extintiva sólo predicable de los contratos de trabajo precarios, ya se trate de contratos precarios con término resolutorio incierto (únicos en los que tiene sentido hablar de «realización

<sup>20</sup> Según el cual, «serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: ... los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual». Aplicando este precepto, véanse Sentencias de las Audiencias Provinciales de Ourense de 11 enero 2002 (Jur. 71143) y de Cantabria de 14 junio 2002 (Jur. 216010).

<sup>21</sup> Por todas, véase una STSJ Madrid de 10 febrero 2003 (Jur. 186460), entre otras muchísimas.

<sup>22</sup> Por todas, véase una STSJ Andalucía (Málaga) de 3 julio 2000 (Ar. 3503), entre otras muchísimas.

<sup>23</sup> Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «Sobre la calificación jurídica del cese por baja voluntaria del trabajador, en supuestos en que precede una amenaza de despido de la empresa», *Aranzadi Social*, núm. 1 (1999), págs. 33 y ss.

de obra o servicio objeto del contrato»), ya se trate de contratos precarios con término resolutorio cierto (como, por ejemplo, el contrato eventual o los contratos formativos, en los que su extinción se produce «por expiración del tiempo convenido»).

Lógicamente, este artículo 49.1.c) guarda una conexión íntima con los artículos 11 y 15 del propio ET, relativos a los contratos formativos y a los contratos de trabajo de duración determinada, respectivamente; y también, con sus respectivos reglamentos de desarrollo, contenidos en los Reales Decretos 488/1998, de 27 marzo, y 2720/1998, de 18 diciembre<sup>24</sup>.

Con independencia de que el término resolutorio pactado sea cierto o incierto, su transcurso no provoca automáticamente la extinción del contrato, sino que es preciso que una de las partes —normalmente, suele ser el empresario— le comunique a la otra la extinción por cumplimiento del término que en su día pactaron, a través de un aviso que el propio artículo 49.1.c) del ET denomina «denuncia». De acuerdo con este precepto, la denuncia combinada con el hecho de que el trabajador continúe o no prestando servicios tiene un carácter trascendental, pues «si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación» (párrafo 3º). Siempre según el propio artículo 49.1.c) del ET, esta prueba en contrario cabe en el caso de que el término resolutorio inicialmente pactado y ya transcurrido fuese de duración inferior a la máxima legalmente permitida, pues «los contratos... que tengan establecido plazo máximo de duración..., concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios» (párrafo 2º).

Según el propio artículo 49.1.c) del ET, «si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días» (párrafo 4º)<sup>25</sup>.

Según los reglamentos de desarrollo de los artículos 11 y 15 del ET, «el incumplimiento por el empresario del plazo señalado [para la denuncia]... dará lugar a una indemnización equivalente al salario correspondiente a los días en que dicho plazo se haya incumplido»<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Sobre estas fuentes, véase *supra*, Tema 13, §3 y §4.

<sup>25</sup> En algunos Reales Decretos reguladores de relaciones laborales especiales, se contemplan plazos específicos de preaviso. Así, respecto de la del servicio del hogar familiar, el de siete días (artículo 4.2 del Real Decreto 1424/1985), y respecto de la de los artistas en espectáculos públicos, los de diez o quince días (artículo 10.3 del Real Decreto 1435/1985).

<sup>26</sup> Véase artículo 21, párrafo 2º, del Real Decreto 488/1998, y artículo 8.3, párrafo 2º, del Real Decreto 2720/1998.

Según la jurisprudencia laboral, la denuncia se debe «entender válida, tanto se produzca de manera verbal o escrita, siempre que se manifieste de manera expresa, clara y precisa»<sup>27</sup>.

Por supuesto, si el empresario denuncia la llegada del término e impide —en congruencia con dicha denuncia— que el trabajador continúe realizando su prestación laboral, entonces el contrato de trabajo se extingue. En este caso, siempre según el artículo 49.1.c) del ET, «a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización económica de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación» (párrafo 1º), esto es, en el convenio colectivo sectorial o de empresa —que siempre puede mejorar la cuantía de dicha indemnización mínima— que resulte aplicable<sup>28</sup>. Además, según la legislación de Seguridad Social, el trabajador cesante tendría derecho en este caso a cobrar prestaciones por desempleo, pues la LGSS considera expresamente que existe situación legal de desempleo «por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador» [artículo 208.1.1.f)].

El que el trabajador cobre la indemnización mínima citada no es contradictorio con el hecho de que, jurídicamente hablando, deba seguir considerándose que el contrato de trabajo se ha extinguido por cumplimiento. En efecto, no se trata de ninguna indemnización de daños y perjuicios, sino más bien de un pago mínimamente compensatorio de la precariedad, y consiguiente situación de desventaja social, en que el empresario ha tenido al trabajador mientras duró el contrato. Con este mismo carácter, en los países de nuestro entorno más próximo se prevé una compensación similar, también de carácter automático, hablándose incluso en Francia de indemnización «destinada a compensar la precariedad de su situación»<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Por todas, véase una STS de 21 septiembre 1988 (Ar. 7084).

<sup>28</sup> Véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, «Novedades de la Ley 12/2001, de 9 de julio, en materia de negociación colectiva», *Actualidad Laboral*, número 2 (2002), págs. 34 y 35. Algunos Reales Decretos reguladores de relaciones laborales especiales contemplan indemnizaciones por cumplimiento del término resolutorio, también especiales, como en el caso del personal al servicio del hogar familiar (siete días de salarios por año trabajado, con el límite de seis mensualidades, según el artículo 9.3 del Real Decreto 1424/1985) o en el de los artistas en espectáculos públicos (mínima de siete días de salario por año trabajado, si el contrato hubiese durado más de un año, según el artículo 10.2 del Real Decreto 1435/1985).

<sup>29</sup> Véase artículo L. 122-3-4 del Código del Trabajo francés, según el cual se trata de una indemnización de como mínimo «el 10 por 100 de la remuneración total bruta debida al asalariado». Los artículos 377 y 378 del Código del Trabajo portugués de 2003 prevén, también en estos casos, la indemnización automática de «tres o dos días de retribución base y antigüedad por cada mes completo de duración del vínculo, siempre que el contrato haya durado un período que, respectivamente, no exceda o sea superior a seis meses» (cfr. J. MARTINEZ GIRON, «Estudio comparado del proyecto portugués de Código del Trabajo de 2002 y de la legislación laboral española vigente, en materia de restricciones a la celebración de contratos a término», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, vol. 7 [2003], pág. 519).

Paradójicamente, a pesar de la relativa uniformidad de las legislaciones nacionales europeas sobre este punto, la Directiva 99/70/CE, de 28 junio 1999, del Consejo, relativa al Acuerdo Marco CES-UNICE-CEEP sobre el trabajo de duración determinada, de 18 marzo 1999, silencia toda referencia a la indemnización en cuestión.

**§4.** Según el artículo 49.1.b) del ET, el contrato de trabajo también se extingue «por las causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario». A pesar de su aparentemente cabalística redacción, se trata de un precepto que pretende aludir, en realidad, a las *condiciones resolutorias* del contrato de trabajo, que en el momento de su celebración hubiesen podido acordar válidamente el trabajador y el empresario. Por tanto, al igual que ocurría con el término resolutorio, se trata de un supuesto de extinción por cumplimiento del contrato de trabajo, basado en la voluntad extintiva pretérita y concorde de ambas partes.

El precepto, con su misma cabalística redacción, aparece reproducido en los Reales Decretos reguladores de las relaciones laborales especiales del personal al servicio del hogar familiar<sup>30</sup> y de los deportistas profesionales<sup>31</sup>.

Sobre la base —como afirma el Código Civil— de que la condición es «un suceso futuro o incierto, o... un suceso pasado, que los interesados ignoren» (artículo 1113, párrafo 1º), la condición resolutoria del contrato de trabajo es una figura que cuenta con una *regulación* muy deficiente en nuestra legislación. En efecto, su existencia aparece completamente silenciada en la legislación de Seguridad Social, pues no la menciona el artículo 208 de la LGSS ni para afirmar ni para excluir que el trabajador cesante en este concreto supuesto tenga la condición legal de «desempleado» y, por tanto, el derecho a cobrar prestaciones por desempleo. Reiterada jurisprudencia laboral viene declarando, sin embargo, que se trata «de un olvido del legislador» de Seguridad Social, pues «el supuesto de la extinción por cumplimiento de condición resolutoria... presenta total analogía con el caso del término..., por lo que han de asimilarse a efectos de protección por desempleo, entendiendo como situación legal de desempleo también la que se produce como consecuencia del cumplimiento de condiciones resolutorias»<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Véase artículo 9.2 del Real Decreto 1424/1985.

<sup>31</sup> Véase artículo 13.g) del Real Decreto 1006/1985.

<sup>32</sup> En este sentido, STSJ Canarias (Las Palmas) de 30 abril 2002 (Ar. 4000). La justificación histórica del porqué de esta laguna legal, en STSJ Murcia de 10 marzo 1999 (Ar. 1350).



Confirma esta analogía el hecho de que la jurisprudencia laboral igualmente exija la «denuncia» para que opere la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de condiciones resolutorias pactadas, afirmándose al respecto que en este caso la extinción requiere «que exista denuncia al producirse la condición, pues en otro caso, el contrato condicional celebrado, se desnaturalizaría, convirtiéndose automáticamente en otro por tiempo indefinido»<sup>33</sup>.

Sobreponiéndose a esta defectuosa regulación legal, la jurisprudencia laboral viene considerando radicalmente nulas —por abusivas— aquellas condiciones resolutorias del contrato cuyo cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad del empresario, pues «una cláusula condicional potestativa que remite a la mera voluntad unilateral del empresario, sin expresión de causa, la decisión de dar por terminada la relación de trabajo no puede considerarse entre las “consignadas válidamente en el contrato”..., ni siquiera con la contrapartida de una apreciable compensación económica»<sup>34</sup>. En cambio, considera lícitas aquellas otras —también potestativas— cuyo cumplimiento depende principal o exclusivamente de la voluntad del propio trabajador, como subordinar la subsistencia del contrato al hecho de *que el trabajador obtenga un cierto rendimiento mínimo no abusivo*<sup>35</sup>, o subordinar la subsistencia del contrato a la «renovación del... carnet profesional, indispensable para poder trabajar» —en este caso, «el cese dado... fue plenamente correcto y... no existió por parte de la empresa abuso de derecho... en acordar el cese del [trabajador]... en puesto para el que le era indispensable una autorización de la que carecía, con consecuencias para la empresa si sin tal autorización seguía dando trabajo [al trabajador]»<sup>36</sup>—, o subordinar la subsistencia del contrato —sobre la base de que el trabajador del caso era un trabajador «en formación»— al deber de «realizar unas pruebas que acrediten el resultado de la formación, pruebas que... no superó»<sup>37</sup>, etc.

La STC 360/1993, de 3 diciembre, declaró inconstitucional ciertas disposiciones reglamentarias del Gobierno Vasco y de su Consejería de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social —por invadir las competencias exclusivas del Estado, en materia de promulgación de la legislación laboral—, en las que, pretendiéndose concretar el tenor del precepto del ET sobre las «causas válidamente pactadas», se afirmaba que «en atención a que la reinserción y rehabilitación son las causas fundamentales de la promoción de estos contratos, en los mismos se consignarán como causas de extinción del contrato..., las siguientes: a) Que el trabajador

<sup>33</sup> Véanse SsTSJ Cataluña de 14 febrero 1992 (Ar. 828) y 13 septiembre 1993 (Ar. 3823).

<sup>34</sup> En este sentido, véase STS de 25 octubre 1989 (Ar. 7437).

<sup>35</sup> Véase *supra*, Tema 14, §6.

<sup>36</sup> En este sentido, véase STS de 3 noviembre 1989 (Ar. 7996), a propósito de un «locutor vendedor» de Bingo.

<sup>37</sup> En este sentido, véase STSJ Cataluña de 27 mayo 2002 (Jur. 191306).

contratado se aparte de las instrucciones del Centro de Salud en lo relativo al seguimiento y control de recuperación. b) Que el trabajador contratado consuma drogas en el período de vigencia del contrato».

§5. Según el artículo 49.1.d) del ET, el contrato de trabajo se extingue «por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar»<sup>38</sup>. Se trata de la extinción del contrato de trabajo por la libre voluntad del trabajador y contra la propia voluntad del empresario, puesto que si el empresario también consintiese la extinción, el supuesto de hecho resultaría indistinguible de la extinción del contrato de trabajo por «mutuo acuerdo» de las partes, a que alude el ya examinado artículo 49.1.a) del ET. La dimisión es, además, la manifestación más importante del denominado principio de «libertad de trabajo», pues el trabajador —precisamente porque no es ningún esclavo del empresario— puede, en principio, irse de la empresa cuando quiera y sin necesidad de tener que alegar para ello ninguna justa causa.

Evidentemente, si el empresario quiere «atar» al trabajador a su empresa, lo que tiene que hacer es convenir con él, al amparo del artículo 21.4 del ET, el denominado «pacto de permanencia en la empresa». Según este precepto, «cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo» (inciso primero), teniendo en cuenta que «el acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito» (inciso segundo), y además, que «si el trabajador *abandona el trabajo* [esto es, dimite] antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios» (inciso tercero)<sup>39</sup>.

La dimisión del trabajador puede ser expresa o tácita. La expresa se produce cuando el trabajador anticipa al empresario su voluntad de marcharse, cosa que debe hacer —como afirma el artículo 49.1.d) del ET— mediando «el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar», con la finalidad de que el empresario tenga tiempo suficiente de buscar un reemplazo<sup>40</sup>. La tácita —también denominada

<sup>38</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «La dimisión del trabajador», *Actualidad Laboral*, núm. 20 (1990), págs. 227 y ss.

<sup>39</sup> La LCT-1944 no regulaba este tema, pero la validez del citado «pacto de permanencia» fue sancionada durante su vigencia por sendas SsTS de 3 febrero y 11 marzo 1975 (Ar. 425 y 1273), relativas a pilotos de líneas aéreas dimisionarios, en claro perjuicio de su empresa. Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 6 (2002), pág. 445.

<sup>40</sup> Lo confirma una STSJ Cantabria de 20 noviembre 2002 (Ar. 966 de 2003), según la cual el preaviso «responde a la finalidad de que la empresa tenga conocimiento con antelación razonable de la decisión extintiva del trabajador, a fin de proveer a la cobertura de la vacante».

«abandono» del trabajo<sup>41</sup>—, en cambio, se produce cuando el trabajador deja la empresa (y por tanto, extingue unilateralmente su contrato de trabajo) sin comunicarle su voluntad extintiva al empresario.

Según la jurisprudencia laboral, son hechos concluyentes reveladores por sí mismos del propósito de dimitir —unidos a la inasistencia del trabajador a su trabajo—, entre otros<sup>42</sup>, el de que el trabajador inasistente «concierta su prestación laboral de servicios para otra empresa» o, también, el de que «entregó las llaves de su despacho, no volviendo a desempeñar actividad laboral alguna»<sup>43</sup>. A falta de tales hechos concluyentes, revela igualmente una voluntad de dimisión «tácita» el que la inasistencia al trabajo resulte intolerablemente prolongada, por haber dejado transcurrir el trabajador un plazo jurídicamente significativo, que puede ser: 1) ante todo, el establecido por disposiciones de carácter general para reincorporarse al trabajo después de periodos de suspensión del contrato, como el que establece, por ejemplo, el artículo 48.3 del ET sobre reincorporación del trabajador «en el plazo máximo de treinta días naturales, a partir de la cesación en el servicio, cargo o función»; 2) en defecto de tales plazos específicos, el establecido por los convenios colectivos, al efecto de justificar el despido disciplinario por faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo; y 3) sin necesidad de esperar a que transcurra este último tipo de plazos, también el plazo que eventual y unilateralmente pueda imponer el empresario al trabajador, requiriéndole (por ejemplo, mediante correo certificado con acuse de recibo) para que vuelva al trabajo<sup>44</sup>.

De acuerdo con SsTSud de 1 julio 1996 (Ar. 5628), 3 julio 2001 (Ar. 7797) y 15 noviembre 2002 (Ar. 507 de 2003), también ocurre la dimisión «tácita» del trabajador cuando éste —antes siempre de presentar la papeleta de conciliación preprocesal por despido— recibe una oferta integral de readmisión con pago de salarios de tramitación por parte de su empresario, y la rechaza empecinándose en pleitar por despido.

A efectos de preaviso, la jurisprudencia tiende a considerar como «costumbre sectorial» los plazos establecidos en las hoy caducadas reglamentaciones nacionales de trabajo y ordenanzas laborales<sup>45</sup>. Por su parte, algunos Reales Decretos reguladores de relaciones laborales especiales imponen plazos de preaviso para dimitir, también especiales, como el de tres meses de los altos directivos<sup>46</sup>, el de siete días del personal al servicio del hogar familiar<sup>47</sup> o el de tres meses de los representantes de comercio<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> Sobre los orígenes de esta peculiar terminología en las reglamentaciones nacionales de trabajo de los años 40 del siglo pasado, véase A. MONTOYA MELGAR, *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, IGO (Sevilla, 1967), pág. 47.

<sup>42</sup> No lo es, en cambio, el incumplimiento por el trabajador del plazo de entrega a la empresa de los partes de baja (tres días) a que se refieren los artículos 2.2 y 6.2 de la Orden Ministerial de 19 junio 1997, sobre determinados aspectos de la gestión y del control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal. Véanse, en este sentido, SsTSJ Madrid de 23 junio 2000 (Ar. 3258) y Cataluña de 12 julio 2000 (Ar. 4024).

<sup>43</sup> Sobre estos casos y otros, véase J. MARTINEZ GIRON, «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo», cit., pág. 440.

<sup>44</sup> *Ibidem*, págs. 440 y 441.

<sup>45</sup> En este sentido, véase STSJ Comunidad Valenciana de 28 noviembre 2000 (Ar. 1012 de 2001).

<sup>46</sup> Véase artículo 10.1 del Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto.

<sup>47</sup> Véase artículo 9.4 del Real Decreto 1424/1985.

<sup>48</sup> Véase artículo 10.2 del Real Decreto 1428/1985, 1 agosto.

Evidentemente, si el trabajador preavisa a su empresario, este último nada puede exigirle en concepto de daños y perjuicios causados por la dimisión<sup>49</sup>, de donde que la dimisión —a pesar de su unilateralidad— sea un claro supuesto de extinción por cumplimiento del contrato de trabajo. En cambio, si el trabajador no preavisa y se marcha, cabría que el empresario le descontase de su liquidación pendiente —a materializarse en el finiquito, a que el trabajador tiene derecho siempre que se produce la extinción de su contrato— los salarios correspondientes a los días del preaviso omitido<sup>50</sup>. En fin, sea la dimisión expresa o tácita, salvo en el caso de la trabajadora dimisionaria víctima de violencia de género, el trabajador dimisionario nunca tendría derecho a cobrar prestaciones por desempleo tras la extinción, pues —al igual que ocurría en el caso del «mutuo acuerdo» extintivo— la dimisión también encaja en la exclusión de la LGSS, relativa a que «no se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores», entre otros varios supuestos, «cuando cesen voluntariamente en el trabajo» (artículo 208.2.1).

Téngase en cuenta, respecto de la trabajadora víctima de violencia de género, que la LGSS considera —desde 29 enero 2005— situación legal la extinción del contrato de trabajo «por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3, 49.1.m) y 50 del Estatuto de los Trabajadores»<sup>51</sup>.

Según reiteradísima jurisprudencia laboral, en la dimisión no cabe retractación ninguna por parte del trabajador, de manera que «una vez comunicada al empresario produce unos efectos jurídicos extintivos de la vinculación entre las partes, sin que sea posible rectificar o dejarla sin efecto una vez expresada»<sup>52</sup>, siendo «irrevocable sin el consentimiento del empresario»<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Téngase en cuenta la excepción prevista por el artículo 16.1 del Real Decreto 1006/1985, a propósito de los deportistas profesionales.

<sup>50</sup> Confirmando que en este caso se trata de salarios «brutos», véase STSJ Comunidad Valenciana de 28 noviembre 2000 (Ar. 1012).

<sup>51</sup> Artículo 208.1.1).e).

<sup>52</sup> Por todas, véase STSJ Cataluña de 14 septiembre 1999 (Ar. 3046).

<sup>53</sup> Por todas, véase STSJ Comunidad Valenciana de 25 noviembre 1999 (Ar. 714 de 2000). En este último caso, se afirma lo siguiente: «sin que obste a ello el que no hubiera transcurrido la totalidad del período de preaviso [dado por el trabajador] por voluntad del propio trabajador».

**TEMA 24**

**LA EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR  
IMPOSIBILIDAD O GRAVE DIFICULTAD DE CUMPLIMIENTO**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. La muerte o incapacidad permanente del trabajador. §3. La jubilación del trabajador. §4. El despido objetivo. §5. La muerte, jubilación o incapacidad del empresario persona física, y la extinción del empresario persona jurídica. §6. La fuerza mayor definitiva. §7. El despido colectivo.

§1. Un segundo gran grupo de causas de extinción del contrato de trabajo, también recogidas en el artículo 49.1 del ET —y listadas en sus letras e), f), g), h), i) y l)—, se refiere a hechos ocurridos durante la vigencia del contrato de trabajo, que provocan su extinción por imposibilidad o grave dificultad de cumplimiento, bien de la obligación de trabajar, bien de la obligación de retribuir el trabajo, bien de una y otra obligaciones esenciales de ambas partes. Todas estas causas presentan el común denominador de que en ellas la extinción del contrato de trabajo se produce siempre por motivos independientes de la voluntad del trabajador, lo que explica que si la imposibilidad o dificultad grave de cumplimiento fuesen principalmente predicables del empresario —como ocurre en los casos contemplados por las letras g), h), i) y l) del precepto en cuestión—, no quede más remedio que indemnizar de algún modo al trabajador por la extinción sobrevenida, a su pesar, del contrato de trabajo<sup>1</sup>. En fin, dentro de este grupo de seis causas extintivas, hay tres —recogidas en las letras e), f) y l) del citado artículo 49.1— que tienen carácter individual o plural, pues se proyectan sobre un único contrato de trabajo o sobre lo que el ET entiende que es sólo una mera pluralidad de ellos, mientras que las tres restantes —recogidas en las

---

<sup>1</sup> De ahí, además, que en estos cuatro casos —precisamente por causa de la comentada involuntariedad de la extinción contractual— el trabajador se encuentre en «situación legal de desempleo» (cfr. artículo 208.1.1 de la LGSS).

letras g), h) e i)— tienen carácter colectivo, puesto que afectan a auténticos colectivos de trabajadores o, incluso, simultáneamente a todos los trabajadores de la empresa.

La regulación de este tema en nuestra legislación laboral se inicia con la Ley republicana de Jurados Mixtos de 27 noviembre 1931, según la cual «el despido de un obrero podrá estar justificado por causas imputables al mismo o por *motivos independientes de su voluntad*», teniendo en cuenta que «el primer caso no dará derecho a indemnización ninguna», mientras que «en el segundo (crisis de trabajo, cesación de la industria o profesión, naturaleza eventual o limitada del trabajo de que se trate, etc.), el obrero podrá exigir los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal» (artículo 46).

§2. Según el artículo 49.1.e) del ET, el contrato de trabajo se extingue «por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador»<sup>2</sup>. Se trata de supuestos de imposibilidad física de cumplimiento por parte del trabajador, a consecuencia de accidente o enfermedad, que provocan la extinción del contrato: 1) automáticamente, en el caso de su «muerte», al no poder subrogarse nadie en la posición jurídica del trabajador, dado el carácter personalísimo —y por ello mismo, rigurosamente intransmisible— que tiene la obligación de trabajar; y 2) si así lo decidiese el empresario, en los tres supuestos de «incapacidad permanente» que menciona el precepto en cuestión, en los que el trabajador —según especifica la legislación de Seguridad Social— no puede realizar, bien las tareas fundamentales de su profesión habitual (si su incapacidad permanente fuese «total»), bien las tareas fundamentales de su profesión habitual o de cualquier otra distinta (si su incapacidad permanente fuese «absoluta», la cual se eleva al grado de «gran invalidez»), si el incapaz llegase a necesitar incluso el auxilio de un tercero para poder realizar los actos más esenciales de la vida).

La extinción automática del contrato de trabajo por muerte del trabajador explica, si se tratase de un trabajador improcedentemente despedido, que los tribunales laborales no puedan condenar al empresario a optar entre «readmitir o... indemnizar [por no readmisión]... cuando se ha acreditado que el contrato había quedado ya automáticamente extinguido por el fallecimiento del trabajador»<sup>3</sup>. Ahora bien, en dicho tipo de supuestos —frente a la jurisprudencia laboral tradicional, relativa a que «en este caso la condena ha de limitarse al abono de los salarios dejados de percibir hasta la fecha del fallecimiento»<sup>4</sup>—, una STSud (Sala General) de 13 mayo 2003 (Ar. 5407 de 2004) confirma el derecho de los herederos del trabajador fallecido e improcedentemente despedido, también al cobro de la indemnización por despido

<sup>2</sup> Véase A.V. SEMPÉRÉ NAVARRO y J. LUJAN ALCARAZ, «La extinción del contrato de trabajo por invalidez permanente del trabajador y su discutible indemnización», *Relaciones Laborales*, 1994-I, págs. 375 ss.

<sup>3</sup> Cfr. STSud de 4 febrero 1991 (Ar. 793).

<sup>4</sup> *Ibidem*.

improcedente, «en aras de la protección del acreedor pues lo contrario supondría dejar a éste indefenso, en un medio como el laboral orientado a la tuición del trabajador».

En cambio, la incapacidad permanente «no opera automáticamente..., por cuanto que las partes pueden acordar un cambio en el contrato, variando el tipo de servicios a prestar por el trabajador inválido, de tal forma que haya de desempeñar labores para las que sí conserva aptitud psicofísica, e incluso puede suceder que el empresario esté obligado a esa modificación contractual en virtud de... pacto colectivo», debiendo tenerse en cuenta asimismo que «la referida causa de extinción contractual únicamente se da cuando la situación de incapacidad permanente total [o absoluta o gran invalidez] está consolidada, bien porque no se ha impugnado la resolución dictada por el INSS, bien porque [la impugnación] se ha resuelto ya mediante sentencia firme»<sup>5</sup>.

**§3.** Según el artículo 49.1.f) del ET, el contrato de trabajo se extingue «por jubilación del trabajador». Desde la promulgación del ET-1980, los convenios colectivos solían prever la jubilación de los trabajadores cuando cumplieran 65 años de edad y reunían, al mismo tiempo, el período de cotización mínimo de 15 años que actualmente les permite acceder a cobrar la correspondiente pensión de jubilación de la Seguridad Social, creando así estos convenios colectivos la imposibilidad jurídica de cumplimiento del contrato por parte del trabajador incurso en dicha situación; imposibilidad que el empresario podía esgrimir para decretar lícitamente la extinción del correspondiente contrato de trabajo. Tras un breve paréntesis —claro entre marzo de 2004 y junio de 2005— durante el cual este tipo de cláusulas de los convenios colectivos fue declarado nulo por el Tribunal Supremo, hoy la disposición adicional 10<sup>a</sup> del ET —en la redacción que le dio la Ley 14/2005, de 1 julio<sup>6</sup>— ha vuelto a permitir las, afirmando que «en los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social» —esto es, como regla general, por alcanzar la edad de 65 años<sup>7</sup>—, siempre y cuando se

<sup>5</sup> Cfr., por todas, STSJ País Vasco de 21 noviembre 2000 (Ar. 2001 de 2001). El artículo 48.2 del ET —al que remite el citado artículo 49.1.e)— confirma la tesis de la suspensión del contrato de trabajo en tanto no haya resolución firme del INSS, también en el caso de que «la situación de incapacidad [permanente total, absoluta o gran invalidez] vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo», pues en él «subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente». Véase *supra*, Tema 22, §4.

<sup>6</sup> Que entró en vigor, de acuerdo con su disposición final única, el día 3 julio del propio año. Un análisis pormenorizado de la reforma, en J. CABEZA PEREIRO, «Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005, de 1 julio», *Actualidad Laboral*, núm. 8 (2006), págs. 890 ss.

<sup>7</sup> Acerca de las diversas edades «ordinarias» de jubilación, véase J. MARTINEZ GIRON, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VAZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 1<sup>a</sup> ed., Netbiblo (A Coruña, 2005), pág. 113.

satisfagan estas dos exigencias: 1) dicha cláusula convencional de jubilación forzosa «deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo»<sup>8</sup>; y 2) «el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá... cumplir los... requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión [personal mínima] de jubilación en su modalidad contributiva»<sup>9</sup>.

Esta última exigencia la recalca la propia disposición adicional 10ª del ET, al referirse a que el trabajador afectado «deberá tener cubierto el período mínimo de cotización [esto es, el de quince años que le da derecho a una pensión de jubilación contributiva mínima del 50 por ciento de su base reguladora] o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo»<sup>10</sup>.

La nulidad de este tipo de cláusulas de los convenios colectivos —tras la derogación de la disposición adicional 10ª del ET por el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo<sup>11</sup>— fue sancionada por dos SsTSud (Sala General) de 9 marzo 2004 (Ar. 841 y 873), según las cuales —dado que había dejado de existir norma legal habilitante— las cláusulas en cuestión violaban el «derecho subjetivo al trabajo» (que tiene «la naturaleza de “mínimo de derecho necesario absoluto”»), debiendo concluirse que la extinción del contrato decretada por el empresario al amparo de dicho tipo de cláusulas convencionales constituía un despido nulo vulnerador de la prohibición de discriminación por razón de edad contenida en los artículos 4.2.c) y 17.1 del ET.

Sobre la base de que la «prejubilación» es el «cese prematuro y definitivo en la vida laboral de trabajador de edad avanzada [por ejemplo, 55 años] antes del cumplimiento de la edad normal de jubilación, mediante las correspondientes contrapartidas económicas a cargo de la empresa»<sup>12</sup>, resulta evidente que la citada Ley 14/2005 ha impactado sobre la misma. En efecto, esta figura de dicha jurisprudencia laboral unificada sobre la jubilación. En efecto,

<sup>8</sup> Apartado a), en el que se ejemplifican «la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo».

<sup>9</sup> Apartado b).

<sup>10</sup> *Ibidem*. Con ajustadas críticas a la justicia de la nueva regulación de este tema, desde la perspectiva del Derecho comparado, véanse A. ARUFE VARELA, «La protección de los intereses del trabajador individual frente a su jubilación forzosa pactada en convenio colectivo. Un apunte de derecho comparado sobre la regulación del tema en las legislaciones laborales y de seguridad social de España y de Francia», *Actualidad Laboral*, núm. 9 (2006), págs. 1027 ss.; y X.M. CARRIL VAZQUEZ, «La jubilación impuesta por convenio colectivo del emigrante retornado con cotizaciones en el extranjero. Criterio jurisprudencial francés», *Actualidad Laboral*, núm. 8 (2006), págs. 919 ss.

<sup>11</sup> Sobre el tema, existía una muy viva discusión doctrinal (véase L. MELLA MENDEZ, *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Lex Nova [Valladolid, 2002], págs. 59 ss.), habiéndome posicionado yo mismo a favor de la constitucionalidad de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa del trabajador (véase J. MARTINEZ GIRON, «La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores», *Actualidad Laboral*, suplemento al núm. 8 [2002], págs. 143 ss.). Acertando en el pronóstico de inconstitucionalidad, véase J.L. TORTUERO PLAZA, *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Civitas (Madrid, 2002), págs. 47 ss.

<sup>12</sup> Por todas, STSud de 14 diciembre 2001 (Ar. 2980 de 2002). Acerca de la distinción entre «anticipación de la edad ordinaria de jubilación», «reducción de la edad de jubilación» y «jubilación anticipada», de un lado, y «prejubilación», de otro, véase L. LOPEZ CUMBRE, *La prejubilación*, Civitas (Madrid, 1998), págs. 67 ss.



dejan de ser aparentemente inconstitucionales las «prejubilaciones» forzosas<sup>13</sup>, como las pactadas en convenio colectivo e instrumentalizadas luego mediante la tramitación de un expediente de regulación de empleo (con la finalidad evidente de que los forzosamente prejubilados pudiesen pasar a percibir prestaciones por desempleo)<sup>14</sup>. Por supuesto, nunca pudo constitucionalmente objetarse nada a las «prejubilaciones» voluntarias —también frecuentemente reguladas en convenio colectivo, en donde se prevén los correspondientes incentivos de la baja en la empresa—, respecto de las que reiterada jurisprudencia laboral unificada viene sosteniendo que quedan enmarcadas en «el artículo 49.1.a) del ET», sobre extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes<sup>15</sup>.

§4. Según el artículo 49.1.) del ET, el contrato de trabajo se extingue «por causas objetivas legalmente procedentes»<sup>16</sup>. Se trata de un tema —llamado por comodidad, incluso en el ET, «despido objetivo»<sup>17</sup>— regulado luego con relativa extensión por los artículos 52 y 53 del propio ET, preceptos éstos a los que hay que añadir la regulación procesal del tema contenida en la LPL<sup>18</sup>. En todo este conjunto de normas se especifican las causas, forma y efectos de tan peculiar y extraordinariamente frecuente tipo de despido.

La figura en cuestión fue introducida en nuestra legislación laboral por el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, sobre relaciones de trabajo, con la larguísima denominación «despido por circunstancias objetivas derivadas de la capacidad del trabajador o necesidades de funcionamiento de la empresa» (artículos 39 a 44)<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Afirmando que la «prejubilación» es «una situación a la que se accede de forma absolutamente voluntaria u obligatoria, con todos los matices intermedios que quieran establecerse», véase J. CABEZA PEREIRO, «Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), pág. 209.

<sup>14</sup> Con ejemplos al respecto, véase J. MARTINEZ GIRON, A ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VAZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 1ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2004), pág. 322, nota 10.

<sup>15</sup> Por todas, STSud de 25 noviembre 2002 (Ar. 1923 de 2003), afirmando que el «sistema de prejubilación previsto en el Convenio Colectivo... no representa un despido colectivo “ex” artículo 51 del ET, al no tratarse de una extinción de contratos de trabajo que imponga la empresa con carácter obligatorio». En esta misma sentencia se afirma, además, que «si no hubiera optado [el trabajador] por el sistema de prejubilación las opciones de movilidad geográfica y funcional eran posibles pero no ciertas, dado que no dio lugar a que se produjeran, pero aun en caso de haberse producido estas posibilidades de movilidad geográfica o funcional, el actor hubiera tenido las acciones que, en garantía de sus derechos, le conceden los artículos 39, 40, 41 y 50 del texto refundido del ET».

<sup>16</sup> Véase C. BRIONES GONZALEZ, *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Un estudio del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1995), págs. 25 ss.; también, F.J. PRADOS DE REYES, *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1997), págs. 11 ss.

<sup>17</sup> Cfr. artículos 39.3 y 85.2 del ET.

<sup>18</sup> En sus artículos 120 a 123, bajo la rúbrica «extinción por causas objetivas».

<sup>19</sup> La legislación de Seguridad Social denomina a esta figura «despido basado en causas objetivas» [cfr. artículo 208.1.1.d) de la LGSS].

Las causas justas de despido objetivo aparecen recogidas en el artículo 52 del ET. Son cinco —listadas en dicho precepto con letras, de la a) a la e)—, relativas a lo siguiente: 1) la ineptitud del trabajador [artículo 52.a)]<sup>20</sup>; 2) la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas razonables operadas en su puesto de trabajo [artículo 52.b)]<sup>21</sup>; 3) la amortización de puestos de trabajo [artículo 52.c)]; 4) el absentismo, esto es, las excesivas faltas justificadas de asistencia al trabajo —en todo caso, faltas intermitentes<sup>22</sup>— del trabajador a despedir (absentismo individual), en un contexto de excesivo nivel de inasistencia al trabajo del resto de la plantilla (absentismo general) [artículo 52.d)]<sup>23</sup>; y 5) la falta de consignación presupuestaria para mantener la vigencia en la Administración pública de contratos «indefinidos» no fijos [artículo 52.e)]<sup>24</sup>. Todas ellas son causas «objetivas», en el sentido de que se acuerda el despido —en las dos primeras, por imposibilidad de cumplimiento del trabajador; en las tres restantes, por dificultad grave de cumplimiento del empresario— sin que haya mediado culpa ninguna del trabajador despedido. De estas cinco causas, la más importante es la tercera.

La ineptitud «física» sobrevenida es, en realidad, una causa extintiva residual, respecto de la de extinción del contrato por incapacidad permanente del trabajador. Por eso, opera claramente cuando el trabajador se encuentra de hecho en las situaciones de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez —nunca en situación de incapacidad permanente parcial<sup>25</sup>—, pero sin que el INSS pueda declarar que las mismas existen jurídicamente, dado que el sujeto en cuestión (por falta de cotización suficiente, por ejemplo) carecería del derecho a percibir las correspondientes prestaciones de Seguridad Social<sup>26</sup>. La jurisprudencia encaja asimismo en esta causa objetiva la llamada ineptitud «profesional» sobrevenida, que se produce por la pérdida o no obtención de los requisitos administrativos necesarios para el

<sup>20</sup> Según este precepto, la ineptitud puede ser «conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa», aunque «la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento». Véase J.L. GOÑI SEIN, «La ineptitud del trabajador como causa de despido», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 11 (1982), págs. 413 ss.; también, F. FITA ORTEGA, *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1997), págs. 11 ss.

<sup>21</sup> Según este precepto, siempre que «hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación», aunque cabe la concesión al trabajador de un permiso retribuido por un «máximo de tres meses» para que asista a cursos «de reconversión o de perfeccionamiento profesional».

<sup>22</sup> Cfr. STSud de 26 julio 2005 (Ar. 7147).

<sup>23</sup> Véase S. GONZALEZ ORTEGA, *Absentismo y despido del trabajador*, Aranzadi (Pamplona, 1983), págs. 27 ss.; también, J.M. DEL VALLE VILLAR, *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador*, Ministerio de Justicia (Madrid, 1988), págs. 33 ss.

<sup>24</sup> Según este mismo precepto, «cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo» (párrafo 2º).

<sup>25</sup> A pesar de resultar extraordinariamente tentador para el empresario, pues el rendimiento de estos trabajadores puede llegar a ser sólo el 67 por 100 del normal. Cfr. SsTSJ Canarias de 9 julio 1996 (Ar. 2536), País Vasco de 6 mayo 1997 (Ar. 1647) y 7 septiembre 1999 (Ar. 2874), y Galicia de 15 octubre 1999 (Ar. 2967).

<sup>26</sup> En este sentido, véanse SsTSud de 14 octubre 1991 (Ar. 7659) y 20 noviembre 1991 (Ar. 8255).

ejercicio de ciertas profesiones (carnet de conducir, habilitación como vigilante de seguridad, etc.), aunque el trabajador del caso tenga los conocimientos, la habilidad y la posibilidad física de llevar a cabo sin mayores problemas su trabajo<sup>27</sup>.

La conexión estrecha entre la ineptitud sobrevenida y la falta de adaptación técnica del trabajador —aunque esta última necesariamente presupone modificaciones razonablemente operadas en su puesto de trabajo (por ejemplo, informatizándolo)— la pone de relieve el artículo 39.3 del ET, al afirmar que «no cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional»<sup>28</sup>.

En cuanto al absentismo, la jurisprudencia laboral sostiene razonablemente que hay que distinguir, de un lado, el «absentismo individual» —del 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o del 25 por 100 en cuatro discontinuos—, consistente en «las faltas de asistencia al trabajo que motivan la posibilidad de extinción del contrato (de las que se descuentan las del párrafo segundo [del artículo 52.d) del ET])»<sup>29</sup>; y de otro lado, el «absentismo general» —del 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo—, para cuyo cómputo «se han de manejar magnitudes reales y contabilizar todas las ausencias de la plantilla», esto es, «sin que puedan descontarse aquellas que sí se descuentan para el cálculo de las ausencias individuales»<sup>30</sup>. Sobre esta base, la doctrina de que «debe entenderse que el requisito de ausencias del 25% en cuatro meses discontinuos requiere que se pruebe que tal porcentaje de ausencias se cumple en cada uno de los meses tomados en consideración para adoptar la decisión extintiva, sin que baste con que el porcentaje se cumpla en relación con las jornadas hábiles del conjunto de los cuatro meses»<sup>31</sup>, ha sido expresamente desautorizada por el TS, pues «el tenor literal de la norma al hablar de faltas de asistencia al trabajo, alude al 25% de las jornadas hábiles “en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses” por lo que... el cómputo debe entenderse referido al período en su conjunto»<sup>32</sup>.

En fin, la citada falta de consignación presupuestaria, precisamente para mantener en la Administración pública contratos de trabajo «indefinidos», resulta ser el mecanismo ideado por el legislador, en 2001<sup>33</sup>, para liquidar los contratos temporales de las Administraciones públicas cuya celebración hubiese sido previamente declarada en fraude de ley por los tribunales laborales<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. STSJ Navarra de 24 julio 2001 (Ar. 3445), y las en ella citadas.

<sup>28</sup> Sobre ineptitud como «incompetencia técnica», véanse SsTSJ Extremadura de 24 febrero 2000 (Ar. 1253) y Galicia de 30 noviembre 2001 (Ar. 4215).

<sup>29</sup> Este párrafo se refiere a que «no se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda».

<sup>30</sup> Cfr. SsTSJ Cataluña de 24 mayo 2002 (Ar. 2224) y 24 octubre 2002 (Ar. 3583).

<sup>31</sup> Cfr. STSJ Castilla y León (Valladolid) de 12 febrero 2002 (Ar. 1073).

<sup>32</sup> Cfr. STSJud de 5 octubre 2005 (Ar. 7790).

<sup>33</sup> En efecto, este apartado e) fue añadido al artículo 52 del ET por la Ley 12/2001, de 9 julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (artículo 3.2).

<sup>34</sup> Esta explicación, tan razonable, en R.P. RON LATAS, «Consideraciones sobre las causas actuales de despido objetivo», *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 10-núm. 2 (2001), págs. 142-143. Acerca de los contratos «indefinidos» no fijos en cuestión, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, «Génesis de la diferencia conceptual entre las categorías contractuales de trabajadores “fijos de plantilla” y “vinculados por un contrato por tiempo indefinido” en el ámbito de la contratación laboral de las Administraciones Públicas (SSTS de 7 de octubre, de 10 y de 30 de diciembre de 1996)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 1 (1997), págs. 589 ss.

Según el artículo 52.c) del ET, la amortización de puestos de trabajo —que es, sin duda, lo primero que se le viene a la mente al empresario, cuando considera que en su empresa tiene personal sobrante— requiere la concurrencia de tres elementos. En primer lugar, motivar los despidos, esgrimiendo «alguna de las causas previstas en el artículo 51.1» del ET, esto es, «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción». En segundo lugar, amortizar puestos de trabajo en número inferior al marcado por el propio artículo 51.1 del ET, pues si se superase este número, estaríamos entonces en presencia no de un despido objetivo (individual o plural)<sup>35</sup>, sino de un «despido colectivo», a ver luego. En tercer lugar, justificar de manera razonable (se trata de «necesidad objetivamente acreditada») que estas amortizaciones y consiguientes extinciones de contratos ayudan a superar la falta de rentabilidad o de eficiencia de la empresa, del siguiente modo: 1) si el empresario aduce «causas económicas», acreditando que el despido tiene por finalidad «contribuir a la superación de situaciones económicas negativas»; y 2) si aduce «causas técnicas, organizativas o de producción», acreditando que el despido en cuestión se orienta a «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos».

Según la jurisprudencia laboral, las concretas «causas» mencionadas se refieren a otros tantos «ámbitos de la actuación empresarial», que son «a) técnicos: los que inciden en sus medios o instrumentos de producción; b) organizativos: los que atañen a los sistemas y métodos de trabajo del personal; c) productivos: los que afectan al campo de los productos o servicios que la empresa ofrece; d) económicos: los que se suscitan en el ámbito de sus resultados de explotación»<sup>36</sup>. Téngase en cuenta, además, que la causa económica necesariamente «debe afectar a la empresa en su conjunto», mientras que «las causas técnicas, organizativas y de producción... [pueden afectar sólo] al funcionamiento de una unidad»<sup>37</sup>.

Evidentemente, las referencias del citado artículo 52.c) a conceptos insufriblemente economicistas —traídos a colación por la norma, sin duda, para facilitar que ocurra este tipo de despidos— incide inexorablemente sobre el tema de la prueba de la motivación empresarial; motivación que «se proyecta sobre hechos pasados, y también sobre... previsiones futuras de la empresa, por lo que los factores a considerar por el órgano judicial no son siempre susceptibles de prueba propiamente dicha, limitada por naturaleza a hechos históricos, sino de apreciación de razonabilidad, de acuerdo con las reglas de experiencia reconocidas en la vida económica»<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Ambas adjetivaciones en una STSJ Andalucía (Málaga) de 15 septiembre 2000 (Ar. 3509), que asimismo realiza una pulcra descripción de la evolución legislativa del tema desde 1980.

<sup>36</sup> Cfr. STSJ País Vasco de 14 mayo 2002 (Ar. 2568), con cita de SSTSud de 24 abril 1996 (Ar. 5297), 14 junio 1996 (Ar. 5164) y 28 enero 1998 (Ar. 1148).

<sup>37</sup> Cfr. SSTSud de 13 febrero 2002 (Ar. 3787).

<sup>38</sup> Cfr. STSJ Cataluña de 17 diciembre 2001 (Ar. 891 de 2002), que continúa afirmando que «los Tribunales no podemos suplantar la capacidad de decisión del empresario, debiendo limitarnos a analizar la adecuación o no de su medida al ordenamiento jurídico».

En todo caso, la «amortización» requerida por el artículo 52.c) se refiere a los puestos de trabajo, pero no a las funciones correspondientes a los puestos eliminados, las cuales pueden ser asumidas por otros trabajadores de la misma empresa, por el propio empresario<sup>39</sup> e, incluso, por empresas contratistas, esto último en la hipótesis de que se produzca la «externalización» o «outsourcing» de las actividades correspondientes a los puestos de trabajo amortizados<sup>40</sup>.

Supuesto que concurra esta última o cualquiera de las otras cuatro causas objetivas genéricas (ineptitud, absentismo, etc.) listadas en el artículo 52 del ET, al efecto de poder despedir en forma, el empresario —según el artículo 53 del ET— debe: 1) «entregar comunicación escrita al trabajador expresando la causa» [apartado 1.a)], esto es, expresando los «hechos» concretos en que el despido se basa<sup>41</sup>; 2) «poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades» [apartado 1.b), párrafo 1º]<sup>42</sup>, salvo en casos de falta de liquidez<sup>43</sup>, esto es, salvo «cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52.c)», con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización» [apartado 1.b), párrafo 2º]<sup>44</sup>; y 3) conceder al trabajador un «plazo de preaviso de treinta días, computado desde la entrega de la comunicación... hasta la extinción del contrato de trabajo» [apartado 1.c)]<sup>45</sup>, aunque este preaviso —reforzado durante su transcurso con el «derecho [del trabajador], sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo» (apartado 2)— puede omitirse pagando el empresario los salarios correspondientes a la porción del mismo que omite<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. STSud de 15 octubre 2003 (Ar. 4093 de 2004).

<sup>40</sup> Cfr. SsTSud (dos) de 4 octubre 2000 (Ar. 8291 y 8661).

<sup>41</sup> Por puro paralelismo con lo que el ET le exige a la carta de despido disciplinario (cfr. SsTS de 3 noviembre 1982 [Ar. 6482], 7 julio 1986 [Ar. 3961] y 10 marzo 1987 [Ar. 1370]).

<sup>42</sup> El artículo 122.3 de la LPL considera tolerable la existencia de «error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador».

<sup>43</sup> Apreciados con carácter sumamente restrictivo por la jurisprudencia laboral, pues si de hecho se es insolvente, lo que se tiene que hacer es solicitar la correspondiente declaración de «concurso» (cfr., en este sentido restrictivo, STSJ Asturias de 21 diciembre 2001 [Ar. 4598]).

<sup>44</sup> Todo ello —continúa el precepto—, aparte la necesaria constancia de tal extremo en la carta, «sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir... su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva».

<sup>45</sup> Según este mismo precepto, «en el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento».

<sup>46</sup> Lo confirma el artículo 53.4 del ET, al afirmar que «la no concesión del preaviso no anulará la extinción, si bien el empresario, con independencia de los demás efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho período». Téngase en cuenta, además, que «cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva, se condenará al empresario... sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso» (artículo 123.2 de la LPL).

A efectos de la simultaneidad de la puesta a disposición de la indemnización citada, resulta especialmente útil —sobre todo en la hipótesis de las Administraciones públicas— el mecanismo de la transferencia bancaria, siempre que «se hubiese ordenado el mismo día de la entrega de la comunicación escrita», afirmándose en relación con dicha concreta clase de empresas públicas que, «aunque es cierto que una empresa privada tiene, en principio, una mayor agilidad para efectuar pagos, la Administración está también sujeta a las previsiones del precepto cuando actúa como empresario»<sup>47</sup>.

Siempre según el artículo 53 del ET, y en cuanto a los efectos que produce la decisión del empresario de despedir por causas objetivas, cabe que el trabajador —una vez despedido— impugne su despido objetivo ante los tribunales laborales, «como si se tratase de despido disciplinario» (apartado 3). Tras la tramitación del correspondiente proceso laboral especial, los tribunales laborales pueden declarar que el despido objetivo impugnado ha sido: 1) *procedente* —siempre y cuando el empresario hubiese despedido en forma, hubiese acreditado la concurrencia de la causa alegada y esta última tuviese la entidad suficiente como para justificar el despido—, en cuyo caso se declarará extinguido el contrato de trabajo y «el trabajador tendrá derecho a la indemnización..., consolidándola» [apartado 5.a)]; 2) *nulo* —entre otros supuestos, aunque sorprenda, también cuando el empresario no hubiese despedido en forma<sup>48</sup>—, en cuyo caso «se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir»<sup>49</sup>, y «el trabajador habrá de reintegrar la indemnización recibida»<sup>50</sup>; y 3) *improcedente* —si el empresario, habiendo despedido en forma, no logra acreditar las causas alegadas o éstas no tienen la entidad suficiente como para justificar el despido—, en cuyo caso se le condena a readmitir o indemnizar al trabajador con arreglo a las normas del despido disciplinario improcedente —al que el ET, como es notorio, asigna una compensación económica muy superior a la indemnización por despido objetivo procedente—, de manera que si el empresario opta por rescindir el contrato o, como afirma el ET, «en caso de sustitución de la readmisión por compensación económica [esto es, por el pago de la indemnización más elevada correspondiente al despido disciplinario improcedente], se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización» [apartado 5.b)] por despido objetivo procedente, más reducida y ya percibida<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. STSud de 23 abril 2001 (Ar. 4874), reiterada por STSud de 28 mayo 2001 (Ar. 5445).

<sup>48</sup> Cfr. artículo 53.4 del ET, que también alude a la nulidad del despido objetivo discriminatorio, o que viole derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, o, también, motivado por el embarazo de la trabajadora o por suspensiones, licencias y excedencias por maternidad, cuidado de hijos, etc.

<sup>49</sup> Cfr. artículo 55.6 del ET, al que implícitamente remite el artículo 53.5, párrafo 1º, del propio ET.

<sup>50</sup> Cfr. artículo 123.3 de la LPL.

<sup>51</sup> Según el artículo 123.4 de la LPL, «el Juez acordará, en su caso, la compensación entre la indemnización percibida y la que fija la sentencia».

Téngase en cuenta que la Ley 12/2001, de 9 julio, abarata notoriamente el coste del despido objetivo improcedente, siempre que el contrato de trabajo extinguido hubiese sido precisamente el «contrato para el fomento de la contratación indefinida» por ella regulado, pues en este caso —en vez de la indemnización por despido disciplinario improcedente, esto es, la de «cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades» [artículo 56.1.a) del ET]— se aplica la más reducida «de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades» (disposición adicional 1ª.4).

Además, «en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido... por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52» (artículo 33.8, párrafo 1º del ET)<sup>52</sup>. En este caso, «la responsabilidad del Fondo es propia, personal y directa»<sup>53</sup>, resultándole exigible «sin que... [se] necesite declaración de insolvencia, ni quepa que la institución de garantía se resarza luego de la empresa»<sup>54</sup>.

§5. Según el artículo 49.1.g), párrafo 1º, del ET, el contrato de trabajo se extingue «por muerte, jubilación... o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante». La muerte, jubilación e incapacidad del empresario<sup>55</sup> se refieren, lógicamente, a la imposibilidad de cumplimiento del empresario persona física. Pero sólo provocan la extinción del contrato cuando, a consecuencia de ellas, se produzca el cierre del negocio. De ahí que el precepto contenga la cláusula «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44», pues si existiesen continuadores de la actividad empresarial desarrollada por el empresario muerto, incapaz o jubilado, se produciría entonces un mero cambio de titularidad de la empresa —regulado en el artículo 44 del ET— con mantenimiento de los contratos de trabajo. Lógicamente, esta misma salvedad se aplica también al supuesto de la «extinción de la personalidad jurídica del contratante» —que se refiere a la desaparición del empresario persona jurídica<sup>56</sup>—, de manera que si en este otro caso nadie continuase la actividad de la empresa, los contratos de trabajo también se extinguirían,

<sup>52</sup> Aunque «con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias» (cfr. artículo 33.2, párrafo 1º, de ET, al que remite el artículo 33.8, párrafo 2º, del propio ET), y teniendo en cuenta, además, que «el importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial..., se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio» (*ibidem*, párrafo 2º).

<sup>53</sup> Cfr. SsTSud de 14 diciembre 1999 (Ar. 9814) y de 16 noviembre 2004 (Ar. 188 de 2005).

<sup>54</sup> Cfr. STSJ Castilla-La Mancha de 24 enero 2001 (Ar. 137).

<sup>55</sup> «A estos efectos, no es necesario que la incapacidad sea declarada por la Seguridad Social» (STSud de 20 junio 2000 [Ar.6893]), por lo que puede tener un carácter meramente fáctico.

<sup>56</sup> El precepto de Derecho común que constituye el sustrato de este tema es, sin duda, el artículo 39 del Código Civil. Sobre el tema, véase J.L. MONEREO PEREZ, «Las relaciones laborales ante la desaparición, incapacidad y jubilación del empresario», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 24 (1985), págs. 543 ss.

aunque sólo después de obtener los liquidadores de dicha persona jurídica empresarial autorización administrativa para despedir, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo de regulación de empleo, pues —según el artículo 49.1.g), párrafo 3º, del ET— «en los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51 de esta Ley».

Según una importante STSud (Sala General) de 25 abril 2000 (Ar. 4252), hay que tener en cuenta —respecto de la jubilación, etc., del empresario persona física— lo siguiente: 1) que «esta extinción de las relaciones laborales no se centra tanto en la concurrencia de la jubilación del empresario individual (o su muerte o incapacidad), como en el hecho de que éstas hayan determinado la desaparición o cese de la actividad empresarial», de manera que «se produce así un doble encadenamiento causal: la jubilación (o la muerte o incapacidad) del empresario ocasiona el cierre de la explotación, y este cierre, provocado por aquella causa, justifica la extinción de los contratos de trabajo»; 2) que «no es absolutamente necesario que el momento de la jubilación [o incapacidad, etc.] y el cierre de la empresa, con las subsiguientes extinciones de las relaciones de trabajo, sean totalmente coincidentes, puesto que entre uno y otros puede mediar un plazo prudencial», con la finalidad, por ejemplo, de «facilitar la liquidación y cierre del negocio o incluso su posible transmisión»; y 3) que «es posible distinguir la condición de empresario y la de simple propietario de un negocio» —resultando relevante sólo la jubilación, incapacidad, etc., del primero pero no la del segundo—, aunque «para poder estimar que este propietario no actúa como empresario, normalmente es preciso que aparezca un gerente, gestor o encargado que desempeñe las funciones de regentar o dirigir la empresa», de manera que «cuando un empresario ha venido actuando toda su vida con esa condición y carácter, si la explotación continúa después de jubilarse en el RETA, sin que él nombre a nadie que, sustituyéndole, dirija el negocio, no es posible estimar lógicamente que desde esa jubilación ya no actúa como empresario».

Por su parte, el artículo 44.8, párrafo 2º, del ET confirma que la extinción de la personalidad jurídica empresarial contratante provoca la de los contratos de trabajo, sólo si no hay cambio de titularidad de la empresa, pues considera que existe este último precisamente «en los supuestos de fusión y escisión de sociedades».

En fin, «en los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario» [artículo 49.1.g), párrafo 2º, del ET]. En cambio, en los de extinción de la personalidad jurídica empresarial contratante, tienen derecho a cobrar la indemnización más elevada correspondiente al «despido colectivo», que regula el citado artículo 51 del ET.

**§6.** También hace falta tramitar expediente administrativo de regulación de empleo, aunque abreviado, y obtener la correspondiente autorización administrativa previa, para poder despedir por causa de fuerza mayor definitiva <sup>57</sup>, pues —según el artículo 49.1.h) del ET— los contratos de trabajo se extinguen «por fuerza mayor que imposibilite definitivamente

<sup>57</sup> Opuesta a la «fuerza mayor temporal», mera causa de suspensión del contrato de trabajo [cfr. artículo 45.1.i) del ET].



la prestación de trabajo siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 51 de esta Ley»<sup>58</sup>, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados<sup>59</sup>.

Según nuestra legislación laboral tradicional, la fuerza mayor definitiva en sentido propio se identificaba con el «incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumulto o sediciones y, en general, cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previstos, no se hayan podido evitar» (artículo 76.6<sup>a</sup> de la LCT-1944). Pero es evidente que «entre esos hechos se encuentran no sólo los hechos catastróficos sino también los hechos imposibilitantes no catastróficos, lo que ha venido a llamarse fuerza mayor impropia»<sup>60</sup>.

Guste o no guste doctrinalmente, las extinciones de contratos de trabajo provocadas por «*factum principis*» —esto es, por orden de la autoridad pública, sin que haya mediado verdadera culpa del empresario afectado— no encajan en la fuerza mayor, sino en las causas «económicas, técnicas, organizativas o de producción». Por eso, para cumplir la orden en cuestión, «el empresario... debe utilizar... o bien la vía del art. 51 del ET, cuando se superan los umbrales numéricos previstos en el párrafo 1 de dicho precepto legal, o bien más habitualmente la vía del art. 52.c) del ET, cuando se trate de extinciones contractuales por debajo de dichos límites»<sup>61</sup>.

El despido por fuerza mayor decretado por el empresario sin haber obtenido la preceptiva «autorización administrativa» es nulo, según dispone el artículo 124 de la LPL. Por lo demás, «la autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario» (artículo 51.12, párrafo 4<sup>o</sup>, del ET).

§7. En fin, según el artículo 49.1.i) del ET, el contrato de trabajo también se extingue «por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que aquél haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en esta Ley»<sup>62</sup>. Se trata de un precepto desarrollado luego por el larguísimo artículo 51 del ET —rubricado «despido colectivo»—, que consta materialmente de 14 densos apartados (aunque formalmente sean 15)<sup>63</sup>. Este tipo de despido constituye la versión colectiva del despido objetivo (individual o plural) por amortización de puestos de trabajo regulado en el artículo 52.c) del

<sup>58</sup> Véase J.J. FERNANDEZ DOMINGUEZ, *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas (Madrid, 1993), págs. 66 ss.

<sup>59</sup> Cfr. el párrafo 1<sup>o</sup> del citado artículo 51.12 del ET.

<sup>60</sup> Cfr. STSJ Andalucía (Málaga) de 1 marzo 2002 (Ar. 2612).

<sup>61</sup> Cfr., concordemente, SsTSud de 10 marzo 1999 (Ar. 2124), 5 octubre 1999 (Ar. 7761) y 5 julio 2000 (Ar. 6897), a propósito de la anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa de concursos-oposiciones para el desempeño de plazas laborales en diversas Administraciones públicas.

<sup>62</sup> Véase J.L. MONEREO PEREZ y J.A. FERNANDEZ AVILES, *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, Aranzadi (Pamplona, 1997), págs. 25 ss.

<sup>63</sup> Su apartado 10 ha sido derogado por la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal.

ET —ambos se fundan en las mismas causas, recuérdese, «económicas, técnicas, organizativas o de producción»—, aunque respecto del despido objetivo presenta tres diferencias importantes.

La regulación actual del despido colectivo en el ET trae causa, en lo esencial<sup>64</sup>, de las modificaciones realizadas en el ET-1980 por la Ley 11/1994, de 19 mayo, de algún modo inspirada —si se hace abstracción de la necesidad de obtener el empresario autorización administrativa para poder despedir— en la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 febrero 1975 (modificada por la Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 junio 1992), luego derogada por la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 julio 1998, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos<sup>65</sup>. Estos últimos eran los que tradicionalmente se denominaban en nuestra legislación laboral «despidos por crisis»<sup>66</sup>.

En primer lugar, la relativa al número de contratos de trabajo a extinguir, pues sólo existirá despido colectivo, en principio, «cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos» a «diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores», o al «10 por 100... en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores», o a «treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más» (artículo 51.1, párrafo 1º, del ET). En consecuencia, si el número de contratos a extinguir está dentro del citado período de noventa días por debajo de estos «umbrales»<sup>67</sup>, el despido no tendrá carácter colectivo, sino sólo objetivo<sup>68</sup>.

Téngase en cuenta, además, que «se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas [económicas, técnicas, etc.] anteriormente señaladas» (artículo 51.1, párrafo 3º, del ET)<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> Ulteriores retoques economicistas fueron operados sobre todo por la Ley 63/1997, de 26 diciembre.

<sup>65</sup> Sobre la misma, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «Notas acerca de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre despidos colectivos», *Actualidad Laboral*, núm. 19 (2004), págs. 2305 ss.

<sup>66</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «Despidos colectivos: libertad de empresa y acción administrativa en España», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, SA (Madrid, 1993), págs. 789 ss.

<sup>67</sup> Esta palabra la utiliza, por ejemplo, el artículo 51.1, párrafo 5º, del ET.

<sup>68</sup> El artículo 51.1 del ET contiene reglas adicionales sobre cómputo —para determinar el número de extinciones en el período de referencia de noventa días— de «cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de [la extinción del contrato por vencimiento del término pactado]..., siempre que su número sea, al menos, cinco» (párrafo 4º), y sobre utilización fraudulenta —por concurrir siempre las mismas causas de despido objetivo del artículo 52.e) del ET— de «períodos sucesivos de noventa días... con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo» (párrafo 5º).

<sup>69</sup> Aplicando la figura del despido objetivo, en caso de cierre de empresa con exactamente cinco trabajadores, véase *STSud* de 8 marzo 1999 (Ar. 2117).

En segundo lugar, la relativa a que en el despido colectivo el empresario debe proponer «medidas» complementarias de las extinciones de contratos. Se trata de las «medidas necesarias para atenuar sus consecuencias... y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial» (artículo 51.4, párrafo 1º, del ET), y que en el caso de empresas que tengan cincuenta o más trabajadores el reglamento aprobado por Real Decreto 43/1996, de 19 enero —de desarrollo, entre otros, del artículo 51 del ET—, denomina «plan de acompañamiento social»<sup>70</sup>.

Según una importante STSud de 30 septiembre 2002 (Ar. 10679), en caso de despido objetivo por amortización de puestos de trabajo, el artículo 52.c) del ET «no exige como requisito inexcusable o necesario para... [la] amortización —al contrario de lo que ocurre en el art. 51 ET— que el empresario tenga que presentar al mismo tiempo un plan de viabilidad de la empresa», aunque resulte aconsejable «sobre todo en los casos de grandes empresas», pues el empresario titular de empresas grandes «corre el riesgo de que el magistrado pueda entender, en función de la magnitud de la empresa o de la gravedad de la situación económica negativa, que la sola medida del despido no contribuye directamente a mejorar la crisis».

En tercer lugar, la relativa a que en el despido colectivo el empresario necesita inexcusablemente obtener autorización administrativa para proceder a realizar los despidos —sin ella, como siempre que resulta preceptiva tal autorización, los despidos que se hubiesen decretado son «nulos»<sup>71</sup>—, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo de regulación de empleo.

Este expediente administrativo aparece pormenorizadamente regulado en los apartados 2 a 9 del artículo 51 del ET, desarrollados por los artículos 1 a 16 del reglamento aprobado por Real Decreto 43/1996, citado<sup>72</sup>.

Si se tratase de empresario «concurado» (antiguo quebrado, suspendido de pagos, etc.), el expediente administrativo de regulación de empleo no se tramita ni se resuelve por la autoridad administrativa laboral, sino por el juez de lo mercantil que entienda del concurso<sup>73</sup>.

Además, una vez obtenida la preceptiva autorización administrativa para despedir, el despido colectivo le resulta al empresario cualitativamente más gravoso que el despido objetivo, pues —a pesar de que

<sup>70</sup> Véase su artículo 6.1.c). Sobre el tema, J.M. SERRANO GARCIA, *El Plan Social en los Despidos Colectivos*, Lex Nova (Valladolid, 2002), págs. 31 ss.

<sup>71</sup> Véase artículo 124 de la LPL.

<sup>72</sup> Véase *infra*, Tema 36, §2.

<sup>73</sup> Véase artículo 64 de la Ley 22/2003, Concursal, según el cual el auto de dicho juez resolviendo el expediente, «en caso de acordarse la... extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo» (apartado 7, párrafo 2º).

en ambos la indemnización por despido «procedente» es idéntica<sup>74</sup>— en el despido colectivo cabe que llegue a imponerse al empresario «la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial [de conservación de derechos de Seguridad Social] respecto de los trabajadores [despedidos]... en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social» (artículo 51.15 del ET)<sup>75</sup>.

La determinación individualizada de la cantidad que corresponde percibir a cada trabajador despedido, en concepto de indemnización por despido colectivo, es tarea que tiene que realizar el empresario, una vez obtenida la correspondiente autorización administrativa para despedir. A este efecto, el reglamento aprobado por el citado Real Decreto 43/1996 —tras afirmar que «el empresario, simultáneamente a la adopción de la decisión extintiva a que le autorice la resolución administrativa, deberá abonar a los trabajadores afectados la indemnización» (artículo 14.1)— indica que «en el caso de que el empresario no abonara la referida indemnización o existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador podrá... demandar ante el Juzgado de lo Social competente el pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir, mediante acción cuyo ejercicio seguirá las normas del proceso laboral ordinario» (artículo 14.2).

Al igual que ocurre en el caso del despido objetivo del artículo 52.c) del ET, también aquí «en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley..., o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003..., Concursal» (artículo 33.8, párrafo 1º, del propio ET)<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> En efecto, según el artículo 51.8 del ET, «los trabajadores cuyos contratos se extingan de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo tendrán derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades». Una polémica STSud (Sala General) de 21 enero 1997 (Ar. 622) confirma que este precepto estatutario establece un mínimo de derecho necesario relativo («indisponible “in peius”, porque es válido el establecimiento de indemnizaciones superiores»), pero confirma también que la percepción de esta indemnización por el trabajador despedido puede sujetarse a condición resolutoria pactada entre sus representantes legales o unitarios y el empresario. Comentando el conjunto de casos constitucionales que rodeó a esta polémica sentencia, véanse X.M. CARRIL VAZQUEZ, «Indemnización por despido colectivo, tutela judicial efectiva e igualdad en aplicación de la ley. El caso Enatcar I», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, t. XIX, Civitas (Madrid, 2002), págs. 133 ss.; R.P. RON LATAS, «Indemnización por despido colectivo, tutela judicial efectiva e igualdad en aplicación de la ley. El caso Enatcar II», *ibidem*, págs. 139 ss.; A. ARUFE VARELA, «Indemnización por despido colectivo, tutela judicial efectiva e igualdad en aplicación de la ley. El caso Enatcar III», *ibidem*, págs. 191 ss.; y J. MARTINEZ GIRON, «Indemnización por despido colectivo, tutela judicial efectiva e igualdad en aplicación de la ley. El caso Enatcar IV», *ibidem*, págs. 229 y 230.

<sup>75</sup> Sobre el tema, con toda pulcritud, véase A. ARUFE VARELA, *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares (Granada, 2003), págs. 77 ss.

<sup>76</sup> Aunque, de nuevo, «con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias» (cfr. artículo 33.2, párrafo 1º, del ET, al que remite el artículo 33.8, párrafo 2º, del ET), y teniendo en cuenta, además, que «el importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial..., se calculará sobre la base de treinta días por año de servicios» (*ibidem*, párrafo 2º).

Además, en los casos de insolvencia empresarial —con independencia de que el empresario insolvente sea un empresario «concurtido» o no—, «el Fondo de Garantía Salarial... abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos... 51 y 52.c) de esta Ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003..., Concursal, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base de cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias» (artículo 33.2, párrafo 1º, del ET)<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Y teniendo en cuenta de nuevo, además, que «el importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial..., se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior» (*ibidem*, párrafo 2º).



---

## TEMA 25

### LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. Introducción. §2. El despido disciplinario. §3. La forma del despido disciplinario. §4. Los efectos del despido disciplinario. §5. El despido indirecto.

§1. Un tercer gran grupo de causas de extinción del contrato de trabajo, recogidas como todas las anteriores en el artículo 49.1 del ET —y listadas en sus letras j) y k)—, se refiere a la extinción por incumplimiento de las obligaciones contractuales, tanto principales como accesorias, que se deben recíprocamente el empresario y el trabajador. Se trata, en ambos casos, de causas individuales o plurales, no colectivas, que operan la extinción del contrato por motivos dependientes de la voluntad de la parte incumplidora, tanto del empresario como del trabajador. Así, la letra j) menciona la extinción «por voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario» (cfr. *infra*, §5), mientras que la letra k) alude a la extinción «por despido del trabajador» (cfr. *infra*, §2, §3 y §4).

Esta extinción por incumplimiento aparece recogida ya, en su doble vertiente mencionada, en el Código de Comercio de 1885, que se refería tanto «a las causas especiales para que los comerciantes puedan despedir a sus dependientes» (artículo 300), como a las «causas para que los dependientes puedan despedirse de sus principales» (artículo 301). El Código del Trabajo de 1926 tipificaba tres «justas causas a favor del patrono para poder dar por terminado el contrato antes del plazo del vencimiento» (artículo 21), y también —reproduciendo casi literalmente la regulación mercantil—, tres «justas causas a favor del obrero para dar por terminado el contrato antes del plazo del vencimiento» (artículo 22). De aquí que las leyes republicana y franquista de contrato de trabajo hablasen de «causas justas de despido» (artículo 89.6ª de la LCT-1931 y 77 de la LCT-1944), y además, de «causas justas para que el trabajador pueda [por su voluntad] dar por terminado el contrato» (artículo 89.7ª de la LCT-1931 y 78 de la LCT-1944).

§2. Aunque cualquier extinción del contrato de trabajo decretada por el empresario merece la calificación de «despido» —siempre y cuando el trabajador considere injusta dicha extinción—, lo cierto es

que cuando el artículo 49.1.k) del ET habla de que el contrato de trabajo se extingue «por despido del trabajador», a lo que pretende aludir —por razones sistemáticas— es única y exclusivamente al «despido disciplinario». Este último es la más grave de las «sanciones» que el empresario puede imponer al trabajador, en el ejercicio del poder disciplinario que le reconoce el artículo 58.1 del ET. Y como tal «sanción», consiste en la expulsión del trabajador de la empresa, mediante la extinción de su contrato de trabajo, alegando el empresario un «incumplimiento grave y culpable del trabajador» (artículo 54.1 del ET).

Por razones principalmente procesales —en especial, la relativa al plazo fatal de caducidad para impugnar la decisión del empresario<sup>1</sup>—, conviene utilizar un concepto amplio de despido, ya defendido por ALONSO OLEA en 1957, al afirmar que «entendemos por despido la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario unilateral»<sup>2</sup>.

El propio ET confirma la procedencia de este concepto amplio de despido, visto que en él se califica la extinción del contrato por causas objetivas, de los artículos 49.1.l), 52 y 53, como «despido objetivo» (artículos 39.3 y 85.2)<sup>3</sup>.

Que el despido a que se refiere el artículo 49.1.k) del ET es el «despido disciplinario», lo prueba —desde un punto de vista sistemático— el dato de que dicha expresión sea precisamente la rúbrica de la Sección 1ª del Capítulo II del Título II del Libro II de la LPL, sobre el correspondiente proceso laboral especial.

En la regulación del despido «disciplinario», la legislación sustantiva y la procesal van de la mano. En efecto, las fuentes normativas reguladoras del mismo aparecen contenidas fundamentalmente en cuatro preceptos del ET (artículos 54 a 57), que deben leerse conjuntamente con otros once preceptos de la LPL (artículos 103 a 113)<sup>4</sup>. Se trata de un conjunto normativo complementado por una abundantísima jurisprudencia laboral, dictada sobre todo por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos, cuando resuelven recursos de suplicación.

Como se sabe, el Tribunal Supremo viene declarando que «la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales»<sup>5</sup>. Esto significaba de hecho que la Sala de lo Social del Tribunal

<sup>1</sup> Véase *infra*, Tema 37, §3.

<sup>2</sup> Cfr. M. ALONSO OLEA, *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1957), pág. 13. En la misma línea, véase J. GARCIA MURCIA, «Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 52 (1992), págs. 191 y ss.

<sup>3</sup> La LGSS habla de «despido basado en causas objetivas» [artículo 208.1.1.d)].

<sup>4</sup> La regulación de un proceso especial de despido ya se encontraba en la primera Ley de Procedimiento Laboral, de 1958. Incluso antes, en una norma «procesal» como era la Ley republicana de Jurados Mixtos de 1931, se efectuaba un tratamiento separado «De los juicios de despido». Sobre el proceso laboral especial en cuestión, véase *infra*, Tema 41, §6.

<sup>5</sup> Cfr. ATS de 17 enero 2006 (Ar. 97), y las sentencias que en el mismo se citan.



Supremo renunciaba a sentar jurisprudencia sobre uno de los temas cardinales del Derecho individual del Trabajo, abandonando el mismo a lo que decidiesen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos y, por supuesto, el Tribunal Constitucional. Pero esta anomalía jurídica ha comenzado a ser rectificada —eso sí, sin reconocer que resulta necesaria la rectificación—, al decidirse una STSud de 20 abril 2005 (Ar. 3532), en la que se concluye que siempre que el trabajador pretenda la declaración de nulidad de su despido resulta posible, en cambio, la fijación de jurisprudencia laboral unificada por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

La regulación de este tema contenida en los citados cuatro preceptos del ET gira alrededor de las denominadas «*causas justas*» de despido disciplinario<sup>6</sup>, listadas en las *siete* letras, de la a) a la g), del artículo 54.2. Estas siete letras contienen una enumeración aparentemente tasada de incumplimientos contractuales del trabajador susceptibles de ser sancionados con el despido. Sin embargo, la jurisprudencia laboral viene demostrando su versatilidad, de manera que cualquier conducta incumplidora del trabajador —siempre que «grave y culpable»— puede ser encajada en las mismas, especialmente, en las listadas en las letras b) y d), sobre «indisciplina o desobediencia en el trabajo» y sobre «transgresión de la buena fe contractual»<sup>7</sup>, respectivamente.

Las «causas justas» de despido disciplinario ligadas al ejercicio ilegal o abusivo del derecho de huelga tienen carácter «extravagante», al no aparecer expresamente listadas en el artículo 54.2 del ET, aunque su aplicación jurisprudencial se conecte a los citados apartados b) y d) del propio precepto<sup>8</sup>.

El artículo 54.2 del ET es un precepto «clásico», que había permanecido inalterado desde 1980, pero que se modificó en el año 2003 añadiéndosele una letra g) —en verdad, innecesaria, vista la posibilidad de interpretar en sentido amplio la palabra «ofensas», de la letra c) del propio precepto—, al efecto de completar formalmente la transposición de las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 junio 2000, y 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre 2000.

De las siete «causas justas» de despido listadas en el artículo 54.2 del ET, dos hacen referencia a incumplimientos de la obligación de trabajar [letras a), relativa a las faltas de asistencia o de puntualidad<sup>9</sup>, y e), relativa a la disminución del rendimiento<sup>10</sup>], una a incumplimientos de la obligación de obedecer [letra b), relativa a la indisciplina o desobediencia en el trabajo<sup>11</sup>] y, por último, cuatro a incumplimientos de los deberes de buena fe [letras c), relativa a las ofensas; d), relativa a la transgresión de la buena fe; f), relativa a la embriaguez y toxicomanía; y g), relativa al acoso]<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Véase R. AGUILERA IZQUIERDO, *Las Causas del Despido Disciplinario y su Valoración por la Jurisprudencia*, Aranzadi (Pamplona, 1997), págs. 21 y ss.

<sup>7</sup> Véase F. RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, «La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1990), págs. 525 y ss.

<sup>8</sup> Se analizarán *infra*, Tema 32, §5.

<sup>9</sup> Véase *supra*, Tema 14, §4 y §5.

<sup>10</sup> Véase *supra*, Tema 14, §6.

<sup>11</sup> Véase *supra*, Tema 18, §2 y Tema 19, §2.

<sup>12</sup> Véase *supra*, Tema 20.

§3. Cualquiera que sea la «causa justa» invocada, el despido disciplinario exige una determinada forma<sup>13</sup>, puesto que el empresario está obligado a comunicárselo por escrito al trabajador. Este escrito se conoce coloquialmente con el nombre de «carta de despido», y en ella el empresario debe hacer constar necesariamente «los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos» (artículo 55.1 del ET), que no puede ser anterior a la fecha de la entrega de la «carta»<sup>14</sup>. Según reiterada jurisprudencia laboral, no resulta necesaria una pormenorizada descripción de hechos, aunque sí se impone que la «carta de despido» proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan, con el objeto de permitir su defensa, y esta exigencia no se cumple cuando la «carta de despido» sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas<sup>15</sup>.

La exigencia de la «carta», impuesta por Decreto de 26 octubre 1956, tuvo en su tiempo un carácter liberalizador. En efecto, la obligación de «comunicar por escrito al trabajador el despido» (artículo 3), establecida por el citado Decreto, puso fin a la necesidad de que los Magistrados de Trabajo debiesen autorizar toda clase de despidos disciplinarios, mediante la tramitación y elevación a ellos por el empresario del correspondiente «expediente con propuesta de despido»<sup>16</sup>.

En ocasiones, la entrega de la «carta de despido» no resulta suficiente para despedir en forma, al exigirse otras formalidades adicionales. De hecho, ello es lo que sucede: 1) «cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical», en cuyo caso resulta necesaria «la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiere» (artículo 55.1, párrafo tercero, del ET); y 2) «si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato», en cuyo caso debe darse «audiencia previa a los delegados

<sup>13</sup> Véase L. MELLA MENDEZ, *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, Comares (Granada, 1998), págs. 9 y ss.

<sup>14</sup> Sobre las consecuencias jurídicas de la omisión de la fecha de efectos, véase STSud de 21 septiembre 2005 (Ar. 7650).

<sup>15</sup> Cfr. STS de 3 octubre 1988 (Ar. 7507), por todas. En este sentido, por ejemplo, resulta «absolutamente genérica y no cumple con la exigencia impuesta por el artículo 55.1 del ET de expresar con claridad los hechos sancionados», una descripción de conductas como la que sigue: «que ...[el trabajador] vino actuando de manera voluntaria y continuada con disminución de rendimiento, caracterizada por una progresiva pasividad por las tareas que se le encomendaban, así como por la negativa a realizar las tareas que no le resultaban de su agrado» (cfr. STSJ Comunidad Valenciana de 12 diciembre 2001 [Ar. 3280 de 2002]). También sobre el tema, véase STSJ Madrid de 28 julio 2005 (Ar. 2598).

<sup>16</sup> La exigencia de tramitar tal expediente judicial, que tenía al principio carácter sectorial, fue generalizada por una Orden Ministerial de 23 abril 1947, hasta su supresión por el Decreto citado de 1956. Sobre este Decreto, véase J. GARATE CASTRO, *La comunicación escrita del despido disciplinario*, Facultad de Derecho-Universidad (Santiago de Compostela, 1984), págs. 18 y ss. Que se trata de un requisito con larga tradición lo confirma este mismo autor, citando una STS (Civil) de 31 agosto 1859, en la que se aludía expresamente a la «papeleta de despedida» (*ibidem*, pág. 20, nota 18).

sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato», pero sólo en el supuesto de que «al empresario le constare» el dato de la afiliación (artículo 55.1, párrafo cuarto, del ET)<sup>17</sup>. Por lo demás, estas u otras formalidades adicionales resultan susceptibles de ser extendidas por vía convencional al resto de los trabajadores no representantes o no afiliados a un sindicato, dado que «por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido» (artículo 55.1, párrafo segundo, del ET).

Por supuesto, la exigencia de alguna formalidad adicional por convenio colectivo convierte a la misma en un requisito de observancia ineludible, por evidente que pudiese resultar el incumplimiento del trabajador alegado por la empresa en la «carta de despido»<sup>18</sup>.

En cuanto a la «audiencia previa» a los delegados sindicales, téngase en cuenta que «no se puede hacer recaer en la Empresa la obligación de notificar al Delegado Sindical correspondiente el despido de un trabajador afiliado, pues dicha obligación sólo puede surgir cuando el trabajador, al menos, ha puesto en conocimiento del empresario su condición de afiliado a un sindicato»<sup>19</sup>.

En cuanto al «expediente contradictorio», tal formalidad «alcanza a los representantes elegidos durante su mandato y durante el año siguiente a la expiración de éste, también a los representantes electos antes de tomar posesión de sus cargos, e incluso a los candidatos proclamados para la elección en tanto dure el proceso electoral ...[, pero] carece ... de apoyo legal hacer extensiva dicha garantía a los [candidatos y] a los suplentes de las candidaturas ... una vez finalizado el proceso electoral»<sup>20</sup>.

Ahora bien, el propio ET regula la posibilidad de subsanación de un despido inicialmente defectuoso por motivos formales<sup>21</sup>, señaladamente por haberse realizado de manera verbal<sup>22</sup>. Según lo

<sup>17</sup> Cfr., igualmente, artículo 10.3.3º de la LOLS. Sobre la finalidad de este trámite, afirmando que no se trata de la mera notificación de un acuerdo empresarial, véase STSud de 16 octubre 2001 (Ar. 3073 de 2002). E indicando que no «cabe desde luego suplir, “o entender subsanado”, tal requisito por la comunicación que del inicio y resolución del expediente se hiciera al Comité de Empresa, dado que no es notificación sino audiencia, y no a aquel órgano representativo del conjunto de los trabajadores sino a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente», véase STSJ Castilla y León (Valladolid), de 11 enero 2006 (Ar. 416).

<sup>18</sup> En este sentido, véase una STSJ Castilla-La Mancha de 6 septiembre 2005 (Jur. 228874), afirmando que «la decisión de acordar una sanción disciplinaria por falta muy grave, en el ámbito de aplicación del ... Convenio Colectivo, está sometida a unas garantías particulares y específicas», de modo que «si se incumple dicha obligación convencional, o la misma se realiza de modo que sea esencialmente insuficiente, la consecuencia legal de ello ... será la de la declaración de improcedencia del despido acordado, sin poder entrar a valorar el fondo de la imputación realizada».

<sup>19</sup> Cfr. STC 30/1992, de 18 marzo, en relación con el artículo 10.3.3º de la LOLS. Según se afirmaba en esta misma sentencia, «no hay indicio alguno de que el trabajador hubiera puesto de manifiesto a la Empresa ... el hecho de su afiliación al Sindicato ...[y], además, tampoco hay constancia de que tal demandante comunicara al Delegado Sindical de CC.OO. en la Empresa, la existencia de su despido». Sobre el tema, véanse también, entre otras, SsTSJ Cataluña de 14 enero 2002 (Ar. 1160) y Aragón de 23 septiembre 2002 (Ar. 2784). Además, a propósito del plazo para efectuar dicha audiencia, véase STSud de 7 junio 2005 (Ar. 6017).

<sup>20</sup> Cfr. STSud de 15 marzo 1993 (Ar. 1860). Sobre la necesidad de instar el «expediente contradictorio» respecto de candidato despedido «en pleno proceso electoral», cfr. STS de 19 junio 1989 (Ar. 4810).

<sup>21</sup> Véase J.L. GOÑI SEIN, *La reiteración del despido ineficaz*, Aranzadi (Pamplona, 1997), págs. 27 y ss.

<sup>22</sup> Supuesto distinto es el de una segunda «carta» de «concreción/ampliación de las causas alegadas en la [primera y anterior] comunicación [escrita]», dado que en tal caso «no estamos ante el supuesto contemplado en este precepto [esto es, el artículo 55.2 del ET], que refiere a la omisión de alguno de los requisitos formales del despido» (cfr. STSJ Murcia de 7 octubre 2002 [Ar. 3208]).

dispuesto en su artículo 55.2, se trata de un nuevo despido que la empresa sólo puede efectuar «en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido»<sup>23</sup>. Su objetivo es cumplir con los requisitos formales omitidos en el primer despido —lógicamente, este segundo despido debe formalizarse por escrito, mediante «carta de despido»—, aunque «sólo surtirá efectos desde su fecha», razón por la que el empresario tiene la obligación, al realizarlo, de poner «a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social»<sup>24</sup>.

Nuestra jurisprudencia laboral distingue la «simple subsanación ..., en términos del art. 55.2 ET» —cuyo «objetivo es ... la concreción escrita de los hechos que lo motivaron»—, del supuesto en que «la segunda carta imputa al trabajador hechos posteriores a los que provocaron la primera decisión extintiva, en cuyo caso «es obvio que ... no cabe hablar de subsanación de defectos formales ni de nuevos hechos, sino de un nuevo despido independiente del anterior»<sup>25</sup>. Vista esta doctrina —que sorprende mucho, todo hay que decirlo, conocidas las circunstancias del caso que se enjuiciaba—, lo prudente es que el trabajador reaccione jurídicamente frente al primer despido, aunque verbal o tácito, para evitar el riesgo de que caduque su acción mientras espera la «carta de despido»<sup>26</sup>, supuesto que constituye «un error jurídico claro ... entender que una comunicación escrita posterior al despido efectivo restaura por sí misma la relación extinguida por el propio despido, y da lugar a un reinicio del plazo de caducidad»<sup>27</sup>.

**§4.** Según los artículos 55 y 56 del ET y 108 a 113 de la LPL, y en cuanto a los efectos que produce la decisión del empresario de despedir por motivos disciplinarios —una vez impugnado judicialmente por el trabajador dicho despido, siempre por los cauces del correspondiente proceso laboral especial—, cabe que éste sea «calificado como procedente, improcedente o nulo»; calificación que aparece íntimamente ligada tanto a la «causa justa» alegada como a la forma del despido.

<sup>23</sup> Sobre que se trata de un plazo de caducidad y de días naturales, véase A. ARUFE VARELA, «Tres apuntes acerca del plazo para la realización de un nuevo despido, después de un despido previo con defectos de forma», en el volumen *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor "honoris causa" por la Universidad de Santiago de Compostela*, Servicio de Publicaciones de la Universidad (Santiago de Compostela, 1997), págs. 123 y ss.

<sup>24</sup> Si el empresario no cumple este requisito, «la subsanación carece de cualquier eficacia y el despido verbal se mantiene en sus términos» (cfr. STSJ Cataluña de 22 mayo 2001 [Ar. 1038]).

<sup>25</sup> Cfr. STSud de 14 abril 2000 (Ar. 3957).

<sup>26</sup> Repárese en que —según la recién citada STSud de 14 abril 2000—, en el supuesto de que exista una «simple subsanación», «el plazo de caducidad del art. 59.2 ET comienza a contar sólo a partir de la fecha de la recepción de la carta de despido»; en cambio, si la segunda carta imputa hechos posteriores, resulta que «cada despido goza, como es lógico, de sustantividad y autonomía propia, y por consiguiente su respectivo plazo de caducidad comienza a contar a partir de la fecha en que se manifestó la voluntad de despedir, cualquiera que sea su forma, escrita o verbal, porque la caducidad opera también en los despidos verbales e incluso en los tácitos». Acerca de estos últimos, véase *infra*, Tema 37, §3.

<sup>27</sup> Cfr. STS de 22 septiembre 1997 (Ar. 6574), dictada en revisión.

Tradicionalmente, la calificación del despido como nulo venía estando vinculada a la existencia de defectos formales. Aparte este tipo de nulidad legal simple, la jurisprudencia constitucional —a partir de la STC 38/1981, de 23 noviembre— había creado la figura del despido «nulo, con nulidad radical» por motivos de fondo, cuando el despido tuviese un propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional<sup>28</sup>. En la actualidad —tras las reformas procesales y sustantivas de 1989-1990 y 1994—, la nulidad del despido ha quedado desligada de los motivos de forma, de manera que la única nulidad ahora existente es la simple, pero por motivos de fondo, salvo en los despidos objetivos y colectivos<sup>29</sup>.

El despido se declara procedente cuando se cumplan cumulativamente los tres siguientes requisitos: el empresario despidió en forma, logró probar en el pleito los hechos alegados en la «carta» y, por último, estos hechos probados tenían entidad suficiente (hasta alcanzar el grado de «incumplimiento grave y culpable») como para justificar el despido (artículo 55.4 del ET). En este caso, y dado que el trabajador —que, en todo caso, se encuentra en situación legal de desempleo desde que fue despedido<sup>30</sup>— perdió el pleito por despido que había incoado, se «convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación» (artículo 55.7 del ET).

La «gravedad» del incumplimiento aparece explicitada en el tenor de alguna de las «causas justas» de despido del artículo 54.2 del ET. En este sentido, las faltas de asistencia o puntualidad tienen que ser «repetidas», la disminución del rendimiento «continuada» y, por último, la embriaguez «habitual» (la habitualidad en el empleo de drogas distintas del alcohol la remarca el sufijo de la palabra «toxicomanía»). Igualmente, en algún caso aparece explicitada la «culpabilidad», de manera que las faltas de asistencia o puntualidad tienen que ser «injustificadas» y, por su parte, la disminución del rendimiento «voluntaria».

El despido se declara improcedente cuando el empresario no hubiese despedido en forma, o cuando —habiendo despedido en forma— no logra acreditar los hechos invocados en la «carta», o cuando —habiendo acreditado los hechos invocados en la «carta»— éstos no tienen la entidad («gravedad y culpabilidad») suficiente como para justificar el despido (artículo 55.4 del ET). La declaración de improcedencia conviene sólo relativamente al trabajador, pues la regla general es que la misma otorga un derecho de opción al empresario —opción que, sólo excepcionalmente, puede llegar a corresponder al trabajador—, consistente en elegir entre readmitir al trabajador o extinguir definitivamente su contrato de trabajo.

<sup>28</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «La Constitución y el despido», en el volumen *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 464 y ss.

<sup>29</sup> Véase A.M. BADIOLA SANCHEZ, *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, Lex Nova (Valladolid, 2003), págs. 379 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. artículo 208.1.1.c) de la LGSS.

Excepcionalmente, y por vía legal, el derecho de opción se concede al trabajador despedido cuando éste «fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical»<sup>31</sup>. También excepcionalmente, aunque por vía convencional, el derecho de opción puede extenderse por convenio colectivo al resto de los trabajadores no representantes legales (pudiendo pactarse incluso la readmisión obligatoria)<sup>32</sup>.

Si el empresario —o, en su caso, el trabajador— opta por la readmisión, ésta tiene que realizarse «en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido» (artículo 110.1 de la LPL) y, además, hay que abonar al trabajador los salarios de tramitación, esto es, «una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir», como regla general «desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia» [artículo 56.1.b) del ET]<sup>33</sup>. En cambio, si se opta por la extinción del contrato<sup>34</sup>, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización rígidamente tasada<sup>35</sup> —en función de los «años de servicio»<sup>36</sup> y del «salario» percibido al tiempo del despido<sup>37</sup>—, equivalente a «cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio ... hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades» (como máximo, por tanto, 1260 días de indemnización, que corresponden a 28 años de servicio), «prorrrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año» [artículo 56.1.a)

<sup>31</sup> Cfr. artículo 56.4 del ET. Extendiendo este derecho de opción a favor del candidato, véase *STSud* de 2 diciembre 2005 (Ar. 515 de 2006).

<sup>32</sup> Cfr., por ejemplo, *SsTSud* de 26 diciembre 2000 (Ar. 1877 de 2001), de 5 octubre 2001 (Ar. 1421 de 2002) y de 22 septiembre 2005 (Ar. 8607).

<sup>33</sup> Téngase en cuenta que también se establece como límite de los salarios de tramitación el hecho de que se «hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia [que declarase la improcedencia] y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación» [artículo 56.1.b) del ET].

<sup>34</sup> La opción por la extinción debe ser expresa, de modo que si el empresario —o, en su caso, el trabajador— no dice nada en el plazo de cinco días, se entiende que procede la readmisión (artículo 56.3 y 4 del ET).

<sup>35</sup> Frente al sistema viejo de cálculo de la indemnización sobre la base de la confianza en el prudente arbitrio de los Magistrados de Trabajo. Así, según el artículo 37.4 del DLRT, «la indemnización por resarcimiento de perjuicios será fijada por el Magistrado de Trabajo, a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta la antigüedad del trabajador en la Empresa, condiciones del contrato de trabajo que se extingue, posibilidades de encontrar nueva colocación adecuada, dimensión y características de la Empresa y circunstancias personales y familiares del trabajador, especialmente las de ser titular de familia numerosa, mayor de cuarenta años o minusválido» (inciso 1º), teniendo en cuenta que «la cantidad resultante no podrá ser inferior a dos meses de salario por año de servicio, ni exceder de cinco anualidades» (inciso 2º). En sentido sumamente parecido, véase artículo 81, párr. 3º, de la LCT-1944.

<sup>36</sup> Sobre la distinción, a estos efectos indemnizatorios, entre «años de servicio» y «antigüedad», véase *SsTSud* de 5 febrero 2001 (Ar. 2144) y de 19 abril 2005 (Ar. 4536), con cita de abundante jurisprudencia unificada anterior. Sobre el tema, véase L. MELLA MENDEZ, «Algunos criterios judiciales recientes sobre el concepto “años de servicio” para el cálculo de la indemnización por despido improcedente», en el volumen *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., págs. 289 y ss.

<sup>37</sup> En principio, «el salario a tener en cuenta en los casos de despido es el realmente percibido por el trabajador en el momento del despido, [aunque ésta] es una regla general frente a la que caben excepciones», como, por ejemplo, en el caso de una trabajadora «a jornada completa ...[que] pasó a prestar servicios en régimen de jornada reducida al 50% para cuidado de un hijo menor» (cfr. *STSud* de 11 diciembre 2001 [Ar. 2025 de 2002]). Sobre si debe o no computarse el salario en especie, véase *STSud* de 21 diciembre 2005 (Ar. 589 de 2006).

del ET]; y además, pero sólo en el caso de que el empresario no hubiese depositado judicialmente la citada indemnización, también los salarios de tramitación devengados entre las fechas del despido y la sentencia.

En efecto, el empresario puede ahorrarse totalmente el abono de los salarios de tramitación si antes de la conciliación preprocesal ante el SMAC reconoce la improcedencia del despido, deposita la indemnización citada en el Juzgado de lo Social en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido<sup>38</sup> y, además, el trabajador acepta dicha indemnización o, cuando no la acepte, el despido se declare después improcedente (artículo 56.2 del ET)<sup>39</sup>. Indudablemente, esta posibilidad favorece la mercantilización más cruda de la extinción del contrato de trabajo, en detrimento de la justicia. Y es que —según acredita la práctica forense— se llega al extremo incluso de reconocer la improcedencia en la propia carta de despido —y por tanto, que el despido practicado por el empresario es un fraude—, alegando normalmente supuestas dificultades probatorias.

Esta nueva redacción del artículo 56.2 del ET —efectuada por la Ley 45/2002, de 12 diciembre— supuso un tercer hito en el proceso de progresivo abaratamiento del coste de los salarios de tramitación, iniciado en 1994 (prescindiendo de la efímera regulación contenida en el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 mayo)<sup>40</sup>.

Los dos primeros hitos fueron establecidos por la Ley 11/1994, de 19 mayo, al disponerse, de un lado, la eliminación radical de los llamados salarios «de sustanciación» del recurso —mediante la enmienda del artículo 111 de la LPL-1990, entonces vigente, sobre ejecución provisional de las sentencias de despido—; y de otro lado, la eliminación parcial de los salarios de tramitación devengables en la instancia —mediante la modificación del artículo 56 del ET—, limitando su abono a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la conciliación administrativa previa, supuesto que el empresario depositase judicialmente la indemnización y reconociese la improcedencia del despido, precisamente en el citado acto de conciliación administrativa previa.

El despido se declara nulo<sup>41</sup>, además de en los supuestos frontalmente contradictorios con la conciliación de la vida laboral y familiar, o relativos a la violencia de género, cuando «tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» (artículo 55.5 del ET). Esta declaración de nulidad del despido es la que conviene plenamente al trabajador, pues la misma «tendrá el efecto de la readmisión inmediata ..., con abono de los salarios dejados de percibir» (artículo 55.6 del ET). Y tan es así que, frente al empresario obstinado en no readmitir, el trabajador puede instar

<sup>38</sup> Transcurrido este plazo, el empresario tiene que abonar «los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito» (artículo 56.2, párrafo segundo, del ET).

<sup>39</sup> Sobre diferentes aspectos relativos al tema, véanse SsTSud de 12 mayo 2005 (Ar. 5919), de 25 mayo 2005 (Ar. 6510), de 30 mayo 2005 (Ar. 6022), de 26 diciembre 2005 (Ar. 5965 de 2006) y de 7 febrero 2006 (Jur. 94195).

<sup>40</sup> Sobre este episodio efímero, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, «La regulación legal de los salarios de tramitación», *Actualidad Laboral*, núm. 33 (2002), págs. 743 y ss.

<sup>41</sup> Véase C. RIERA VAYREDA, *El despido nulo*, Tirant lo blanch (Valencia, 1997), págs. 17 y ss.

la aplicación de las medidas compulsivas a que se refiere el artículo 282 de la LPL, consistentes en despachar ejecución anticipada por una cantidad equivalente a seis meses de salarios, para garantizar la percepción de éstos por el trabajador, manteniéndole en alta y cotizándose entre tanto por él a la Seguridad Social.

Por esta razón, no resulta infrecuente en los casos de nulidad que llegue a producirse la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes, pero pudiendo negociar el trabajador en posición de fuerza, para conseguir una indemnización siempre muy superior a la legalmente establecida para el despido improcedente.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que no resulta «admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de los salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite»<sup>42</sup>.

Según el artículo 55.5 del ET —en la redacción que le dio la Ley 39/1999, de 5 noviembre, así como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre<sup>43</sup>—, también será nulo el despido en los siguientes supuestos: «a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período»; y «b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período 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 apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma; 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».

**§5.** De la misma forma que un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador posibilita que pueda ser despedido por el empresario, el incumplimiento contractual grave y culpable del empresario también da derecho al trabajador a solicitar la rescisión de su relación contractual. En este sentido, el trabajador puede hacer uso de la figura conocida como «despido indirecto»<sup>44</sup>, listada como causa de extinción del

<sup>42</sup> Cfr. STSud de 12 junio 2001 (Ar. 5931).

<sup>43</sup> Sobre esta nueva redacción y las dudas que plantea, véase P. MENENDEZ SEBASTIAN y T. VELASCO PORTERO, *La Incidencia de la Violencia de Género en el Contrato de Trabajo*, Ediciones Cinca (Madrid, 2006), págs. 121 y ss.

<sup>44</sup> Como afirma E. BORRAJO DACRUZ, «Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, cit., pág. 38, «a falta de una declaración de voluntad en tal sentido (despido directo) el supuesto que el ETT equipara al despido improcedente, al ver en él un *despido indirecto*, exige que la conducta empresarial se presente en actos concluyentes calificados por las notas de gravedad y culpabilidad».



contrato de trabajo en el artículo 49.1.j) del ET, según el cual el contrato se extingue «por voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario». Se trata de un precepto desarrollado por el artículo 50 del ET<sup>45</sup>, que detalla las concretas causas que permiten al trabajador apelar a esta peculiar figura extintiva, reconduciéndolas a las tres siguientes: 1) el incumplimiento de los deberes patronales de buena fe, como «las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad» [artículo 50.1.a)], entre los que se incluye la actitud de acoso u hostigamiento al trabajador por parte del empresario; 2) el incumplimiento de la obligación empresarial de retribuir, consistente en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado» [artículo 50.1.b)]; y 3) «cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario» [artículo 50.1.c)]<sup>46</sup>.

Se trata de tres causas tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico, pues ya el Código de Comercio de 1885 se refería —en cuanto que «causas para que los dependientes puedan despedirse de su principales»— a «la falta de pago en los plazos fijados del sueldo o estipendios convenidos», a «la falta de cumplimiento de cualquiera de las demás condiciones concertadas en beneficio del dependiente» y, por último, a «los malos tratamientos u ofensas graves por parte del principal» (artículo 301).

En principio, no parece que la solución que ofrece el artículo 50 del ET sea una solución realista, visto que la reacción del trabajador pasa necesariamente por la extinción de su contrato de trabajo y, por tanto, por la pérdida de su puesto de trabajo. A ello hay que sumar el hecho —a diferencia del despido disciplinario— de que el trabajador no puede resolver por sí mismo el contrato, puesto que —salvo en contadas excepciones (por ejemplo, si existe riesgo para la integridad física del trabajador)<sup>47</sup>— debe permanecer en su puesto de trabajo (sin cobrar, separado de su familia o soportando el acoso del empresario) y solicitar del Juez de lo Social la resolución contractual. Sólo si el Juez

<sup>45</sup> Véase A.V. SEMPERE NAVARRO y C. SAN MARTIN MAZZUCCONI, *El Artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2001), págs. 17 y ss.

<sup>46</sup> Aquí se incluye expresamente «la negativa del mismo [empresario] a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados».

<sup>47</sup> Una STSJ Cataluña de 22 enero 2003 (Ar. 449) contempla el caso de un trabajador que llevaba ya varios meses sin percibir su salario; y una STSJ Cataluña de 20 junio 2005 (Ar. 1606), un supuesto de acoso o «mobbing». Un supuesto más discutible, en STC 225/2002, de 9 diciembre, a propósito del subdirector de un periódico. Sobre más «excepciones a la regla», véase C. VIQUEIRA PEREZ, *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Civitas (Madrid, 1994), págs. 111 y ss.

estima la demanda del trabajador, el contrato se extingue, con derecho del reclamante a percibir «las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente» (artículo 50.2)<sup>48</sup>.

Resulta más realista, sin embargo, que el trabajador que no quiera perder su empleo combata jurídicamente el comportamiento empresarial de incumplimiento contractual (señaladamente, en supuestos de acoso) y solicite la indemnización de los daños y perjuicios causados, sin necesidad de verse abocado a solicitar la extinción de su contrato de trabajo, utilizando incluso el proceso laboral especial de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales<sup>49</sup>.

En fin, que la indemnización prevista sea precisamente ésta (recuérdese, de cuantía equivalente a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades), sí podría animar al trabajador, en algún supuesto excepcional, a decantarse por esta peculiar figura extintiva. Por ejemplo, en el caso de que el empresario venga incumpliendo la obligación de retribuir porque se encuentra pendiente de resolución un expediente de regulación de empleo (ERE) —al amparo del artículo 51 del ET<sup>50</sup>—, el cual podría finalizar con la autorización para extinguir los contratos de trabajo, sí, pero con una indemnización sensiblemente inferior (recuérdese, de cuantía equivalente a veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades). Y es que, según nuestra jurisprudencia laboral, «en tanto el contrato de trabajo esté vigente y el ERE iniciado antes de presentarse la demanda no se haya resuelto, no hay obstáculo legal alguno para la interposición de la ... demanda y, por ende, para que el Juzgado dicte sentencia resolviendo el fondo de la pretensión»<sup>51</sup>.

Quien no puede utilizar el cauce extintivo del artículo 50 es el trabajador que hubiera sido despedido —incluso tácitamente, por cierre de la empresa como consecuencia de sus dificultades económicas—, al no mantenerse vivo el contrato de trabajo, pues «extinguido el contrato de trabajo por despido, no cabe cinco meses más tarde ejercitar la acción rescisoria»<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Afirmando que «la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme», cfr. STSud de 8 noviembre 2000 (Ar. 1419 de 2001). En la jurisprudencia de suplicación se ha generalizado la posibilidad de que en estos mismos casos el trabajador —al igual que ocurre en los supuestos de despido nulo— llegue a percibir indemnizaciones adicionales compatibles con la legal del despido improcedente, siempre y cuando el despido indirecto se haya producido con violación de derechos constitucionales fundamentales del trabajador (cfr. ATSJ Cantabria de 12 enero 2006 [Jur. 41353], con rica recopilación jurisprudencial). Apuntando incisivamente qué «dificultades plantea actualmente la relación entre el artículo 50 ET y la indemnización no tasada de daños por responsabilidad civil», véase F.J. GOMEZ ABELLEIRA, «Reflexiones sobre la responsabilidad civil o indemnizatoria por daños de acoso moral en el trabajo», en M. CORREA CARRASCO (Coordinador), *Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2006), págs. 199 y ss.

<sup>49</sup> Véase *supra*, Tema 19, §2.

<sup>50</sup> Para el caso de empresario «concurtido», téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal.

<sup>51</sup> Cfr. STSud de 5 abril 2001 (Ar. 4885).

<sup>52</sup> Cfr. STSJ Comunidad Valenciana de 6 marzo 2002 (Ar. 1404 de 2003).

En los casos de insolvencia empresarial —con independencia de que el empresario insolvente sea un empresario «concurado» o no—, «el Fondo de Garantía Salarial ... abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia ... a favor de los trabajadores a causa de ... extinción de los contratos de trabajo conforme ...[al artículo] 50 ... de esta Ley, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base de cálculo, pueda exceder del duplo del salario mínimo interprofesional» (artículo 33.2, párrafo primero, del ET).

Téngase en cuenta, según dispone el artículo 32 de la LPL, que «cuando el trabajador formule demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y por despido, la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio»<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Sobre el tema, véase J. GARCIA MURCIA, *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas (Madrid, 1991), págs. 23 y ss.



---

PARTE CUARTA

---

**DERECHO SINDICAL**

---



---

## TEMA 26

# LA REPRESENTACION LEGAL DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. Concepto y clases. §2. Elección. §3. Mandato. §4. Competencias. §5. Garantías.

§1. El ET dedica su Título II a la regulación «De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa», formando un conjunto de veintinueve preceptos (artículos 61 a 81), del total de noventa y tres del propio ET, parcialmente reglamentados por el Real Decreto 1844/1994, de 9 septiembre<sup>1</sup>. El propósito de este conjunto normativo es hacer efectivo el derecho de participación de los trabajadores en la empresa, a través de los representantes de los mismos, a lo que ninguna objeción razonablemente puede oponer el empresario, pues no resulta viable que éste se entienda directamente con el conjunto de sus trabajadores, en asuntos que afecten a todos, cuando los trabajadores en cuestión son muchos. Estos representantes de los trabajadores se denominan representantes «legales», por causa de que su régimen

---

<sup>1</sup> Toda esta regulación trae causa de la reforma operada en el ET-1980 por la Ley 11/1994, de 19 mayo, que en este punto se limitó a transcribir el acuerdo alcanzado por CC.OO. y UGT, en septiembre de 1992, sobre «propuestas de modificación de la normativa electoral y la representatividad sindical». Según la exposición de motivos de la Ley 11/1994, las claves de la reforma electoral por ella operada eran tres. En primer lugar, la eliminación de período de cómputo de resultados electorales globales, que era un período de carácter trimestral (el último, en 1990, de 15 septiembre a 15 diciembre) en el que se producía una increíble concentración de procesos electorales que generaba, a su vez, una «innecesaria, pero excesiva, confrontación ... entre las distintas opciones sindicales»; período trimestral de confrontación abierta reemplazado hoy por otro de «desconcentración electoral», en el que las elecciones se celebran «conforme caducan los mandatos representativos», esto es, «de forma abierta en el tiempo». En segundo lugar, y como clave indisolublemente ligada a lo anterior, la eliminación de la proclamación oficial de resultados electorales globales (la última, publicada en BOE de 14 noviembre 1991), que ha sido reemplazada por «la acreditación de la representatividad [de los sindicatos] por los resultados vigentes en el momento en que deban ejercerse las funciones representativas». En tercer lugar, la atenuación de la excesiva judicialización que venía caracterizando los procesos electorales a representantes legales o unitarios de los trabajadores —llegó a decirse incluso que el correspondiente a 1990 había generado más de nueve mil pleitos ante los Juzgados de lo Social de instancia—, lo que constituía un «problema» más a resolver, y que precipitó en la creación de un nuevo procedimiento extrajudicial de carácter arbitral para la tramitación de la gran mayoría de reclamaciones electorales, que se verá luego (*infra*, §2, *in fine*).

jurídico está contenido en los citados artículos 61 a 81 del ET; pero también se denominan representantes «unitarios», puesto que su representación —al igual que ocurre con la representación propiamente política— comprende a todos los trabajadores de la empresa<sup>2</sup>, sin exclusiones de ningún tipo, y haciendo abstracción, por tanto, del dato de la eventual afiliación sindical o no de los mismos<sup>3</sup>.

La participación de los trabajadores mediante representantes legales o unitarios también aparece prevista en otras normas laborales, que toman como base las formas de representación contenidas en el Título II del ET. Es el caso de la participación mediante «delegados de prevención», recogida en la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales (artículos 35 a 37)<sup>4</sup>. También es el caso de la participación mediante un «comité de empresa europeo», según lo dispuesto en la Ley 10/1997, de 24 abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (artículos 12 y 16 a 19)<sup>5</sup>. Es el caso, en fin, de la participación mediante el «órgano de representación» establecido a tal efecto en el ámbito de una Sociedad Anónima Europea, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2001/86/CE, de 8 octubre 2001, del Consejo, completando el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores<sup>6</sup>.

A los efectos de esta última norma, por cierto, «participación» resulta ser equivalente en cierto modo a «cogestión»<sup>7</sup>, sin duda por causa del hecho de que esta forma de participación continúa siendo operativa en algún Estado miembro de la Unión Europea. Se trata de un sistema de participación que nunca dio frutos relevantes en España, a pesar de que se había regulado en la Ley 41/1962, de 21 julio, sobre participación del personal en la administración de las empresas que adopten la forma jurídica de sociedad, lo que explica que la única vez que aparece mencionada dicha Ley en el ET-1980 es con ocasión de su derogación (disposición final 3ª.6). De todos modos, es cierto que el artículo 61 del ET admite

<sup>2</sup> Eventualmente, incluso, trabajadores no pertenecientes a la plantilla de la empresa pero que trabajan en ella, como en el caso de los trabajadores puestos a disposición por empresas de trabajo temporal (cfr. *supra*, Tema 9, §5) o trabajadores de empresas contratistas o subcontratistas carentes de sus propios representantes unitarios (cfr. *supra*, Tema 10, §3).

<sup>3</sup> Véase I. ALBIOL MONTESINOS, *Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia laboral*, Tirant lo blanch (Valencia, 1998), págs. 23 a 127.

<sup>4</sup> Véase *supra*, Tema 17, §3.

<sup>5</sup> Téngase en cuenta que «en nuestro país ... el “acuerdo” constitutivo del comité de empresa europeo ...[tiene] la naturaleza de un verdadero convenio colectivo de grupo de empresas de dimensión comunitaria» (cfr. X.M. CARRIL VAZQUEZ, «Derecho comparado y comunitario sobre negociación colectiva y grupos de empresas», en el volumen *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales [Madrid, 2003], pág. 118).

<sup>6</sup> Véase M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 117 (2003), págs. 355 y ss. También B. FERNANDEZ DOCAMPO, *La participación de los trabajadores en el Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2006), págs. 199 y ss.

<sup>7</sup> En efecto, el término «participación» aparece definido en la Directiva como «la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad», bien mediante «el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad», bien mediante «el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad» [artículo 2.k)].



la existencia de «otras formas de participación» de los trabajadores<sup>8</sup>, pero esta expresión debe entenderse principalmente referida a la participación mediante representaciones de los sindicatos, según lo previsto en los artículos 8 y 10 de la LOLS.

Por otra parte, el personal que preste sus servicios en las distintas Administraciones públicas, siempre que esté vinculado a las mismas a través de una relación de carácter administrativo o estatutario, cuenta con sus propios y específicos órganos de representación legal o unitaria (delegados de personal y juntas de personal), regulados en los artículos 3 a 29 de la Ley 9/1987, de 12 junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, parcialmente reglamentados por el Real Decreto 1846/1994, de 9 septiembre, por el que se aprueba el reglamento de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado.

Las representaciones legales o unitarias de los trabajadores no son iguales en todas partes, sino que varían en función del tamaño de las empresas. Por supuesto, este tamaño —que laboralmente hablando permite hablar de pequeñas, medianas y grandes empresas— es un tamaño medido por el número de trabajadores que tengan, incluyendo en este número no sólo los trabajadores fijos (y fijos-discontinuos), sino también los trabajadores precarios. Ahora bien, respecto de estos últimos, hay que tener en cuenta —para fijar el tamaño de la empresa— que sólo resultan computables, en principio, los que tengan contrato de trabajo de duración superior a un año, pues existen reglas especiales para los que tengan contrato de trabajo de duración inferior a un año, dado que para computarlos hay que realizar una operación matemática, consistente en dividir por 200 el número total de días trabajados por estos otros trabajadores precarios (artículo 72 del ET).

El número de días computables es el de los trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección, contabilizando «tanto los días efectivamente trabajados como los días de descanso, incluyendo descanso semanal, festivos y vacaciones anuales». De este modo, dos trabajadores precarios que hayan trabajado 100 días cada uno en el último año, computarán a estos efectos como un solo trabajador. Ahora bien, el resultado de la división se desecharía si el cociente resultase ser superior al número de trabajadores tomados para el cálculo (lo que sucedería, por ejemplo, si hay cuatro trabajadores precarios que han trabajado sendos períodos de 300 días en el último año, pues en tal caso el cociente de la división sería seis), debiendo entonces computarse simplemente el número de trabajadores precarios (artículo 9.4 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994).

Dentro del marco genérico de la empresa, estos representantes legales o unitarios de los trabajadores se eligen, en principio, por centros de

---

<sup>8</sup> Véase R. AGUILERA IZQUIERDO, «Instituciones de participación y, en especial, delegados de personal (En torno a los artículos 61 y 62)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), págs. 1239 y ss.

trabajo<sup>9</sup>. De acuerdo con el tamaño de estos últimos —medido por las reglas de que antes se hizo mención—, en los centros de trabajo que tengan entre 6 y 49 trabajadores, ambos inclusive, los representantes legales o unitarios son los delegados de personal, uno si el centro tiene hasta 30 trabajadores, y tres si el centro tiene entre 31 y 49 trabajadores<sup>10</sup>. En los centros de trabajo con 50 ó más trabajadores, los representantes legales o unitarios son los mal llamados comités de empresa —en realidad, comités de centro, sólo cabiendo hablar de verdadero comité «de empresa», cuando esta última y el centro de trabajo coincidan— compuestos por un número variable de miembros, siempre impar, que oscila entre cinco y setenta y cinco, en función siempre del tamaño del centro de trabajo en cuestión (cinco si tiene hasta 100 trabajadores; setenta y cinco si tiene más de veintisiete mil trabajadores)<sup>11</sup>.

Además de este «comité de empresa» común u ordinario, el ET también regula otros especiales. En primer lugar, el denominado comité de empresa «conjunto», cuya constitución resulta posible en empresas que tengan en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen por separado los 50 trabajadores requeridos, pero que sí los alcanzan si se suman los censos de todos esos centros de trabajo distintos (artículo 63.2)<sup>12</sup>. En segundo lugar, el denominado comité de empresa «intercentros», que puede constituirse en el caso de que cada uno de los centros de trabajo de una empresa cuente con su propia representación legal o unitaria —habitualmente en forma de comité de empresa, aunque también cabe la presencia en el comité «intercentros» de delegados de personal<sup>13</sup>—, pero sólo si así se pacta la constitución de este peculiar comité por convenio colectivo y con las funciones que éste expresamente le atribuya (artículo 63.3)<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Sobre el tema de la unidad electoral, muy clarificadoras, véanse SsTS de 31 enero y 19 marzo 2001 (Ar. 2138 y 3385). En relación con las Administraciones públicas y con todas las peculiaridades en ellas del «centro de trabajo» (cfr. *supra*, Tema 10, §2) en cuanto que «unidad electoral», véase STS de 17 septiembre 2004 (Ar. 8238).

<sup>10</sup> Cfr. artículo 62 del ET. Con todo, según este mismo precepto, los centros de trabajo que cuenten entre seis y diez trabajadores sólo tendrán un delegado de personal «si así lo decidieran ... por mayoría», previamente, los propios trabajadores. Sobre la promoción de elecciones en este caso, admitiendo que pueda efectuarla un sindicato, véase STC 36/2004, de 8 marzo, que es la primera de una serie de nueve sentencias sobre el asunto en cuestión.

<sup>11</sup> Cfr. artículo 66 del ET.

<sup>12</sup> Según este mismo precepto, «cuando unos centros tengan 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro». Téngase en cuenta que lo dispuesto en este precepto no puede extenderse por analogía a los delegados de personal, de manera que no resulta posible elegir un delegado de personal provincial, mediante una votación conjunta de los trabajadores de todos los centros de trabajo que tenga la empresa en ese ámbito, señaladamente en los casos en que tales centros tienen menos de seis trabajadores (cfr. STS de 31 enero 2001 [Ar. 2138]).

<sup>13</sup> Cfr., por ejemplo, STS de 18 septiembre 2003 (Ar. 7698).

<sup>14</sup> Según este mismo precepto, el número de componentes del comité «intercentros» no puede exceder de 13, teniendo en cuenta que en su constitución debe guardarse «la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente» (sobre este último tema, véanse SsTS de 4 diciembre 2000 [Ar. 10416] y 3 octubre 2001 [Ar. 8980]).

§2. El sistema previsto para la elección de los delegados de personal y miembros de comités de empresa, que es común para ambos, aparece regulado con prolijidad en los artículos 69 a 76 del ET, bajo la rúbrica «procedimiento electoral»<sup>15</sup>. Estos ocho preceptos han sido desarrollados por el citado Real Decreto 1844/1994, de 9 septiembre, por el que se aprueba el reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Coloquialmente, todo este conjunto de trámites electorales se conoce con el nombre de «elecciones sindicales», por causa del hecho de que a los sindicatos se les atribuye un papel estelar en momentos clave de las elecciones en cuestión<sup>16</sup>, como el de la convocatoria o «promoción de elecciones»<sup>17</sup> y el de la presentación de «candidaturas» y «candidatos»<sup>18</sup>.

No podía ser de otra manera, habida cuenta que los resultados de estas elecciones a representantes legales o unitarios de los trabajadores, sumados a los resultados de las elecciones a representantes legales o unitarios del personal no laboral al servicio de las distintas Administraciones públicas<sup>19</sup>, «no sólo sirven para elegir a los representantes unitarios o

<sup>15</sup> Véanse J.J. FERNANDEZ DOMINGUEZ, «El comité de empresa. Procedimiento electoral [En torno a los artículos 69 a 72]», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), págs. 1341 y ss.; C. SANCHEZ TRIGUEROS, «La mesa electoral y la votación para delegados de personal y comités de empresa [En torno a los artículos 73, 74 y 75]», *ibidem*, págs. 1365 y ss.; y M.R. CRISTOBAL RONCERO, «Las reclamaciones en materia electoral [En torno al artículo 76]», *ibidem*, págs. 1383 y ss. En relación con los «procesos electorales especiales», distintos del «común» regulado en los citados preceptos del ET, véase M.J. RODRIGUEZ RAMOS y G. PEREZ BORREGO, *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2002), págs. 178 y ss.

<sup>16</sup> De «modelo abiertamente sindicalizado» se habla en STC 57/1989, de 16 marzo. «De hecho, la gran mayoría de los delegados de personal y miembros de comités de empresa vienen siendo elegidos en listas presentadas por los sindicatos, siendo éstos quienes asimismo promueven de forma absolutamente mayoritaria la celebración de elecciones» (cfr. STC 95/1996, de 29 mayo). Para un ejemplo de «Comité de empresa sindicalizado», véase STC 191/1996, de 26 noviembre.

<sup>17</sup> Cfr. artículos 67.1 y 2 del ET y 1 a 4 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994. De acuerdo con estos preceptos, cabe hablar de un preaviso de convocatoria de elecciones «individualizado», que es el que afecta al conjunto de los trabajadores de una sola empresa o de un solo centro de trabajo, en cuyo caso «los promotores deberán identificar con precisión la empresa y el centro de trabajo de ésta en que se desea celebrar el proceso electoral» (artículo 67.1, párrafo segundo, del ET); y también, de un preaviso «generalizado», tendente a promover «elecciones ... en uno o varios ámbitos funcionales o territoriales» (artículo 67.1, párrafo tercero, del ET). En cualquier caso, los preavisos generalizados exigen hoy «previo acuerdo mayoritario entre los sindicatos más representativos o representativos de conformidad con la [LOLS]» (*ibidem*) —esto es, acuerdo entre sindicatos «cuya representatividad conjunta deberá superar el 50 por 100 de los representantes elegidos en los ámbitos en que se lleve a efecto la promoción» (artículo 2.4 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994)—, todo ello para acabar con las denominadas «guerras de preavisos» como la que registra, por ejemplo, una STS de 11 abril 1991 (Ar. 3263), que debió rechazar la pretensión de que se declarara «que la presentación por CC.OO. de preavisos acumulados ... en 200.000 empresas y centros de trabajo de toda España, excepto el País Vasco, suponía la vulneración del derecho de libertad sindical de la UGT».

<sup>18</sup> Cfr. artículos 69.3 del ET y 8 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994.

<sup>19</sup> Sobre los representantes legales o unitarios de este personal, véase *supra*, §1.

electivos ..., sino también para determinar quiénes son los sindicatos más representativos o simplemente representativos»<sup>20</sup>. En efecto, son «dos [las] funciones que en nuestro ordenamiento tienen las denominadas elecciones sindicales: la primera función es la de designar los miembros de los órganos de representación unitaria de los trabajadores (comités de empresa y delegados de personal), mientras que la segunda consiste en determinar el nivel de representatividad de las diversas organizaciones sindicales mediante la atribución a las mismas de los resultados electorales»<sup>21</sup>.

Con intervención o no de sindicatos<sup>22</sup>, lo cierto es que la elección de los representantes legales o unitarios se efectúa democráticamente por y entre todos los trabajadores del centro de trabajo<sup>23</sup>, aunque es preciso haber cumplido 16 años y acreditar una antigüedad en la empresa de al menos un mes —en el momento de la votación—, para tener derecho de sufragio activo (esto es, como elector); y además, haber cumplido 18 años y acreditar una antigüedad en la empresa de al menos seis meses —en el momento de la presentación de la candidatura—, para tener derecho de sufragio pasivo (esto es, como elegible)<sup>24</sup>. En las elecciones a delegados de personal (recuérdese, en centros de trabajo entre 6 y 49 trabajadores), se establecerá una lista única de candidatos ordenada alfabéticamente, pudiendo cada elector dar su voto a un número máximo de candidatos equivalente al de puestos a cubrir (sistema de «listas abiertas»,

<sup>20</sup> Cfr. STC 95/1996, de 29 mayo, y jurisprudencia constitucional en ella citada.

<sup>21</sup> Cfr. STS de 7 julio 1999 (Ar. 5788). Repárese en que en nuestro sistema jurídico —a diferencia de lo que sucede en algún otro ordenamiento, como el norteamericano (véase J. MARTINEZ GIRON, «Las elecciones sindicales en los Estados Unidos», *Revista de Política Social*, núm. 148 [1985], págs. 41 y ss.)— «las “elecciones sindicales” no tienen como objetivo inmediato la designación de los sindicatos que van a participar en la negociación colectiva, sino que su finalidad primera es la designación de los representantes unitarios de los trabajadores» (cfr. STC 187/1987, de 24 noviembre).

<sup>22</sup> Téngase en cuenta, en cuanto a la convocatoria de elecciones, que «podrán promover elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa las organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo de un 10 por 100 de representantes en la empresa o los trabajadores [incluso los no afiliados a ningún sindicato] del centro de trabajo por acuerdo mayoritario» (artículo 67.1 del ET); y en cuanto a la presentación de candidaturas y de candidatos, lo siguiente: que «se podrán presentar candidatos para las elecciones de delegados de personal y miembros del comité de empresa por los sindicatos de trabajadores legalmente constituidos o por las coaliciones formadas por dos o más de ellos, que deberán tener una denominación concreta atribuyéndose sus resultados a la coalición» (artículo 69.3 del ET), que «igualmente podrán presentarse los trabajadores [incluso no afiliados a ningún sindicato] que avalen su candidatura con un número de firmas de electores de su mismo centro y colegio, en su caso, equivalente al menos a tres veces el número de puestos a cubrir» (*ibidem*), y que —sólo respecto de las elecciones a comités de empresa— «la renuncia de cualquier candidato presentado en algunas de las listas para las elecciones antes de la fecha de la votación no implicará la suspensión del proceso electoral ni la anulación de dicha candidatura aun cuando sea incompleta, siempre y cuando la lista afectada permanezca con un número de candidatos, al menos, del 60 por 100 de los puestos a cubrir» [artículo 71.2.a) del ET; sobre el tema, véanse SsTC 13/1997, de 27 enero, y 18/2001, de 29 enero].

<sup>23</sup> De hecho, el sufragio es «libre, personal, secreto y directo» (artículos 62.1, párrafo segundo, 69.1 y 75.2 del ET).

<sup>24</sup> Dichos requisitos, en artículo 69.2 del ET. Corresponde al empresario elaborar el «censo laboral», debiendo luego remitirlo a la mesa electoral para que le dé publicidad (cfr. artículos 74.2 y 3 del ET y 6 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994). Con toda lógica, el Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto, afirma que «el personal de alta dirección no participará como elector ni como elegible en los órganos de representación regulados en el Título II del Estatuto de los Trabajadores» (artículo 16).

por tanto, como en las elecciones políticas al Senado), de manera que resultarán elegidos los candidatos que obtengan el mayor número de votos válidos emitidos<sup>25</sup>. En las elecciones a miembros de comités de empresa, en cambio, cada candidatura presentará una lista con tantos nombres al menos como puestos a cubrir (sistema de «listas cerradas y bloqueadas», por tanto, como en las elecciones políticas al Congreso de los Diputados), pudiendo cada elector dar su voto a una sola lista o papeleta, de manera que a cada una de ellas se le atribuirá en el comité de empresa el número de puestos que le corresponda en proporción al número de votos válidos emitidos<sup>26</sup>.

Téngase en cuenta que en las elecciones a comités de empresa se celebran, en realidad, dos votaciones simultáneas, puesto que el censo laboral de electores y elegibles aparece distribuido en al menos dos «colegios electorales»<sup>27</sup>, uno integrado por los técnicos y administrativos (esto es, en términos generales, por los trabajadores intelectuales) y otro por los trabajadores especialistas y no cualificados (esto es, en términos generales, por los trabajadores manuales). Por ello, los puestos del comité de empresa en cuestión se reparten en proporción al número de trabajadores que forma cada uno de los dos colegios electorales<sup>28</sup>, de manera que cada elector sólo puede dar su voto a una sola de las listas presentadas por el colegio al que pertenezca [artículo 71.2.a) del ET].

En todo caso, el proceso electoral se desenvuelve por el impulso y bajo la vigilancia de un órgano constituido «ad hoc», que es la «mesa electoral». En las elecciones a delegados de personal habrá una única mesa electoral, mientras que en las elecciones a comités de empresa habrá, en principio, una por cada colegio electoral de 250 trabajadores electores o fracción<sup>29</sup>. Formada siempre por un presidente (el trabajador de mayor antigüedad en la empresa) y dos vocales (los electores de mayor y menor edad), que no pueden ser candidatos, la mesa electoral interviene en todas las fases del proceso, desde su puesta en marcha (la fecha de su constitución es la «fecha de iniciación del proceso electoral» [artículo 74.1, párrafo segundo, del ET]) hasta su finalización (a ella le corresponde «presidir la votación, realizar el escrutinio, levantar el acta correspondiente y resolver cualquier reclamación que

<sup>25</sup> Además, «en caso de empate, resultará elegido el trabajador de mayor antigüedad en la empresa» (artículo 70, inciso tercero, del ET).

<sup>26</sup> Todo ello, previa eliminación de las listas que no hubiesen «obtenido como mínimo el 5 por cien de los votos» [artículo 71.2.b)]. En palabras del ET, «se atribuirá a cada lista el número de puestos que le corresponda, de conformidad con el cociente que resulte de dividir el número de votos válidos por el de puestos a cubrir», al tratarse de un «sistema de representación proporcional» (*ibidem*).

<sup>27</sup> Téngase en cuenta que «por convenio colectivo, y en función de la composición profesional del sector de actividad productiva o de la empresa, podrá establecerse un nuevo colegio [esto es, un tercer colegio] que se adapte a dicha composición» (artículo 71.1, párrafo segundo, del ET).

<sup>28</sup> Cfr. artículo 71.1, párrafo segundo, del ET. Según este mismo precepto, «si en la división resultaren cocientes con fracciones, se adjudicará la unidad fraccionaria al grupo al que correspondería la fracción más alta», teniendo en cuenta que «si fueran iguales, la adjudicación será por sorteo». No obstante, «cuando en la distribución proporcional de representantes en un Comité de Empresa a alguno de los colegios electorales le correspondiera un cociente inferior al 0,5 se constituirá colegio único» (artículo 9.3 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994).

<sup>29</sup> El Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994 menciona la posibilidad de que en las elecciones a comité de empresa exista una única mesa electoral, lo que ocurrirá en las «elecciones de colegio único» (artículo 5.1, párrafo tercero), esto es, cuando los miembros del comité de empresa a elegir pertenezcan todos al mismo colegio, ya al de trabajadores intelectuales, ya al de trabajadores manuales.

se presente» [artículo 73.2 del ET]), incluyendo la publicidad del censo laboral, la fijación del número de representantes que deben ser elegidos o la recepción y proclamación de candidatos y candidaturas<sup>30</sup>.

Las actas con los resultados electorales deben ser presentadas por el presidente de la mesa a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral —estatal o autonómica— que corresponda, a efectos de su registro (artículo 75.6 y 7 del ET)<sup>31</sup>. Entre sus funciones, a esta oficina le corresponde la trascendental de expedir «las certificaciones acreditativas de su capacidad representativa a los efectos de los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical» (artículo 75.7 del ET).

Se trata de unas elecciones desjudicializadas en 1994, dado que desde entonces «las impugnaciones en materia electoral» se tramitan y se resuelven sometiéndolas a un «procedimiento arbitral», regulado en el artículo 76 del ET y en los artículos 28 a 42 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994. Los sindicatos tienen también un protagonismo evidente en este concreto tipo de arbitraje electoral<sup>32</sup>, supuesto que a ellos les corresponde, en principio, la designación del árbitro —entre licenciados en Derecho, graduados sociales o titulados equivalentes— encargado de resolver la correspondiente reclamación electoral<sup>33</sup>, mediante laudo. Este laudo arbitral, que deberá ser escrito y razonado<sup>34</sup>, puede luego impugnarse —pero por motivos tasados<sup>35</sup>— ante los tribunales laborales, a través de un proceso laboral especial regulado en la LPL<sup>36</sup>.

Por las partes impugnantes, la reclamación incumbe a todo el que tenga «interés legítimo, incluida la empresa». Por los actos impugnables, la reclamación puede referirse a «la elección, las decisiones que adopte la mesa, así como cualquiera otra actuación de la misma a lo largo del proceso electoral». Por los motivos alegables, la reclamación debe fundarse «en la existencia de vicios graves que pudieran afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren su resultado, en la falta de capacidad o legitimidad de los candidatos elegidos, en la discordancia entre el acta y el desarrollo del proceso electoral y en la falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta de elecciones y el número de representantes elegidos» (artículo 76.2 del ET).

<sup>30</sup> Cfr. artículos 74 del ET y 5 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994.

<sup>31</sup> Acerca «De la oficina pública de registro, depósito y publicidad, dependiente de la autoridad laboral», cfr. artículos 21 a 28 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994.

<sup>32</sup> Sobre la intervención de los sindicatos a estos efectos, siempre en función de su representatividad, véase STS de 17 junio 2002 (Ar. 7907).

<sup>33</sup> Sobre estos árbitros y su procedimiento de designación, cfr. artículos 76.3 del ET y 31 a 35 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994.

<sup>34</sup> Una muestra de los mismos, de gran utilidad, en I. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, D. LANTARON BARQUIN y C. AGUT GARCIA, *Los laudos arbitrales de las elecciones sindicales. Antología*, Lex Nova (Valladolid, 1997), págs. 29 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. artículo 128 de la LPL.

<sup>36</sup> Sobre el agotamiento del cauce arbitral, cuya falta puede ser apreciada de oficio, cfr. SsTSJ Galicia de 19 septiembre 2002 (Ar. 3825) y Navarra de 8 junio 2004 (Ar. 2107). Véase *infra*, Tema 41, §4.

Sólo puede impugnarse directamente ante el orden jurisdiccional social «la resolución denegatoria del registro» de las actas con los resultados electorales (artículos 75.7, *in fine*, y 76.1 del ET)<sup>37</sup>.

**§3.** Las normas reguladoras del mandato de los representantes legales o unitarios aparecen contenidas en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 67 del ET, parcialmente reglamentados por el Real Decreto 1844/1994<sup>38</sup>. El tema clave en estos preceptos es el de la duración del mandato, disponiéndose que los elegidos como delegados de personal o miembros de comités de empresa lo serán por un período de cuatro años<sup>39</sup>, aunque no cesen automáticamente en sus cargos representativos una vez transcurrido este período de cuatro años, dado que los elegidos «se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones» (artículo 67.3 del ET)<sup>40</sup>. Ahora bien, el mandato de estos representantes también puede acabar antes del transcurso de los citados cuatro años, sin necesidad de que se celebren nuevas elecciones, lo que sucede cuando ocurra alguna concreta causa de extinción anticipada de dicho mandato —esto es, diferente del vencimiento del término de cuatro años—, como la dimisión del representante, la extinción del contrato de trabajo del representante o, también, su revocación por los trabajadores representados.

Entre las causas de extinción del mandato no está incluida la de «transfuguismo» y, «por tanto, en este plano el representante unitario sigue manteniendo su condición aunque cambie su adscripción sindical»<sup>41</sup>.

En cuanto a los supuestos de subrogación empresarial, téngase en cuenta que «el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores», siempre que «la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía» (artículo 44.5 del ET).

<sup>37</sup> Véase *infra*, Tema 41, §4.

<sup>38</sup> Véase L. MELLA MENDEZ, «Composición, promoción de elecciones y mandato electoral del comité de empresa (En torno a los artículos 66 y 67)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), págs. 1304 y ss.

<sup>39</sup> En la redacción original del ET-1980, la duración del mandato se había establecido en dos años, pero ésta se amplió a cuatro por Ley 32/1984, de 2 agosto.

<sup>40</sup> Téngase en cuenta que al artículo 67.3 no puede «atribuírsele el significado de autorizar a las instancias legitimadas para promover las elecciones a mantener esa prórroga por tiempo indefinido o superior al que resulte estrictamente necesario para cumplir la finalidad eventual y transitoria en atención a la cual viene prevista, que reside en evitar vacíos de representación» (cfr. STC 57/1989, de 16 marzo). En este sentido, puede verse un supuesto de extinción del mandato por imposibilidad de prórroga en STSJ Galicia de 13 marzo 2000 (Ar. 235).

<sup>41</sup> Cfr. STS de 7 julio 1999 (Ar. 5788). Como apunta esta misma sentencia, hay que tener en cuenta que «tal cambio [de adscripción sindical] no influirá en el porcentaje atribuido a la organización sindical a efectos de fijar su representatividad», por aplicación de lo dispuesto en el artículo 12.3 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994.

En cambio, la extinción del mandato sí se produce, en principio, «en el caso de que unos trabajadores con cargo representativo en una empresa pasen a integrarse en otra distinta» —lo que con cierta frecuencia sucede en el sector de limpieza de edificios y locales—, pues «no se podría pretender ejercer funciones representativas de un colectivo perteneciente a una empresa distinta de aquella para la que fueron elegidos, que además cuenta ya con sus propios representantes»<sup>42</sup>.

De estas causas extintivas anticipadas, el artículo 67 del ET sólo regula con cierto detalle la relativa a la revocación del mandato de todos o sólo alguno de los representantes —la revocación puede ser total o parcial<sup>43</sup>—, por decisión democrática de los propios trabajadores representados<sup>44</sup>. Dicha revocación está sujeta a límites temporales, porque «no podrá efectuarse durante la tramitación de un convenio colectivo, ni replantearse hasta transcurridos, por lo menos, seis meses». Además, la revocación tampoco puede producirse de cualquier manera, pues la misma debe llevarse a cabo mediante asamblea de trabajadores, convocada al efecto por al menos un tercio de los electores, y con todas las garantías democráticas que establecen los artículos 77 a 80 del ET, a propósito de las «asambleas de trabajadores» en general<sup>45</sup>, incluida la garantía relativa —por paradójico que pueda resultar— a que la asamblea tenga que ser presidida por el comité de empresa o por los delegados de personal, a pesar de pretenderse la revocación total o parcial de los mismos<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. STSJ Extremadura de 21 enero 2004 (Ar. 619). Una excepción a la extinción, por aparecer prevista en el convenio colectivo aplicable, en STSJ Andalucía (Granada) de 2 abril 2002 (Ar. 1801).

<sup>43</sup> A la revocación también se alude en el artículo 68.c) del ET.

<sup>44</sup> Al efecto, el artículo 67.3 del ET exige imperativamente que la revocación se produzca «por decisión de los trabajadores que los hayan elegido», lo que razonablemente parece exigir votación «por colegios», aunque el tema sea jurisprudencialmente controverso (a favor, véase STSJ País Vasco de 22 marzo 1994 [Ar. 976]; en contra, véase STSJ Madrid de 12 marzo 2002 [Ar. 1500]).

<sup>45</sup> Véase M.A. LIMON LUQUE, *Derecho de Reunión y Relaciones Laborales. El derecho de asamblea en la empresa*, CES (Madrid, 1996), págs. 31 y ss.

<sup>46</sup> El régimen general de las asambleas de trabajadores se caracteriza porque pueden ser convocadas por los representantes legales o unitarios de los trabajadores, «o por un número de trabajadores no inferior al 33 por 100 de la plantilla» (artículo 77.1, párrafo segundo, del ET), pero no por un sindicato (cfr. STC 76/2001, de 26 marzo); porque, aunque quepan excepciones, «el lugar de la reunión será el centro de trabajo, si las condiciones del mismo lo permiten, y la misma tendrá lugar fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo con el empresario» (artículo 78.1 del ET); porque «la convocatoria, con expresión del orden del día propuesto por los convocantes, se comunicará al empresario con cuarenta y ocho horas de antelación, como mínimo, debiendo éste acusar recibo» (artículo 79 del ET); y porque «cuando se someta a la asamblea por parte de los convocantes la adopción de acuerdos que afecten al conjunto de los trabajadores, se requerirá para la validez de aquéllos el voto favorable personal, libre, directo y secreto, incluido el voto por correo, de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo» (artículo 80 del ET). Desde un punto de vista temático, aparte las asambleas revocatorias, las únicas asambleas de trabajadores que menciona el ET son «las reuniones informativas sobre convenios colectivos que les sean de aplicación» (artículo 78.2 *in fine*).



Por su finalidad, «la prohibición de revocación estando en trámite un convenio colectivo sólo ha de resultar operativa, lógicamente, por referencia a la negociación de un convenio de empresa o ámbito inferior a la empresa, pues sólo en este tipo de unidad negocial la revocación puede poner en peligro la actuación de los negociadores»<sup>47</sup>.

Para evitar que se produzcan vacíos de representación, si ocurriese la extinción anticipada del mandato de un representante —por revocación o por cualquier otra causa—, la vacante generada debe cubrirse por sustitución automática. De acuerdo con el artículo 67.4 del ET, en el caso de los delegados de personal, ocupará automáticamente la vacante el trabajador que hubiera obtenido en las elecciones un número de votos inmediatamente inferior al último de los elegidos; en cambio, si se tratase de sustituir a un miembro de comité de empresa, el puesto vacante debe cubrirse automáticamente por el trabajador siguiente en la lista a la que perteneciese el sustituido. Sólo si no resultase posible la sustitución automática (por ejemplo, porque no quedasen candidatos disponibles en las listas electorales), podría promoverse la celebración de elecciones parciales<sup>48</sup>, teniendo en cuenta que el así elegido —igual que el sustituto en los supuestos de sustitución automática— lo será sólo por el tiempo que reste del mandato<sup>49</sup>.

También puede promoverse la celebración de elecciones parciales para «ajustes de la representación por incremento de plantilla» (artículos 67.1, *in fine*, del ET y 13.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994).

En supuesto de «disminuciones *significativas* de plantilla», la acomodación del número de representantes legales o unitarios debe efectuarse con arreglo a lo que disponga el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (artículos 67.1, *in fine*, del ET y 13.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994)<sup>50</sup>, sin que en ningún caso tal acomodación pueda hacerla unilateralmente la empresa<sup>51</sup>.

Sobre la automaticidad de la sustitución, en su caso, resulta expresivo el dato de que la misma debe efectuarse, tratándose de elecciones a comités de empresa, aun cuando el candidato siguiente en la lista sindical a la que perteneciese el sustituido hubiese causado baja en el sindicato en cuestión, visto «que el puesto así obtenido le pertenece personalmente ..., pues no hay “mandato imperativo”»<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. STSJ Murcia de 30 mayo 1997 (Ar. 1900). Véanse, también, SsTSJ Galicia de 19 febrero 1996 (Ar. 929) y 8 abril 2003 (Ar. 3255).

<sup>48</sup> Cfr. artículos 67.1 *in fine* del ET y 1.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994.

<sup>49</sup> Cfr. artículos 67.4 del ET y 1.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994.

<sup>50</sup> Sobre un supuesto de «fluctuaciones de ... plantilla ... continuas», véase STSJ Aragón de 5 julio 1999 (Ar. 2736), afirmando que «una continua labor de acomodación del número de representantes ... no es razonable ni se adecúa a las previsiones del Estatuto».

<sup>51</sup> Cfr. STSJ Cataluña de 17 marzo 1998 (Ar. 2313).

<sup>52</sup> Cfr. STSJ Asturias de 22 mayo 1998 (Ar. 1447).

§4. El denso artículo 64 del ET, que lleva por rúbrica «competencias», pretende explicar con detalle cuáles son las atribuciones de los comités de empresa, teniendo en cuenta que exactamente las mismas competencias corresponden también a los delegados de personal, por disposición expresa del artículo 62.2 del ET. Todo este fárrago competencial, distribuido en los doce apartados de que consta el citado artículo 64, puede ser reconducido a tres grandes aspectos de la función representativa: «recibir información» del empresario sobre muy diferentes cuestiones, tanto laborales (por ejemplo, de todas las sanciones impuestas a los trabajadores por faltas muy graves)<sup>53</sup> como extralaborales (por ejemplo, conocer los documentos que se dan a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a éstos, como el balance, la cuenta de resultados, etc.)<sup>54</sup>; «emitir informe», en relación con determinadas decisiones empresariales (por ejemplo, sobre reestructuraciones de plantillas o traslado total o parcial de las instalaciones)<sup>55</sup>; y por último, «ejercer una labor de vigilancia» en el cumplimiento por el empresario de la normativa laboral vigente<sup>56</sup>. A pesar de toda su prolijidad, lo cierto es que el artículo 64 del ET es un precepto incompleto, pues otras muchas competencias de los representantes legales o unitarios se encuentran reguladas fuera de él —desperdigadas en otros preceptos, bien del propio ET, bien de otras normas distintas, incluso extralaborales<sup>57</sup>—, y así lo prueba contundentemente, por ejemplo, el hecho de que la competencia para negociar convenios colectivos empresariales, que es sin duda la más importante de todas las competencias ostendadas por los representantes legales o unitarios, se regule en el artículo 87.1 del ET, fuera de su Título II<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> La constitucionalidad del deber de entregarles la «copia básica de los contratos» ha sido confirmada por STC 142/1993, de 22 abril. Sobre el tema, véase F. PEREZ AMOROS, *Derechos de información sobre empleo y contratación. Los derechos de los representantes de los trabajadores en la empresa, según la Ley 2/1991*, Bosch (Barcelona, 1993), págs. 13 y ss.

<sup>54</sup> Sobre el tema, véase E. GARRIDO PEREZ, *La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*, CES (Madrid, 1995), págs. 177 y ss.

<sup>55</sup> Los informes en cuestión «deben elaborarse en el plazo de quince días» (artículo 64.2 del ET). Con una perspectiva internacionalista y europeísta, véase J.L. MONEREO PEREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 127 y ss. A mi juicio, no resulta necesario —vista la regulación del ET— la transposición a nuestro Derecho interno de la Directiva 2002/14/CE, de 11 marzo 2002, del Consejo y Parlamento Europeo, que establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea.

<sup>56</sup> Sobre el alcance de esta competencia, véase, por ejemplo, STS de 2 noviembre 1999 (Ar. 9108).

<sup>57</sup> Cfr., por ejemplo, Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, artículos 44.4, 100.2, 148.3 ó 149.1.1.

<sup>58</sup> Véase M.C. PALOMEQUE LOPEZ, «El comité de empresa y sus competencias (En torno a los artículos 63 y 64)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), pág. 1259.

Los órganos de representación legal o unitaria del personal no laboral al servicio de las Administraciones públicas —esto es, los delegados de personal y las juntas de personal— carecen de la competencia de negociar colectivamente «pactos» y «acuerdos» con dichas Administraciones, lo que corrobora el que la misma no aparezca mencionada entre las «facultades» que les atribuye el artículo 9 de la citada Ley 9/1987<sup>59</sup>.

En el ejercicio de sus competencias, señaladamente las relacionadas con el derecho a recibir información, los representantes legales o unitarios deben actuar con «sigilo profesional»<sup>60</sup>, «en especial en todas aquellas materias sobre las que la dirección señale expresamente el carácter reservado», lo que implica, «en todo caso, [que] ningún tipo de documento entregado por la empresa ... podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquélla y para distintos fines de los que motivaron su entrega» (artículo 65.2 del ET)<sup>61</sup>.

La LISOS considera infracción «grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 3.005,06 euros, «la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o reglamentariamente estuvieren establecidos» (artículo 7.7).

Sobre el empresario recae la obligación de facilitar el ejercicio de todas estas competencias, debiendo poner a disposición de los representantes unitarios, siempre que resulte posible, «un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tableros de anuncios» (artículo 81, inciso primero, del ET).

Según este mismo precepto, las posibles discrepancias entre empresario y representantes legales o unitarios pueden ser resueltas por la autoridad laboral —lo que parece un residuo anacrónico de intervencionismo administrativo, todavía no eliminado—, previo informe de la Inspección de Trabajo. Sobre el tema, la LISOS considera infracción «grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 3.005,06 euros, «la transgresión de los derechos de los representantes de los trabajadores ... en materia de ... locales adecuados para el desarrollo de sus actividades, así como de tableros de anuncios» (artículo 7.8).

Al efecto de poder ejercitar sus funciones representativas, el ET reconoce a los representantes legales o unitarios la «capacidad ... para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias» (artículo 65.1)<sup>62</sup>, precisando que los delegados de

<sup>59</sup> Según esta misma Ley, la negociación colectiva debe llevarse a cabo en el seno de las denominadas «mesas de negociación», en las que sólo pueden intervenir representantes de la Administración y de los sindicatos (cfr. artículos 30 a 38).

<sup>60</sup> Cfr. artículo 65.2 del ET. Aunque este precepto se refiere sólo a los miembros de comités de empresa, el artículo 62.2 obliga a los delegados de personal a observar las mismas normas sobre «sigilo profesional».

<sup>61</sup> Sobre el alcance del deber de «sigilo», véanse STS de 13 diciembre 1989 (Ar. 9200), STSJ Murcia de 23 julio 2001 (Ar. 3660) y STSJ Castilla y León (Burgos) de 27 mayo 2002 (Jur. 37894 de 2003). En la doctrina, véase G. BOZA PRO, *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Tirant lo blanch (Valencia, 1997), págs. 266 y ss.

<sup>62</sup> Completa este precepto lo establecido en el artículo 65.2 del ET, relativo a lo siguiente: que «los comités de empresa o centro de trabajo elegirán de entre sus miembros un presidente y un secretario del comité», y además, que «elaborarán su propio reglamento de procedimiento, que no podrá contravenir lo dispuesto en la ley, remitiendo copia del mismo a la autoridad laboral, a efectos de registro, y a la empresa».

personal deben actuar «mancomunadamente» (artículo 62.2 del ET)<sup>63</sup> —desafortunada expresión con la que se quiere indicar, cuando los delegados son tres, que deben actuar colegiadamente, adoptando sus acuerdos por mayoría si hubiera discordia entre ellos— y que el comité de empresa debe hacerlo, a su vez, «por decisión mayoritaria de sus miembros» (artículo 65.1)<sup>64</sup>. El reconocimiento expreso de esta capacidad resulta ser la consecuencia obligada de la falta de personalidad jurídica de los órganos de representación legal o unitaria, en cuanto tales; falta de personalidad que acarrearía, en principio, su correlativa falta de capacidad procesal y procedimental, siempre en cuanto que tales órganos de representación legal o unitaria. Aunque el artículo 65.1 del ET se refiere sólo a su capacidad para demandar, es obvio que estos órganos de representación tienen también, en su caso, capacidad para ser demandados.

En este sentido, por ejemplo, tratándose de la impugnación de un determinado acuerdo del comité de empresa —para lo que están activamente legitimados el empresario, los trabajadores representados e incluso el miembro o miembros que conforman la minoría de componentes del propio comité—, resulta que «en cuanto que dicho comité es un órgano colegiado, cuya voluntad se expresa colegiadamente con independencia de la individual de los miembros que lo componen ..., es el comité de empresa ..., que no ha sido demandado, quien está pasivamente legitimado en los presentes autos, y no los ... miembros del mismo individualmente considerados»<sup>65</sup>.

**§5.** Como consecuencia de todo lo anterior, resulta evidente que los trabajadores que ejercen labores representativas de sus compañeros no son trabajadores comunes y corrientes, que meramente se limiten sólo a trabajar, sino trabajadores que —precisamente por causa de las delicadas funciones representativas que ejercen— deben beneficiarse de un estatus protector especial frente al empresario, que es lo que el artículo 68 del ET denomina genéricamente «garantías». Este precepto lista cinco «garantías» ordenadas alfabéticamente por letras, de la a) a la e), aunque en estas letras no están todas las que son, pues alguna otra «garantía» se halla regulada fuera del precepto en cuestión (por ejemplo, la trascendental

<sup>63</sup> «Mancomunadamente» es un adverbio que emplea también el artículo 77.1, párrafo segundo, del ET.

<sup>64</sup> Sobre el tema, véase STSJ Andalucía (Sevilla) de 11 julio 2002 (Ar. 4014), afirmando que «en el caso de autos la demanda es presentada por dos personas, el Presidente y Secretario del Comité de Empresa, sin que se haya adjuntado acuerdo o decisión que acredite la voluntad de dicho órgano colegiado de accionar, tal como se desprende del art. 65.1 del ET, de donde se desprende que tal demanda no es fruto de un acto orgánico del Comité de Empresa, sino de una decisión personal de dos miembros del mismo», por lo que resulta «procedente estimar la excepción de falta de legitimación activa alegada». En cambio, desestimando esta última excepción respecto de demanda interpuesta por la Presidenta y la Secretaria del comité de empresa, véase STSJ País Vasco de 18 enero 2005 (Ar. 97).

<sup>65</sup> Cfr. STSJ La Rioja de 26 febrero 1998 (Ar. 190).

del derecho de opción entre readmisión o extinción del contrato con indemnización otorgada a ellos, en caso de despido improcedente, por los artículos 56.4 del ET y 110.2 de la LPL). Ahora bien, con este sistema de «garantías» no sólo se pretende proteger a los representantes legales o unitarios frente al ejercicio de los poderes empresariales (de dirección, de control y disciplinario), sino también incentivar el ejercicio de las importantes competencias que tienen atribuidas.

De estas «garantías» se benefician no sólo los representantes legales o unitarios regular o «estatutariamente» elegidos (esto es, con escrupuloso cumplimiento de todos los complejíssimos trámites electorales previstos en los artículos 69 a 76 del ET), sino también los representantes legales o unitarios irregular o «extraestatutariamente» elegidos<sup>66</sup>, siempre que la elección de los mismos se hubiese desarrollado por procedimientos democráticos (esto es, mediante votación libre, directa, secreta, etc., y con exclusión, por tanto, del «sistema asambleario» de votación a mano alzada)<sup>67</sup>.

Sobre la base de que para sostener lo que acaba de decirse existe apoyo incluso en algún precepto del propio ET<sup>68</sup>, la prueba de la validez y eficacia de dicha clase de elecciones «extraestatutarias» aparece contenida en una clásica STS de 2 junio 1986 (Ar. 3434), según la cual —supuesto que el trabajador despedido «de hecho actuó como Delegado» y de que la empresa «le tuvo por tal»— «se dan los presupuestos para entender que por analogía ... han de aplicarse [“las garantías” del artículo 68 del ET] al actor que “de hecho” y a ciencia y paciencia de la empresa actuó como Delegado».

Siempre según la jurisprudencia laboral, resulta evidente en estos casos que las elecciones («extraestatutarias», pero impecablemente democráticas) en cuestión sólo producen efectos «en el ámbito de la empresa» (y por tanto, en relación con las «garantías» que en este ámbito interno disfrutaban los representantes legales o unitarios), sin que dichos efectos trasciendan —dada la falta de registro administrativo de los resultados correspondientes— al plano externo «de la negociación colectiva y de representación de los diversos sindicatos»<sup>69</sup>.

Así, frente al poder directivo del empresario, está prevista la garantía relativa a la «prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de

<sup>66</sup> Sobre la existencia de este tipo de representantes legales o unitarios «extraestatutarios», tanto por razón de la unidad electoral que conforman sus representados, como por razón del procedimiento electoral utilizado para designarlos, véase A. ARUFE VARELA, «Los representantes legales o unitarios “extraestatutarios” de los trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 127 (2005), págs. 297 y ss.

<sup>67</sup> Cfr. STS de 25 abril 1983 (Ar. 1871).

<sup>68</sup> Más en concreto, su artículo 71.3, según el cual «la inobservancia de cualquiera de las reglas anteriores determinará la *anulabilidad* de la elección del candidato o candidatos afectados», teniendo en cuenta que lo que es meramente «anulable» debe seguir produciendo efectos, en tanto no sea declarado nulo.

<sup>69</sup> Cfr. SsTS de 25 mayo 1984 (Ar. 3080) y 14 octubre 1986 (Ar. 5466). Precisamente para atenuar la falta de impacto «externo» de estas elecciones «extraestatutarias» no registradas, el Reglamento aprobado por Real Decreto 1844/1994 contiene un insólito precepto, relativo a que la oficina pública encargada del registro de actas electorales puede «reclamar a la mesa electoral la presentación del acta correspondiente a una elección celebrada, a instancia de los representantes sindicales acreditados ante la oficina pública, y previa exhibición del certificado de la mesa que pruebe que se han celebrado elecciones sindicales, cuando hayan transcurrido los plazos previstos en este Reglamento y no se haya efectuado el depósito del acta» [artículo 25.h)].

suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas» [artículo 68.b)]<sup>70</sup>. Frente al poder de control empresarial, juega la garantía de poder «expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa» [artículo 68.d)]<sup>71</sup>. Y frente al poder disciplinario, la de «apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal» [artículo 68.a)]<sup>72</sup>, y la de «no ser despedido ni sancionado [ni discriminado en su promoción] durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta 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» [artículo 68.c), inciso primero].

Según una STSud de 15 marzo 1993 (Ar. 1860), desde un punto de vista subjetivo, «la aludida garantía del expediente previo alcanza a los *representantes elegidos* durante su mandato y durante el año siguiente a la expiración de éste, también a los representantes electos *antes de tomar posesión de sus cargos*, e incluso a los *candidatos proclamados* para la elección»; y desde un punto de vista temporal, en el caso de los candidatos, sólo se mantiene «en tanto dure el proceso electoral», pues «concluido este proceso, ni el art. 68 del Estatuto ..., ni el Convenio internacional núm. 135 de la ... OIT..., ni la Recomendación núm. 143 de este Organismo autorizan extender indefinidamente aquella garantía a todos los que en su momento fueron candidatos», por lo que «carece ... de apoyo legal hacer extensiva dicha garantía a los suplentes de las candidaturas o, más concretamente, al primer suplente de las mismas, una vez finalizado el proceso electoral»<sup>73</sup>.

En caso de despido declarado nulo de un representante legal o unitario de los trabajadores (o improcedente, si este último hubiese optado por la readmisión), supuesto que la sentencia hubiese sido recurrida por el empresario, la LPL ordena adoptar «las

<sup>70</sup> Asistemáticamente, a propósito de las decisiones empresariales sobre movilidad geográfica, el ET afirma que «los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo» (artículo 40.5). Sobre el disfrute de esta garantía por los miembros de un «Comité de empresa sindicalizado», véase STC 191/1996, de 26 noviembre. Según una STSud de 30 noviembre 2005 (Ar. 922 de 2006), la preferencia no se ciñe al centro de trabajo, sino que se extiende al ámbito de la empresa, por lo que el representante que presta servicios en un centro tiene derecho a permanecer en otro centro de la misma empresa, aunque ello suponga eliminar a un trabajador de este otro centro.

<sup>71</sup> Sobre el tema, STC 120/1983, de 15 diciembre.

<sup>72</sup> Recuérdese que la LPL contiene remisiones específicas, a propósito de las sanciones disciplinarias distintas del despido que puedan imponerse a los representantes legales o unitarios (cfr. *supra*, Tema 18, §4).

<sup>73</sup> En efecto, según la propia jurisprudencia laboral, la extensión de las garantías al candidato no opera antes de la presentación de la candidatura (cfr. SsTSud de 20 junio y 30 octubre 2000 [Ar. 7172 y 9659]), ni después de celebrada la elección si no resultó elegido (cfr. STS de 5 noviembre 1990 [Ar. 8547]).

medidas oportunas a fin de garantizar el ejercicio de sus funciones representativas durante la sustanciación del correspondiente recurso»<sup>74</sup>.

Según la jurisprudencia constitucional, «el hecho de que el representante unitario o electivo, en tanto tal, no sea titular del derecho fundamental de libertad sindical tiene como obligada consecuencia que las infracciones de sus derechos, garantías y facilidades no pueden ser reparadas, en principio, por la vía del recurso de amparo constitucional, si en éste se invoca el art. 28.1 CE», aunque el hecho de que «no puedan ser tutelados a través de una demanda de amparo ... no equivale a decir que carezcan de tutela», pero «se trata de una tutela legal, antes que constitucional, que ha de obtenerse exclusivamente de los tribunales ordinarios»<sup>75</sup>.

Típica garantía incentivadora es la contenida en el artículo 68.e), relativa a la concesión de un «crédito de horas mensuales retribuidas»<sup>76</sup> para el ejercicio de sus funciones de representación<sup>77</sup>; crédito que pertenece a cada uno de los miembros de los comités de empresa y a cada uno de los delegados de personal. Según este precepto y en función del volumen de trabajadores representados, el número de horas mensuales retribuidas oscila entre quince (en centros de trabajo de hasta cien trabajadores) y cuarenta (en centros de trabajo con al menos setecientos cincuenta y uno). Siempre según este precepto y aunque este crédito de horas sea individual, cabe pactar en convenio colectivo la acumulación de horas de varios representantes en uno solo de ellos, incluso hasta hacer coincidir el crédito de horas con toda la jornada de trabajo del representante en cuestión, de manera que éste quedaría «liberado» de la obligación de trabajar<sup>78</sup>, sin perjuicio del derecho a continuar percibiendo íntegra su retribución.

<sup>74</sup> Cfr. su artículo 300. Estas medidas son las previstas en el artículo 282.c) de la propia LPL, a propósito de la ejecución de las sentencias firmes de despido, consistentes en que el representante legal o unitario de los trabajadores «continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo, advirtiendo al empresario que, de impedir u oponer algún obstáculo a dicho ejercicio, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de sancionar su conducta». Si el despido del representante legal o unitario hubiese sido declarado procedente en la instancia, y luego resulta que en suplicación se revoca la sentencia, entonces tiene derecho el representante a proseguir su mandato, pues la «vacante [por él dejada]... ni podía ser ni era de carácter definitivo, en cuanto a que estaba sujeta a que por el Tribunal Superior se hubiere confirmado su cese a consecuencia del despido» (cfr. STSJ Galicia de 18 marzo 1992 [Ar. 1248]).

<sup>75</sup> Cfr. STC 95/1996, de 29 mayo.

<sup>76</sup> Véase G. BARREIRO GONZALEZ, *El crédito de horas de los representantes de los trabajadores*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1984), págs. 17 y ss.

<sup>77</sup> Sobre uso del crédito horario, véase STC 40/1985, de 13 marzo. Respecto de su control por parte del empresario, véase STS de 28 junio 1990 (Ar. 5532). Además, véase asimismo R. AGUILERA IZQUIERDO, *El despido de los representantes de los trabajadores por uso abusivo del crédito horario*, Tecnos (Madrid, 1996), págs. 9 y ss.

<sup>78</sup> También conocido como «liberado sindical», aunque esta «denominación ..., usual en la terminología sindical, no puede hacer perder de vista que ... es un representante unitario o electivo de los trabajadores y no un representante sindical» (cfr. STC 95/1996, de 29 mayo).

El artículo 68.e) del ET «configura el derecho al uso del crédito horario para funciones de representación, como un derecho personal del representante, reconocido no en función de unas siglas sindicales, sino de la condición de miembro del comité [o de delegado de personal, en su caso]», y así lo prueba el hecho de que una empresa no pueda dejar de reconocer la acumulación del crédito horario «por el hecho de que un representante haya cambiado de afiliación»<sup>79</sup>.

Combinando lo dispuesto en los artículos 66 y 68.e) del ET resultaría, por ejemplo, que en un centro de trabajo con 300 trabajadores el comité de empresa estaría formado por trece miembros, disponiendo cada uno ellos de un crédito de 30 horas mensuales. Pues bien, dada una jornada laboral de 160 horas mensuales, seis miembros de dicho comité podrían acumular sus respectivas horas para que el crédito fuese disfrutado en su totalidad, y con exclusión de los demás, por uno solo de ellos.

A estos efectos, las proporciones que establece el ET tienen el carácter de mínimos, por lo que pueden ser ampliadas por convenio colectivo. Esto explica que en la STC 95/1996, de 29 mayo, por ejemplo, se afirme que «el solicitante de amparo es uno de los tres delegados de personal elegidos en el centro en el que presta sus servicios», y además, que «es liberado sindical porque, en virtud de la acumulación o cesión del crédito de horas mensuales retribuidas de los otros dos delegados de personal, quedó relevado de su trabajo».

---

<sup>79</sup> Cfr. STS de 17 junio 2002 (Ar. 7908). Según una STSud de 23 diciembre 2005 (Ar. 1792 de 2006), «el crédito horario establecido por el art. 68.e) del ET a los representantes unitarios no se ve afectado por las horas que sus titulares destinen a la negociación colectiva, porque tal crédito tiene por finalidad posibilitar otras actividades diferentes».



---

**TEMA 27**  
**LA LIBERTAD SINDICAL**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. Las fuentes de conocimiento de la libertad sindical. §2. El carácter poliédrico de la libertad sindical. §3. Las facetas individual y colectiva de la libertad sindical. §4. Las facetas organizativa y funcional de la libertad sindical. §5. Las facetas positiva y negativa de la libertad sindical. §6. Las facetas interna y externa de la libertad sindical. §7. La represión de las conductas antisindicales.

§1. La libertad sindical aparece regulada en el artículo 28.1 de la CE, que es un precepto denso —consta de ochenta y nueve palabras, distribuidas en cuatro incisos—, en el que las palabras clave son precisamente las que conforman la expresión «libertad sindical», utilizada al comienzo del inciso tercero del mismo («... La *libertad sindical* comprende...»). No es el único precepto de la CE referido a los «sindicatos» o al «derecho de sindicación», aunque se trata sin duda del precepto constitucional clave sobre el tema. Ello se debe a su privilegiada ubicación sistemática en la CE, al aparecer incluido en la sección relativa a los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de ser protegidos por la vía del recurso de amparo constitucional, ante el TC.

Los otros preceptos constitucionales con alusiones expresas al tema sindical son los artículos 103.3, 127.1, 159.4 y, sobre todo, el artículo 7. Este último complementa a la perfección lo dispuesto en el artículo 28.1, al aludir expresamente a las facetas funcional e interna de la libertad sindical. Por eso, la jurisprudencia constitucional —a pesar de la ubicación sistemática no privilegiada del mismo— afirma la necesidad de completar «el tenor literal del art. 28.1 CE..., en virtud de una interpretación sistemática con el art. 7 CE»<sup>1</sup>.

También ha de tenerse en cuenta el artículo 10.2 de la CE, en la medida en que se remite en globo a normas internacionales eventualmente reguladoras de la libertad sindical, hasta el punto de erigirse dicho precepto, según afirma el TC, en verdadero «canon hermenéutico» para la interpretación del artículo 28.1 de la CE<sup>2</sup>. Entre las normas internacionales en

---

<sup>1</sup> Cfr. SsTC 94/1995, de 19 junio; 168/1996, de 29 octubre; y 198/2004, de 15 noviembre.

<sup>2</sup> Cfr. STC 94/1995, de 19 junio. El precedente constitucional sobre el tema es la STC 38/1981, de 23 noviembre.

cuestión, sobresalen los convenios de la OIT núm. 87 de 1948 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación)<sup>3</sup> y núm. 98 de 1949 (sobre el derecho de sindicación y el de negociación colectiva)<sup>4</sup>. El TC cita asimismo en su jurisprudencia, con absoluta normalidad, la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la propia OIT<sup>5</sup>.

Precisamente por causa de su privilegiada ubicación sistemática en la CE, sólo cabía el desarrollo de dicho precepto mediante una ley «orgánica». Esta ley de desarrollo ha sido la LOLS —aunque no toda ella tenga rango de ley «orgánica»—, que entró en vigor el 9 agosto 1985. Se trata de una ley que consta de quince artículos y actualmente, además, de nueve disposiciones extravagantes (cuatro adicionales, una derogatoria, cuatro finales y, por cierto —diga lo que diga la propia LOLS—, ninguna transitoria). Sólo ha padecido dos modificaciones desde que entró en vigor, ambas en 1994 y ambas relativas justamente a estas disposiciones extravagantes<sup>6</sup>.

Téngase en cuenta que la disposición final 2ª de la LOLS afirma, literalmente, que «los preceptos contenidos en las Disposiciones adicionales primera y segunda, en la *Disposición transitoria* y en la Disposición final primera, no tienen carácter de Ley Orgánica», aunque luego resulta que la «disposición transitoria» mencionada nunca llegó a insertarse en el texto de la LOLS publicado en el BOE<sup>7</sup>.

Fuente insustituible de conocimiento de la libertad sindical es, además, la jurisprudencia constitucional. En efecto, el TC viene pronunciándose sobre temas relativos a ella —en interpretación y aplicación del artículo 28.1 de la CE—, bien por la vía del recurso de inconstitucionalidad<sup>8</sup>, bien por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad<sup>9</sup>, bien por la vía de las cuestiones de competencia<sup>10</sup>, bien sobre todo por

<sup>3</sup> Cfr. SsTC 38/1981, de 23 noviembre; 23/1983, de 25 marzo; 99/1983, de 16 noviembre; 75/1992, de 14 mayo; y 121/1997, de 1 julio.

<sup>4</sup> Cfr. SsTC 38/1981, de 23 noviembre; 83/1982, de 22 diciembre; 4/1983, de 28 enero; 73/1984, de 27 junio; y 191/1996, de 26 noviembre.

<sup>5</sup> Cfr. SsTC 37/1983, de 11 mayo. A veces citada en globo, como cuando se indica, por ejemplo, que «el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ha declarado en múltiples decisiones que el derecho de organizar reuniones sindicales constituye uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales» (STC 168/1996, de 29 octubre; también, STC 76/2001, de 26 marzo).

<sup>6</sup> Operadas por la Ley 11/1994 (que enmendó su disposición adicional 1ª) y por la Ley Orgánica 14/1994 (que procedió a añadirle una nueva disposición adicional 4ª), ambas de 19 mayo.

<sup>7</sup> Acabó ubicada en la Ley 32/1984, de 2 agosto, de modificación parcial del ET-1980, por las razones que sin ningún pudor confiesa la STC 57/1989, de 16 marzo.

<sup>8</sup> Cfr., por ejemplo, STC 98/1985, de 29 julio, resolutoria de diversos recursos previos de inconstitucionalidad acumulados contra lo que entonces era todavía mero proyecto de LOLS.

<sup>9</sup> Específicamente relativa a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 10.1 de la LOLS, véase STC 173/1992, de 29 octubre.

<sup>10</sup> Cfr. SsTC 57/1982, de 27 julio; 165/1986, de 18 diciembre; 102/1988, de 8 junio; 158/1988, de 15 septiembre; y 194/1994, de 28 junio.

la vía del recurso de amparo<sup>11</sup>. El TC ha mostrado siempre un cuidado exquisito en no cercenar las posibilidades de acceso a su conocimiento de los asuntos de libertad sindical, en especial los planteados a través del recurso de amparo, fundamentalmente a través de dos mecanismos.

Sólo en el siglo pasado (esto es, entre 1981 y 2000), cabe computar hasta 122 SsTC dictadas en amparo, a propósito siempre del artículo 28.1 de la CE.

En primer lugar, afirmando que la libertad sindical consagrada por el artículo 28.1 de la CE tiene no sólo un «contenido esencial» —como cualesquiera otros derechos y libertades reconocidos por el Capítulo II del Título I de la CE<sup>12</sup>, que se garantiza a todos sus titulares—, sino también un «contenido adicional»<sup>13</sup>, este último relativo a que algunos sindicatos —pero no todos— «pueden ostentar facultades o derechos adicionales, atribuidos por normas infraconstitucionales»<sup>14</sup>, ya se trate de leyes —como la LOLS u otras—, de reglamentos<sup>15</sup> o de convenios colectivos<sup>16</sup>. Siendo esto así, la violación del «contenido adicional» en cuestión provocaría, lógicamente, una violación del propio artículo 28.1 de la CE, con la consiguiente posibilidad de acceso del asunto al recurso de amparo.

La STC 67/1995, de 9 mayo, reconoce expresamente —por obra del citado «contenido adicional»— el «consiguiente efecto expansivo de esta jurisdicción de amparo constitucional».

En segundo lugar, conceptuando la libertad sindical del tan citado artículo 28.1 de la CE como un derecho constitucional de naturaleza «sustantiva»<sup>17</sup>, al que se aplica en consecuencia un canon de acceso al recurso de amparo distinto del más rígido y estrecho aplicado a los derechos constitucionales de naturaleza «adjetiva» —como el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE—, consistente en valorar no sólo la «razonabilidad» de lo recurrido<sup>18</sup>, sino también su «adecuación»

<sup>11</sup> En relación siempre con el derecho fundamental de libertad sindical, véase J. GARCIA MURCIA, *La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo*, Tecnos (Madrid, 1992), págs. 158 ss.

<sup>12</sup> Cfr. su artículo 53.1.

<sup>13</sup> STC 18/2001, de 29 enero, habla incluso de «la ya clásica doctrina de este Tribunal sobre el contenido adicional del derecho de libertad sindical, reiterada en múltiples Sentencias».

<sup>14</sup> Cfr. STC 9/1988, de 25 enero.

<sup>15</sup> *Ibidem*, refiriéndose a normas de naturaleza «legal o reglamentaria».

<sup>16</sup> Cfr. STC 127/1989, de 13 julio; también, STC 241/2005, de 10 octubre.

<sup>17</sup> Cfr. SsTC 94/1995, de 19 junio; 188/1995, de 18 diciembre; 191/1998, de 29 septiembre; 30/2000, de 31 enero; 173/2001, de 26 julio; 14/2002, de 28 enero; 29/2002, de 11 febrero; 30/2002, de 11 febrero; y 111/2003, de 16 junio.

<sup>18</sup> Cfr., por todas, STC 173/2001, de 26 julio.

y «proporcionalidad»<sup>19</sup>. Lógicamente, este canon valorativo tan amplio le permite al TC, siempre por la vía del recurso de amparo, poder ejercer un control virtualmente absoluto de los pronunciamientos sustantivos que sobre la libertad sindical vienen efectuando los tribunales ordinarios<sup>20</sup>.

Confirma la fuerza expansiva del artículo 28.1 de la CE, a pesar de todas las insuficiencias y estrecheces de su tenor literal, el que el TC haya afirmado, por ejemplo, que «la queja de la parte recurrente [en amparo] sobre vulneración de su derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) resulta redundante respecto de la del art. 28.1 CE, ya que, según criterio reiterado de este Tribunal, cuando se alegan discriminaciones lesivas del ejercicio del derecho a la libertad sindical, las hipotéticas lesiones del derecho a la igualdad (art. 14 CE) quedan subsumidas en aquel derecho»<sup>21</sup>.

**§2.** También llama la atención en la jurisprudencia constitucional relativa al artículo 28.1 de la CE el dato de que la libertad sindical por él regulada resulte ser un derecho que posee lo que el TC denomina sus planos, aspectos, vertientes, sentidos, significados, dimensiones, manifestaciones y, por supuesto también, «facetas»<sup>22</sup> diferentes. Por eso, resulta perfectamente posible hablar de que la libertad sindical es una libertad poliédrica. Todas estas facetas suyas se reflejan tanto sobre su «contenido esencial» como sobre su «contenido adicional», pudiendo hablarse de cuatro pares o binomios principales de ellas, que son la faceta individual y la colectiva (cfr. *infra*, §3), la faceta organizativa y la funcional (cfr. *infra*, §4), la faceta positiva y la negativa (cfr. *infra*, §5), y, por último, la faceta interna y la externa (cfr. *infra*, §6), siempre de la libertad sindical.

**§3.** Las facetas individual y colectiva de la libertad sindical —implícitas en la letra del artículo 28.1 de la CE— apuntan a cuáles son los sujetos que ostentan la titularidad del derecho constitucional en cuestión. Estos sujetos pueden ser individuales y colectivos.

Resulta evidente que la palabra «todos», con la que comienza la letra del precepto («Todos tienen derecho a sindicarse libremente...»), no puede significar lo mismo que cuando aparece utilizada, por ejemplo, en los artículos 15 ó 27.1 de la CE («Todos tienen derecho a la vida...»; «Todos tienen derecho a la educación...»). La STC 98/1985, de 29 julio, justifica su uso indicando que «el reconocimiento del derecho de libre sindicación

<sup>19</sup> Cfr., por todas, SsTC 70/2000, de 13 marzo; y 336/2005, de 20 diciembre.

<sup>20</sup> Acerca de esta otra jurisprudencia, véase P. MENENDEZ SEBASTIAN, *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ibdem (Madrid, 1997), págs. 21 ss.

<sup>21</sup> Cfr. SsTC 214/2001, de 29 octubre; y 17/2005, de 1 febrero.

<sup>22</sup> Cfr., por ejemplo, SsTC 139/1989, de 20 julio; 173/1992, de 29 octubre; 134/1994, de 9 mayo; 94/1995, de 19 junio; y 168/1996, de 29 octubre.

de los funcionarios deriva directamente del mandato del art. 28.1 de la CE, cuyo término «todos» los incluye».

Los sujetos individuales titulares del derecho de libertad sindical son los «trabajadores», pero interpretando esta palabra en sentido amplísimo —comprensivo no sólo de quienes trabajan para otro en virtud de un contrato de trabajo, sino también de quienes trabajan para las Administraciones públicas más ordinarias como personal estatutario o funcionario—, pues la LOLS afirma que, «a los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas» (artículo 1.2).

Respecto de los trabajadores en sentido estricto —todos los cuales son titulares del derecho de libertad sindical, aun los «no afiliados» a ningún sindicato<sup>23</sup>, e incluso los extranjeros residentes aquí<sup>24</sup>—, la LOLS aclara que «los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación, podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares» (artículo 3.1).

Respecto de los funcionarios, la LOLS matiza —en congruencia con la CE— que carecen del derecho de libertad sindical «los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar» (artículo 1.3) —que es el caso de la Guardia Civil—, y también, «los Jueces, Magistrados y Fiscales... mientras se hallen en activo» (artículo 1.4). En cambio, «el ejercicio del derecho de sindicación de los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que no tengan carácter militar, se regirá por su normativa específica, dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos Institutos» (artículo 1.5)<sup>25</sup>.

Los sujetos colectivos titulares del derecho de libertad sindical son los «sindicatos de trabajadores»<sup>26</sup>. Existen sindicatos de muy diversos tipos, aunque la clasificación fundamental es la que atiende al grado de representatividad de los mismos<sup>27</sup>, medida por los

<sup>23</sup> Según STC 134/1994, de 9 mayo, «el art. 28.1 CE no puede ser entendido de modo tal que quede... fuera de su ámbito de tutela la actividad sindical de... trabajadores que... no estén afiliados», pues las actividades de los sindicatos «dirigidas a todos los trabajadores —que son, sin duda, las de mayor relieve—, podrían verse frustradas al no ofrecer a todos los destinatarios la referida garantía constitucional».

<sup>24</sup> Cfr. X.M. CARRIL VAZQUEZ, «La jurisprudencia constitucional relativa al art. 28.1 de la Constitución, a propósito de la libertad sindical», *Revista Jurídica Galega*, núm. 34 (2002), pág. 58.

<sup>25</sup> Sobre este último tema (Policía Nacional, policías locales, etc.), véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, «La jurisprudencia constitucional relativa al art. 28.1 de la Constitución, a propósito de la libertad sindical», cit., pág. 61.

<sup>26</sup> La expresión se toma del artículo 7 de la CE.

<sup>27</sup> Sobre el tema en Derecho comparado e internacional, véase F. NAVARRO NIETO, *La representatividad sindical*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1993), págs. 97 ss.

resultados que obtuvieron presentando candidaturas y candidatos en las elecciones a representantes legales o unitarios (comités de empresa, etc.), tanto de trabajadores en sentido estricto como de funcionarios y personal estatutario. Esta representatividad es lo que la LOLS llama «audiencia» —en cuanto que contrapuesta al número de afiliados que posean los sindicatos, o «implantación»<sup>28</sup>—, de acuerdo con la cual cabe distinguir tres tipos distintos de sindicatos.

Entre los sujetos colectivos laborales carentes del derecho de libertad sindical, se cuentan los comités de empresa y delegados de personal en cuanto tales, indicando al respecto reiterada jurisprudencia constitucional que «hay que reafirmar que, en su vertiente colectiva, la titularidad originaria del derecho fundamental contemplado en el art. 28.1 CE pertenece a los sindicatos y no a otros sujetos colectivos, como los comités de empresa y los delegados de personal»<sup>29</sup>.

La jurisprudencia constitucional también rechaza tajantemente que al empresario o a las asociaciones empresariales se les pueda aplicar el artículo 28.1 de la CE<sup>30</sup>.

En primer lugar, los sindicatos más representativos, que son —de acuerdo con la LOLS— los siguientes: 1) en el ámbito estatal, los que acreditan tener en dicho ámbito el «10 por ciento o más» del total de representantes unitarios de trabajadores, funcionarios y personal estatutario<sup>31</sup>; y 2) en el ámbito autonómico, los que acreditan tener en la Comunidad Autónoma correspondiente el «15 por 100» de los representantes unitarios de trabajadores, funcionarios y personal estatutario, pero «siempre que cuenten con un mínimo de 1.500» de tales representantes unitarios<sup>32</sup>. En segundo lugar, los sindicatos meramente o simplemente representativos, que son aquellos que hayan obtenido el «10 por 100 o más» de los representantes unitarios de trabajadores, funcionarios y

<sup>28</sup> Se refiere expresamente a este último concepto, por ejemplo, el artículo 87.1, párrafo 2º, del ET («representantes sindicales con *implantación* en tal ámbito»).

<sup>29</sup> Cfr. STC 95/1996, de 29 mayo.

<sup>30</sup> Cfr. STC 92/1994, de 21 marzo. Según la STC 75/1992, de 14 mayo, «en aplicación de los arts. 7 y 22 CE, es preciso concluir que la Constitución garantiza a las organizaciones empresariales un ámbito de inmunidad frente a la actuación de los poderes públicos que se asemeja enormemente a las facultades organizativas de la libertad sindical de los trabajadores, dada la asimilación de unas y otras organizaciones en los instrumentos internacionales ratificados por España e, incluso, a ciertos efectos, en la Disposición derogatoria de la Ley Orgánica de Libertad Sindical». En efecto, según la recién citada disposición derogatoria de la LOLS, «quedan derogados la Ley 19/1977, de 1 de abril, y el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril, en todo cuanto se opongan a la presente Ley, permaneciendo vigente la regulación que contienen dichas normas referidas a las asociaciones profesionales y, en particular, a las *asociaciones empresariales* cuya libertad de sindicación se reconoce a efectos de lo dispuesto en el artículo 28, 1º, de la Constitución española y de los convenios internacionales suscritos por España».

<sup>31</sup> Artículo 6.2.a).

<sup>32</sup> Artículo 7.1, párrafo 1º.

personal estatutario, pero «en un ámbito territorial y funcional específico» distinto del Estado o de una Comunidad Autónoma (por ejemplo, en un sector productivo o en una empresa)<sup>33</sup>. En tercer lugar, los sindicatos no representativos, que son por exclusión todos los que carecen de la «especial audiencia» a que acaba de aludirse<sup>34</sup>.

Según la STC 98/1985, de 29 julio, esta peculiar tipología sindical formalizada por la LOLS —sobre la que ya venía pronunciándose reiteradamente el TC, antes de la misma— se apoya en el principio implícito en el artículo 7 de la CE de la «promoción del hecho sindical», y lo que pretende es «garantizar la más eficaz defensa de los intereses de los trabajadores, que se vería perjudicada por una atomización sindical»<sup>35</sup>.

Esta misma STC también consideró constitucional el fenómeno por ella denominado «irradiación», que regulan los artículos 6.2.b) y 7.1.b) de la LOLS. Según estos preceptos, los sindicatos más representativos transmiten la mayor representatividad que tienen a todos sus entes sindicales con personalidad jurídica, pero actuantes (y según la recién citada STC 98/1985, también «implantados» de algún modo) en ámbitos territorial o funcionalmente menores.

Evidentemente, «la mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica, tanto de participación institucional como de acción sindical» (artículo 6.1 de la LOLS). En efecto, gozan de «capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales» —si tienen mayor representatividad a nivel estatal— y de «capacidad representativa... en el ámbito específico de la Comunidad Autónoma» —si tienen mayor representatividad de ámbito autonómico—, entre otras cosas, para nombrar representantes en los órganos colegiados de ciertas Administraciones públicas —que es lo que en sentido estricto se conoce como «participación institucional»<sup>36</sup>—, para negociar convenios colectivos sectoriales, para obtener cesiones de inmuebles patrimoniales públicos, para convocar elecciones a representantes unitarios de trabajadores, funcionarios y personal estatutario, etc.<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Artículo 7.2.

<sup>34</sup> Algún sindicato de gran tradición histórica en España, como la Confederación Nacional del Trabajo (CNT), entra dentro de esta categoría, al excluir su programa de acción el presentarse a las elecciones de representantes unitarios de trabajadores y funcionarios, propugnando incluso la abstención en las mismas (cfr. STC 208/1989, de 14 diciembre; además, STC 132/2000, de 16 mayo). Por la vía de la «implantación», es obvio que estos sindicatos no representativos pueden llegar a tener incluso un gran poder negociador, como en el caso paradigmático de los «sindicatos horizontales», a ver *infra*, §5.

<sup>35</sup> Sobre «relativización de otros criterios medidores de la representatividad sindical», véase R. ESCUDERO RODRIGUEZ, *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos (Madrid, 1990), págs. 157 ss.

<sup>36</sup> La jurisprudencia constitucional ha negado repetidamente que este derecho de «participación institucional» de ciertos sindicatos encaje en el artículo 23 de la CE, que sólo se refiere a los «ciudadanos» (cfr. SsTC 53/1982, de 22 julio; 23/1983, de 25 marzo; y 217/1988, de 21 noviembre). En efecto, la «participación institucional» en cuestión es la genéricamente regulada, a propósito de los «órganos colegiados», por el artículo 22 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Según la LOLS, los sindicatos más representativos de Comunidad Autónoma también gozan de «la capacidad para ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal» (artículo 7.1, párrafo 2º). Acerca de todo esto, véase *infra*, Tema 34, §3.

<sup>37</sup> Cfr. artículos 6.2 y 7.1 de la LOLS. En el caso de los sindicatos meramente representativos, en principio, se les excluye por la LOLS de la participación institucional y de la posibilidad de obtener cesiones de inmuebles patrimoniales públicos (cfr. su artículo 7.2).

Según la LOLS, «la condición de más representativo o representativo de un sindicato se comunicará en el momento de ejercer las funciones o facultades correspondientes, aportando el sindicato interesado la oportuna certificación expedida a su requerimiento por la oficina pública establecida al efecto» (disposición adicional 1ª.1, párrafo 1º). En cualquier caso, es notorio que a nivel estatal ostentan la condición de sindicatos más representativos la Confederación Nacional de Comisiones Obreras (CCOO) y la Unión General de Trabajadores (UGT); y a nivel autonómico, Eusko Langileen Alkartasuna-Solidaridad de Trabajadores Vascos (ELA-STV), en el País Vasco, y Confederación Intersindical Galega (CIG), en Galicia.

En fin, al igual que existen sindicatos más representativos, también el ET menciona las «asociaciones patronales más representativas» (por ejemplo, en sus artículos 27.1, 34.7 u 83.2). Se trata de «las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal», y de «las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores»<sup>38</sup>. La Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y la Mediana Empresa (CEPYME) son las asociaciones patronales más representativas a nivel estatal.

**§4. Las facetas organizativa y funcional de la libertad sindical se refieren a la contemplación de los sujetos titulares de la misma desde una perspectiva estática y desde una perspectiva dinámica, respectivamente.**

A propósito precisamente de estas otras facetas de la libertad sindical, el TC se ha visto obligado a afirmar que «por muy detallado y concreto que parezca el enunciado del art. 28.1 de la CE, a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerársele como exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo»<sup>39</sup>; o también, que «su enumeración de derechos no constituye un “*numerus clausus*” sino que en el contenido de este precepto se integra también la vertiente funcional»<sup>40</sup>.

Como su propio nombre indica, la faceta organizativa de la libertad sindical —aludida en los artículos 7 y 28 de la CE— se refiere a la libertad de autoorganizarse el sindicato, dotándose de sus propios estatutos. Al respecto, la jurisprudencia constitucional habla del «principio de mínima injerencia del Estado»<sup>41</sup>. Y este principio lo garantiza la LOLS afirmando el derecho a fundar sindicatos «sin autorización previa» y el derecho de las organizaciones sindicales fundadas a «no ser suspendidas ni disueltas sino

<sup>38</sup> Cfr. disposición adicional 6ª, y artículos 87.3 y 87.4 del ET; también, la disposición adicional 1º.2 de la LOLS. Según la STC 57/1989, de 16 marzo, que confirma la constitucionalidad de la citada disposición transitoria 6ª del ET, «la única diferencia, en este caso, con los sindicatos es que la condición de mayor representatividad de éstos se adquiere tras un *proceso electoral* a los órganos de representación unitaria de los trabajadores, y la de las asociaciones empresariales tiene lugar por la *pertenencia (afiliación)* de las distintas empresas a una organización específica». Sobre el tema, véase J. GARCIA MURCIA, *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1987), págs. 121 ss.; también, A. ESTEVE SEGARRA, *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2003), págs. 17 ss.

<sup>39</sup> Cfr. STC 23/1983, de 25 marzo.

<sup>40</sup> Cfr. SsTC 94/1995, de 19 junio; y 198/2004, de 15 noviembre.

<sup>41</sup> Cfr. STC 121/1997, de 1 julio.



mediante resolución firme de la Autoridad Judicial»<sup>42</sup>, aunque la LOLS también exija —sin que ello implique ningún «complemento estatal autorizante de la voluntad fundacional»<sup>43</sup>— que «los sindicatos..., para adquirir la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, deberán depositar... sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto»<sup>44</sup>, que puede ser estatal o autonómica<sup>45</sup>. Siempre según la LOLS, los estatutos sindicales deben abordar el tratamiento de hasta cinco grupos distintos de cuestiones directamente ligadas a la personalidad jurídica que el sindicato está llamado a tener (su nombre, su domicilio, sus recursos económicos, etc.)<sup>46</sup>, de las cuales una muy trascendente es la relativa a la especificación de los «órganos» del sindicato, que en su actuación «habrán de ajustarse a principios democráticos»<sup>47</sup>. De entre estos órganos, la LOLS dedica especial atención a las «secciones sindicales» —esto es, el conjunto de los trabajadores afiliados a un sindicato en una concreta empresa o en un concreto centro de trabajo—, que los afiliados en cuestión tienen derecho a «constituir... de conformidad con lo establecido en los Estatutos del Sindicato»<sup>48</sup>. De nuevo según la LOLS, estas secciones sindicales «estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o centro de trabajo»<sup>49</sup>.

El TC confirma que la creación de secciones sindicales y la designación por éstas de delegados sindicales forman parte del «contenido esencial» de la libertad sindical, que el artículo 28.1 de la CE garantiza a todos los sindicatos<sup>50</sup>; y además, que la sección sindical es «un órgano sindical», que «la relación entre la sección y el sindicato no se traba mediante

<sup>42</sup> Ambos derechos, en sus artículos 2.1.a) y 2.2.c).

<sup>43</sup> Cfr. STC 121/1997, de 1 julio. Sobre democracia precisamente en la fundación de las organizaciones sindicales, véase E. CABERO MORAN, *La democracia interna de los sindicatos*, CES (Madrid, 1997), págs. 95 ss.

<sup>44</sup> Artículo 4.1. Los apartados 3 a 8 de este mismo precepto describen con relativa prolijidad el procedimiento a seguir para que el sindicato adquiera dichas capacidad y personalidad, regulándose en la LPL (artículos 165 a 174) el proceso laboral especial para tramitar la «impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación» (véase *infra*, Tema 41, §4). Según la LOLS, «las organizaciones sindicales constituidas en aplicación de la Ley 19/1977, de 1 de abril, y que gocen de personalidad jurídica en la fecha de entrada en vigor de esta Ley conservarán el derecho a la denominación sin que, en ningún caso, se produzca solución de continuidad en su personalidad, quedando automáticamente convalidadas» (disposición final 1ª.1). Sobre los posibles distintos significados del «reconocimiento» de la personalidad jurídica sindical y sus consecuencias, véase Mª.F. FERNANDEZ LOPEZ, *El sindicato. Naturaleza jurídica y estructura*, Civitas (Madrid, 1982), págs. 97 ss.

<sup>45</sup> Cfr. disposición final 1ª.2 de la LOLS.

<sup>46</sup> Cfr. su artículo 4.2.

<sup>47</sup> Cfr. su artículo 4.2.c). Véase J.P. LANDA ZAPIRAIN, *Democracia sindical interna (Régimen jurídico de la organización y funcionamiento de los sindicatos)*, Civitas (Madrid, 1996), págs. 41 ss.

<sup>48</sup> Cfr. su artículo 8.1.a).

<sup>49</sup> Cfr. su artículo 10.1. Véase C. AGUT GARCIA, *El sindicato en la empresa (Secciones y delegados sindicales)*, Tirant lo blanch (Valencia, 1997), págs. 39 ss.

<sup>50</sup> Cfr., por ejemplo, la STC 84/1989, de 10 mayo, según la cual «la elección o designación de representantes o Delegados es ejercicio de la libertad interna de autoorganización del Sindicato, y, en cuanto tal, la LOLS no lo prohíbe a ningún sindicato ni a ninguna Sección Sindical, ni seguramente podría prohibirlo».

un vínculo asociativo... sino a través de una integración directa» —a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las federaciones afiliadas, que no son meros órganos, sino verdaderos entes sindicales—, y que todo esto «impide... atribuir a la sección sindical personalidad jurídica distinta de la del propio sindicato»<sup>51</sup>.

Sobre esta base, el artículo 8.2 de la LOLS —a título de «contenido adicional» de la libertad sindical— garantiza sólo a las secciones sindicales de determinados sindicatos (los más representativos y los que cuenten con representación en los órganos de representación unitaria de trabajadores, funcionarios y personal estatutario) el derecho a que la empresa ponga a su disposición un «tablón de anuncios» y, además, el derecho a utilizar un «local adecuado» en la misma, aunque este último sólo en «empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores».

Por su parte, el artículo 10 de la LOLS —igualmente a título de «contenido adicional» de la libertad sindical— otorga también sólo a las secciones sindicales de determinados sindicatos (los que cuenten con representantes en los órganos de representación unitaria de trabajadores, funcionarios y personal estatutario) el derecho a que el empresario les reconozca un determinado número de delegados sindicales en empresas o centros de trabajo de más de 250 trabajadores<sup>52</sup>, lo que permite a estos delegados sindicales beneficiarse, entre otros derechos, de las mismas garantías de que disfrutaban los propios representantes unitarios (incluido el crédito horario y, por tanto, el derecho a «liberarse»)<sup>53</sup>, siempre y cuando los delegados sindicales en cuestión no formasen parte ya de los órganos de representación unitaria.

Por su parte, la faceta funcional de la libertad sindical —aludida por el artículo 7, pero no por el artículo 28.1, de la CE— se refiere a la «defensa y promoción de los intereses económicos y sociales» de los trabajadores. A tal efecto, según la LOLS, los trabajadores afiliados tienen derecho a la «acción sindical»<sup>54</sup> —precisamente en la empresa—, esto es, a reunirse en ella con fines sindicales, a recaudar cuotas sindicales, a distribuir información sindical, etc., aunque respetando los límites

<sup>51</sup> Cfr. STC 121/2001, de 4 junio, en la que se continúa afirmando que «la autonomía e independencia que estatutariamente se otorga a las secciones sindicales en litigio no puede, en modo alguno, transformarlas en “auténticos entes sindicales”». Téngase en cuenta, según el artículo 5 de la LOLS, que «los sindicatos constituidos al amparo de la presente Ley responderán por los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios en la esfera de sus respectivas competencias» (apartado 1), y que «el sindicato no responderá por actos individuales de sus afiliados, salvo que aquéllos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaron por cuenta del sindicato» (apartado 2). Sobre este último tema, contrastando nuestra regulación con la de los Estados Unidos, véase A. ARUFE VARELA, «La problemática exigencia de responsabilidades laborales a los sindicatos por actividades huelguísticas de sus afiliados. Un análisis comparado de los ordenamientos español y norteamericano», *Relaciones Laborales*, núm. 9 (2006), págs. 11 ss.

<sup>52</sup> El número de delegados en cuestión —a reconocer por el empresario— se ajusta a una escala, detallada en el artículo 10.2, párrafos 2º y 3º, de la LOLS.

<sup>53</sup> Confirmando expresamente que tal «liberación» forma parte no del «contenido esencial», sino del «contenido adicional» de la libertad sindical, véase STC 70/2000, de 13 marzo; también, STC 336/2005, de 20 diciembre.

<sup>54</sup> Esta es la rúbrica del Título IV de la LOLS (artículos 8 a 11).

razonables que la propia LOLS impone<sup>55</sup>; y los sindicatos tienen, a su vez, «derecho a la actividad sindical»<sup>56</sup>, tanto en la empresa como fuera de ella<sup>57</sup>. Respecto del ejercicio de esta actividad por los sindicatos, sólo integran el «contenido esencial» de la libertad sindical los derechos de los propios sindicatos a la negociación colectiva, a la huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas y candidatos en las elecciones a representantes unitarios de trabajadores, funcionarios y personal estatutario<sup>58</sup>. Por eso, el TC concluye que otras asociaciones igualmente reivindicativas, al carecer de estos derechos integrados en el núcleo mismo de la libertad sindical funcional y colectiva, no podrían ser constitucionalmente calificadas en modo alguno como verdaderos «sindicatos»<sup>59</sup>.

La jurisprudencia constitucional —forzada por el tenor del artículo 37.1 de la CE, que habla de «negociación colectiva *laboral*»— reconoce, por supuesto, el derecho de negociación colectiva de los sindicatos de funcionarios —si no lo tuviesen, no podría hablarse de que eran verdaderos sindicatos—, aunque matiza que este derecho suyo forma parte del «contenido adicional» de su libertad sindical, al estar regulado en la Ley 9/1987, de 12 junio<sup>60</sup>.

**§5.** El artículo 28.1 de la CE menciona, en cambio, explícitamente las facetas positiva y negativa de la libertad sindical, amparando ambas<sup>61</sup>. Desde el punto de vista del trabajador, la primera implica su derecho a afiliarse libremente al sindicato de su elección, y la segunda, su derecho a no afiliarse a ningún sindicato<sup>62</sup>. Desde el punto de vista de los sindicatos, la primera implica su derecho a afiliarse libremente a sindicatos

<sup>55</sup> Según su artículo 8.1.b), «los trabajadores afiliados a un sindicato podrán... celebrar reuniones previa notificación al empresario, recaudar cuotas y distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal en la empresa».

<sup>56</sup> Cfr. artículo 2.1.d) de la LOLS.

<sup>57</sup> Véase C. SAEZ LARA, *Representación y acción sindical en la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1992), págs. 223 ss.

<sup>58</sup> Según el artículo 2.2.d) de la LOLS —que reproduce la jurisprudencia constitucional previa sobre el tema—, las organizaciones sindicales tienen derecho al «ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, *en todo caso*, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, el planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes».

<sup>59</sup> Al respecto, resulta decisiva la STC 219/2001, de 31 octubre, considerando mera asociación sin fines sindicales o parasindicales —y cuya creación amparaba, por tanto, el artículo 22 de la CE— a la denominada «Hermandad de Personal Militar en Situación Ajena al Servicio Activo».

<sup>60</sup> En este sentido, véanse SsTC 80/2000, de 27 marzo; 85/2001, de 26 marzo; y 222/2005, de 12 septiembre.

<sup>61</sup> Véase S. DE SOTO RIOJA, *La libertad sindical negativa*, Civitas (Madrid, 1998), págs. 27 ss.

<sup>62</sup> Cfr. artículo 2.1.b) de la LOLS.

de ámbito funcional o territorial mayor —incluso de carácter internacional<sup>63</sup>—, y la segunda, su derecho a no afiliarse a estos otros sindicatos<sup>64</sup>.

Según el TC, «siendo los sindicatos formaciones con relevancia social, integrantes de la estructura pluralista de la sociedad democrática, no puede abrigarse duda alguna que la afiliación a un sindicato es una opción ideológica protegida por el art. 16 de la CE, que garantiza al ciudadano el derecho a negarse a declarar sobre ella», o, dicho de otro modo, «la revelación de la afiliación sindical es, por tanto, un derecho personal y exclusivo del trabajador, que están obligados a respetar tanto el empresario como los propios órganos sindicales»<sup>65</sup>.

Aunque los sindicatos buscan ávidamente afiliados —por motivaciones económicas, sobre todo<sup>66</sup>—, resulta en ocasiones razonable impedir la afiliación de concretos trabajadores, especialmente de los que ocupan categorías profesionales no comprendidas en el ámbito funcional de actuación del sindicato de que se trate<sup>67</sup>. Es el caso de los denominados *sindicatos horizontales*, que sólo afilian muy concretas categorías de trabajadores (personal directivo, deportistas profesionales, médicos, pilotos de líneas aéreas, etc.), frente al de los denominados *sindicatos verticales* o industriales, que afilian trabajadores de todo tipo, agrupándolos normalmente por sectores económicos —llamados «federaciones», cuyo conjunto integra, a su vez, la «confederación» correspondiente o «central sindical»—, y que se conocen coloquialmente por ello mismo con el nombre de sindicatos «de clase» (de toda la clase trabajadora, se entiende).

Según la doctrina que se ha ocupado del tema, «al contrario de lo que sucede con los sindicatos de industria, donde los vínculos entre la confederación y las federaciones y sindicatos afiliados suelen ser de control, las confederaciones horizontales se caracterizan por la relativa autonomía de la que gozan las federaciones y los sindicatos afiliados a las mismas, quedando los dos principales instrumentos sindicales —esto es, huelga y negociación colectiva— bajo tutela del sindicato o la federación correspondiente»<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> En el ámbito regional europeo, el sindicato más importante es la Confederación Europea de Sindicatos (CES), fundada en 1965, con sede en Bruselas, a la que están afiliadas UGT, CCOO y ELA-STV, y que es considerada por la Comisión como «interlocutor social», a los efectos de diálogo social y participación institucional en el seno de la Unión Europea. Por su parte, las patronales europeas también consideradas «interlocutores sociales» por la Comisión son la Unión de Confederaciones de la Industria y Empleadores de Europa (UNICE), a la que está afiliada la CEOE, y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP). Sobre todos estos temas y sus múltiples detalles, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, *Asociaciones sindicales y empresariales de carácter internacional*, Comares (Granada, 2003), págs. 74-80, 98-102 y 187-193.

<sup>64</sup> Cfr. artículo 2.2.b) de la LOLS.

<sup>65</sup> Cfr. STC 292/1993, de 18 octubre.

<sup>66</sup> Su principal fuente de financiación son, en teoría, las cuotas sindicales que pagan los afiliados, afirmando respecto de ellas la LOLS que «las cuotas sindicales no podrán ser objeto de embargo» (artículo 5.3).

<sup>67</sup> Al amparo de lo que dispone el artículo 2.1.b) de la LOLS, que reconoce «el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección *con la sola condición de observar los estatutos del mismo*». Téngase en cuenta que, según la propia LOLS, los estatutos de los sindicatos deben especificar el «ámbito territorial y funcional de actuación del sindicato» [artículo 4.2.b)].

<sup>68</sup> Véase R.P. RON LATAS, *Los sindicatos horizontales*, Comares (Granada, 2003), págs. 63-64.

§6. El artículo 7 de la CE alude también de algún modo a las facetas interna y externa de la libertad sindical —la externa implicaría tener enfrente sus titulares no a otros compañeros u órganos sindicales, sino precisamente al empresario<sup>69</sup>—, al afirmar respecto de los sindicatos que «su estructura *interna* y funcionamiento deberán ser democráticos». Ahora bien, la LPL separa deliberadamente y con sumo cuidado los pleitos «en materia de régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en lo relativo a su funcionamiento *interno* y a las relaciones con sus afiliados» [que menciona en su artículo 2.h)], de un lado, y los pleitos «sobre tutela de los derechos de libertad sindical» [que menciona en su artículo 2.k)], de otro<sup>70</sup>. Trata, así, de disuadir la judicialización de los problemas sindicales «internos», remitiendo implícitamente su solución a los procedimientos igualmente «internos» de resolución de conflictos establecidos en los estatutos de los sindicatos<sup>71</sup>, y luego —una vez agotados éstos—, al más lento y menos sumario de los procesos laborales, que es justamente el proceso laboral ordinario. El TC ha venido avalando repetidamente este planteamiento legal, obediente a razones de mera conveniencia, a propósito de pleitos sobre impugnación por los afiliados de acuerdos internos de sus sindicatos o, también, de pleitos sobre impugnación de sanciones (expulsión, suspensión de militancia) que los sindicatos imponen en ocasiones a sus afiliados.

Así, respecto de la impugnación de acuerdos, afirma el TC que «la negativa de un órgano judicial a analizar la corrección del procedimiento de adopción de determinados Acuerdos internos de un sindicato... es... un problema (la interpretación y alcance que se debe dar a una norma, en este caso estatutaria) de legalidad», y por ello mismo, «insusceptible... de control en esta vía de amparo», salvo «en supuestos manifiesta y claramente antidemocráticos (lo que no sucede en el presente recurso en el que se discuten formas de adopción de Acuerdos en principio válidas desde una concepción general de su democraticidad)»<sup>72</sup>.

Respecto de la impugnación de sanciones, el TC sostiene que si el afiliado alega «supuestos vicios procedimentales cometidos [por el sindicato] en la tramitación del expediente disciplinario», y «si los hechos por los que se sanciona han sido adecuadamente subsumidos en las infracciones tipificadas por los estatutos y reglamentos del Sindicato o si la sanción impuesta resulta ser adecuada, son, obviamente, problemas a ventilar por los cauces del proceso ordinario»<sup>73</sup>, de manera que «sólo cuando tales sanciones no se ajusten a las previsiones establecidas en la normativa interna, al encubrir las mismas en realidad un móvil espurio o

<sup>69</sup> Cfr., por todas, SsTC 61/1989, de 3 abril; 84/1989, de 10 mayo; y 173/1992, de 29 octubre.

<sup>70</sup> Véase R. GALLARDO MOYA, *Democracia sindical interna. Un análisis jurídico*, Trotta (Madrid, 1996), págs. 83 ss.

<sup>71</sup> A ellos alude, por ejemplo, STC 186/1992, de 16 noviembre («someter a la jurisdicción el conocimiento de los conflictos sindicales, una vez fracasados los *procedimientos internos* de resolución»).

<sup>72</sup> Cfr. STC 186/1992, de 16 noviembre, a propósito de «los Acuerdos del V Congreso de la CNT».

<sup>73</sup> Cfr. STC 116/2001, de 21 mayo, a propósito del recurso presentado por cierto afiliado de CSI-CSIF.

de represalia contra su lícita actuación en el seno del sindicato, éstas podrán ser consideradas como vulneradoras del derecho de libertad sindical»<sup>74</sup>.

§7. Lógicamente, el empresario —frente al que principalmente se ejercitan los diversos derechos integrados en la libertad sindical— esa quien más frecuentemente debe imputarse la realización de conductas antisindicales<sup>75</sup>, con lesión de la libertad sindical de que son titulares tanto los trabajadores<sup>76</sup> (así, siempre con una motivación antisindical, mediante despidos<sup>77</sup>, imposición de sanciones disciplinarias distintas del despido<sup>78</sup> o de la modificación de funciones del puesto de trabajo<sup>79</sup>, discriminaciones salariales<sup>80</sup>, postergaciones para ascender<sup>81</sup>, no renovación de contratos temporales<sup>82</sup>, no transformación de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo<sup>83</sup>, etc.) como los sindicatos (por ejemplo, negándose a negociar de buena fe convenios colectivos con ellos)<sup>84</sup>.

La LOLS considera expresamente lesión empresarial de la libertad sindical el coloquialmente llamado «amarillismo» sindical<sup>85</sup>, esto es, «los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o, en otra forma, sindicatos con el mismo propósito de control» (artículo 13, párrafo 2º).

Al efecto de impedir un eventual control del sindicato por parte de las Administraciones públicas —o viceversa—, la LOLS afirma que «quienes ostenten cargos directivos o de representación en el sindicato en que estén afiliados, no podrán desempeñar, simultáneamente,

<sup>74</sup> Cfr. STC 121/2001, de 4 junio, concluyendo que «las lesiones que la sección sindical de Iberia LAE, SA, pudiera haber causado a la sección sindical de Viva Air, SA, ambas pertenecientes al sindicato SEPLA, en el campo de la acción sindical, deben ser valoradas como unas lesiones internas y, por tanto, susceptibles de ser ubicadas en el terreno de la legalidad estatutaria».

<sup>75</sup> Véase Y. VALDEOLIVAS GARCIA, *Antisindicalidad y relaciones de trabajo (Un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*, Civitas (Madrid, 1994), págs. 59 ss.

<sup>76</sup> Véase J.L. GOÑI SEIN, *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Tecnos (Madrid, 1996), págs. 9 ss.

<sup>77</sup> Cfr. SsTC 38/1981, de 23 noviembre; 114/1989, de 22 junio; 197/1990, de 29 noviembre; 191/1996, de 26 noviembre; y 48/2002, de 25 febrero, esta última a propósito de despidos objetivos antisindicales.

<sup>78</sup> Cfr. SsTC 81/1983, de 10 octubre; y 201/1999, de 8 noviembre.

<sup>79</sup> Cfr. STC 84/2002, de 22 abril.

<sup>80</sup> Cfr. SsTC 191/1998, de 29 septiembre; 30/2000, de 31 enero; y 173/2001, de 26 julio.

<sup>81</sup> Cfr. SsTC 74/1998, de 31 marzo; y 77/1998, de 31 marzo.

<sup>82</sup> Cfr. SsTC 29/2002, de 11 febrero; y 30/2002, de 11 febrero.

<sup>83</sup> Cfr. STC 90/1997, de 6 mayo.

<sup>84</sup> Cfr. SsTC 105/1992, de 1 julio; y 225/2001, de 26 noviembre; y 238/2005, de 26 septiembre, las tres relativas a la negociación directa con todos los trabajadores individuales. También, STC 107/2000, de 5 mayo, relativa a simulación de negociación colectiva, con ánimo real de no llegar a acordar nada.

<sup>85</sup> Dicha adjetivación procede de la expresión inglesa «perro amarillo», con la cual se aludía en los Estados Unidos al trabajador que suscribía con el empresario contrato individual (o «*yellow dog contract*»), comprometiéndose a no afiliarse a ningún sindicato mientras estuviese al servicio del empresario en cuestión (cfr. J. MARTINEZ GIRON, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, IELSS [Madrid, 1985], pág. 97).

en las Administraciones públicas cargos de libre designación de categoría de Director General o asimilados, así como cualquier otro de rango superior» (artículo 3.2).

Al igual que los mismísimos poderes públicos (esto es, el Gobierno o las Cortes)<sup>86</sup>, también los sindicatos pueden llegar a violentar la libertad sindical de los trabajadores o de otros sindicatos —frecuentemente en connivencia con el empresario<sup>87</sup>—, como ocurre en el supuesto prototípico de los denominados «pactos de seguridad sindical», que son cláusulas acordadas en convenio colectivo por virtud de las cuales se obliga al trabajador a afiliarse de hecho o de derecho al sindicato pactante, con violación en consecuencia de su libertad de no afiliarse a ningún sindicato<sup>88</sup>.

Según la STC 98/1985, de 29 julio, el llamado «canon de negociación colectiva» —que aparece regulado en el artículo 11.1 de la LOLS, y que pagarían todos los trabajadores (afiliados o no) comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo que lo prevea<sup>89</sup>— no puede tacharse de inconstitucional, fundamentalmente porque «habrá de respetarse la voluntad individual del trabajador..., sin que sea admisible la imposición del canon a reserva de la voluntad en contrario, y sin que se pueda exigir tampoco una manifestación negativa de voluntad, que supondría, sin duda, una presión sobre el trabajador».

En los convenios colectivos o por contrato individual cabe que también se pacte el «descuento de la cuota sindical»<sup>90</sup> —cuota a pagar, como es lógico, sólo por los afiliados—, al

<sup>86</sup> Así, declarando parcialmente inconstitucional, a instancia del Defensor del Pueblo, el régimen de ciertas subvenciones a sólo los sindicatos más representativos contenido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1983, véanse SsTC 20/1985, de 14 febrero; y 72/1985, de 13 junio. Por su parte, declarando inconstitucional —de nuevo a instancia del Defensor del Pueblo— el inciso «más representativas» del artículo 6.2 de la Ley 4/1986, de 8 enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado, véase STC 183/1992, de 16 noviembre. Acerca de estas vías de financiación sindical, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, «O sindicato do século XXI sem a contribução sindical: representatividade do trabalhador ou do empregado: Algumas considerações sobre as principais fontes de financiamento dos sindicatos em Espanha», *Genesis. Revista de Direito do Trabalho*, núm. 143 (2004), págs. 767 ss.

<sup>87</sup> Cfr. los supuestos de hecho enjuiciados por SsTC 217/1988, de 21 noviembre; 184/1991, de 30 septiembre; 213/1991, de 11 noviembre; y 80/2000, de 27 marzo. Acerca de cierta concreta violación de la libertad sindical de CCOO por parte de UGT, véase STC 137/1991, de 20 junio.

<sup>88</sup> El Comité de Libertad Sindical de la OIT nunca se ha atrevido a prohibirlos, al resultar frecuentes en la práctica sindical de los países anglosajones, de donde se toma —por traducción directa del inglés («*union security agreements*») — la denominación de los mismos. Acerca del tema, clásico, véase M. ALONSO OLEA, «Los pactos de seguridad sindical. Algunas decisiones recientes», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 12 (1982), págs. 565 y ss. F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *La adhesión al convenio colectivo*, EGAP (Santiago de Compostela, 1997), pág. 41, nota 291, ha demostrado ejemplarmente que «en los primeros momentos de nuestra negociación colectiva, se convenían, con relativa frecuencia, pactos de seguridad sindical».

<sup>89</sup> Según dicho precepto de la LOLS, «en los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas por las que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación atiendan económicamente la gestión de los sindicatos representados en la comisión negociadora» (inciso 1º), teniendo en cuenta que «en todo caso, se respetará la voluntad individual del trabajador, que deberá expresarse por escrito en la forma y plazos que se determinen en la negociación colectiva» (inciso 2º).

<sup>90</sup> Téngase en cuenta, según la propia STC 98/1985, que «la reciprocidad que implica el término “entre” [utilizado por el artículo 37.1 de la CE, al aludir a la “negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios»] se refiere a una reciprocidad procedimental y no de derechos y obligaciones».

amparo de lo dispuesto en el artículo 11.2 de la LOLS, según el cual «el empresario procederá al descuento de la cuota sindical sobre los salarios y a la correspondiente transferencia a solicitud del sindicato del trabajador afiliado y previa conformidad, siempre, de éste»<sup>91</sup>.

Al efecto de la represión de las conductas antisindicales, la LOLS prevé —sobre la base de que las normas, actos o pactos lesivos de la libertad sindical «serán nulos y sin efecto» (artículo 12)— la existencia de una tutela judicial específica y privilegiada de la misma<sup>92</sup>. En el caso de las violaciones de la libertad sindical que entran en la competencia de los tribunales laborales, esta tutela judicial se lleva a cabo por los trámites de un proceso laboral especial «basado en los principios de preferencia y sumariidad»<sup>93</sup>, regulado en la LPL (artículos 175 a 182), con la denominación de proceso «De la tutela de los derechos de libertad sindical»<sup>94</sup>.

Los pleitos sobre tutela de la libertad sindical de los funcionarios y de sus sindicatos respectivos, frente a las Administraciones públicas, son competencia de los tribunales contencioso-administrativos, pues el artículo 3.1.a) de la LPL afirma que «no conocerán los Organos Jurisdiccionales del Orden Social... de la tutela de los derechos de libertad sindical relativa a los funcionarios públicos y al personal al que se refiere el artículo 1.3.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores»<sup>95</sup>.

Por lo que respecta a la tutela de la libertad sindical por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social —paralizada si llegasen a intervenir los tribunales penales<sup>96</sup>—, téngase en cuenta que la LISOS tipifica en materia de libertad sindical, expresamente, tres infracciones «graves» (artículos 7.7, 7.8 y 7.9) y cuatro «muy graves» (artículos 8.5, 8.6, 8.8 y 8.12) del empresario; una «muy grave» [artículo 9.2.d)] de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria; y por último, otra también «muy grave» (artículo 16.2) de los empresarios y agencias de colocación, en materia de empleo.

<sup>91</sup> Aunque el empresario conoce de este modo quiénes de sus trabajadores están afiliados a sindicatos, la jurisprudencia constitucional declaró en una larga serie de sentencias (que comienza con STC 11/1998, de 13 enero) que no cabe la utilización del dato «sensible» en cuestión, en relación con fines distintos de los previstos por dicha norma (en el caso, para efectuar descuentos salariales por participación en una huelga). Sobre el tema, véase J. CABEZA PEREIRO, *El descuento de la cuota sindical*, Tirant lo blanch (Valencia, 2002), págs. 82 ss.

<sup>92</sup> Cfr. sus artículos 13, 14 y 15.

<sup>93</sup> Como manda el artículo 53.2 de la CE. La LOLS alude todavía, anacrónicamente, al «proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona» (artículo 13, párrafo 1º).

<sup>94</sup> Sobre él, véase *infra*, Tema 41, §6.

<sup>95</sup> Véase R.P. RON LATAS, *Los sindicatos horizontales*, cit., págs. 48-49, y jurisprudencia laboral ordinaria reciente, incluso de unificación de doctrina, que cita.

<sup>96</sup> Prevé esta eventual intervención el artículo 15 de la LOLS, cuando afirma que «si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical, decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas». También la prevé el artículo 175.3 de la LPL. Sobre la protección penal de la libertad sindical, véase A. BAYLOS GRAU y J. TERRADILLOS, *Derecho Penal del Trabajo*, 2ª ed., Trotta (Madrid, 1997), págs. 141 ss.



---

## TEMA 28

### EL DERECHO A LA NEGOCIACION COLECTIVA LABORAL

---

Xosé Manuel Carril Vázquez

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras. §2. El concepto legal de convenio colectivo. §3. Unidades de negociación y ámbitos de aplicación del convenio colectivo. §4. La legitimación para negociar convenios colectivos. §5. Las reglas sobre legitimación para negociar convenios colectivos empresariales. §6. Las reglas sobre legitimación para negociar convenios colectivos sectoriales. §7. Las reglas sobre legitimación para negociar convenios colectivos de grupos de empresas.

§1. El derecho a la negociación colectiva laboral es un derecho constitucional, que aparece recogido en el artículo 37.1 de la CE, según el cual «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».

Dado que este precepto se refiere a la «negociación colectiva *laboral*», queda fuera de su ámbito de cobertura la negociación colectiva «no laboral»; esto es, la negociación colectiva del personal funcionario, estatutario o con contrato administrativo al servicio de las distintas Administraciones públicas<sup>1</sup>. Esta negociación colectiva «no laboral» aparece regulada en la Ley 9/1987, de 12 junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, cuyo capítulo III tiene la rúbrica «De la *negociación colectiva* y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo»<sup>2</sup>.

Dada su ubicación sistemática en la CE —fuera de los preceptos que posibilitan el acceso al recurso de amparo, ante el TC—, la «ley» expresamente mencionada en el mismo podía tener perfectamente el rango de mera ley «ordinaria». Y de ahí que se aprovechara el mandato

---

<sup>1</sup> Aludiendo a las «principales causas de alejamiento entre la negociación colectiva funcional y laboral», véase J.J. FERNANDEZ DOMINGUEZ, B. AGRA VIFORCOS y H. ALVAREZ CUESTA, *Derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Laborum (Murcia, 2005), págs. 114 y ss.

<sup>2</sup> Sobre este capítulo III, véase *infra*, Tema 31, §7. Sobre que el derecho de negociación colectiva de los sindicatos de funcionarios se integra en el «contenido adicional» de la libertad sindical, véase *supra*, Tema 27, §4 *in fine*.

contenido en el artículo 35.2 de la CE —ubicado también al margen de los preceptos constitucionales dotados de protección privilegiada—, relativo a que «la ley regulará un estatuto de los trabajadores», para proceder a promulgar la ley ordinaria garantizadora del derecho a la negociación colectiva. En efecto, esta ley está contenida en el Título III del ET (artículos 82 a 92), cuya rúbrica genérica es «De la negociación y de los convenios colectivos».

La regulación del Título III del ET-1980 se inspiró, en parte, en el «Acuerdo marco interconfederal para la negociación colectiva» de 5 enero 1980 (popularmente llamado AMI)<sup>3</sup>, suscrito por UGT y CEOE, y publicado en BOE de 24 enero 1980.

Desde la promulgación del ET-1980, este Título III ha sufrido hasta cinco modificaciones de muy diversa entidad, que fueron sucesivamente operadas: 1) por la Ley 32/1984, de 2 agosto, que procedió a modificar su artículo 87, sobre «legitimación» para negociar, con la finalidad de adaptarlo «a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la [futura] Ley Orgánica de Libertad Sindical [de 1985]»<sup>4</sup>; 2) por la Ley 11/1994, de 19 mayo, que dió nueva redacción a sus artículos 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89 y 91; 3) por la Ley 4/1995, de 23 marzo, que retocó ligeramente el tenor de su artículo 90.3, sobre publicación de los convenios colectivos; 4) por la Ley 63/1997, de 26 diciembre, que dió nueva redacción a su artículo 85, sobre «contenido» de los convenios colectivos; y 5) por la Ley 24/1999, de 6 julio, que enmendó su artículo 92.2, a propósito de la «extensión» de los convenios colectivos.

Tras más de cuatro lustros de vigencia de todos estos preceptos, resulta lógico que haya una abundantísima masa de jurisprudencia relativa a los mismos, cuya existencia resultaría temerario desconocer<sup>5</sup>. Se trata sobre todo de jurisprudencia laboral ordinaria, especialmente la dictada por nuestros tribunales laborales al amparo de lo dispuesto en los artículos 151.1 y 163.1 de la LPL, que permiten plantear conflictos colectivos para la interpretación y aplicación, o para la impugnación, de un «convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia». Ahora bien, también existe sobre este tema jurisprudencia constitucional muy relevante, relativamente abundante y, además, dictada al resolver el TC recursos de amparo, pues —sobre la base de que el derecho a la negociación colectiva laboral, regulado en el artículo 37.1 de la CE, forma parte del «contenido esencial» del derecho fundamental de libertad sindical, que sí posee, en cambio, una ubicación constitucional privilegiada, al estar regulado en el artículo 28.1 de la CE— resulta que toda violación del derecho de

<sup>3</sup> Sobre él, véase M.N. MORENO VIDA, *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo*, Universidad (Granada, 1989), págs. 285 y ss.

<sup>4</sup> Véase su Exposición de Motivos, párrafo 32.

<sup>5</sup> Una buena recopilación y crítica de la misma, en I. ALBIOL MONTESINOS, *El convenio colectivo en la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1998), págs. 23 y ss.

negociación colectiva se convierte en constitucionalmente amparable, si la violación en cuestión hubiese sido padecida por un sindicato, dado que en este caso «el impedimento o la obstaculización [del]... ejercicio [del derecho de negociación colectiva] constituye no sólo vulneración del precepto constitucional que consagra [ese]... concreto derecho [esto es, el artículo 37.1 de la CE], sino también del propio artículo 28.1»<sup>6</sup>.

Siempre sobre la base de la interconexión que existe entre los artículos 28.1 y 37.1 de la CE, cabe apuntar tres hitos clave en el haber de la jurisprudencia constitucional sobre negociación colectiva laboral<sup>7</sup>. El primero —supuesto que nuestro sistema de negociación colectiva no es un sistema «dinámico», sino más bien «estático»<sup>8</sup>—, la distinción existente entre «negociación» (en sentido estricto) y «administración» de los convenios colectivos<sup>9</sup>. El segundo, que la negociación colectiva está presidida por la regla de la «buena fe»<sup>10</sup>. Y el tercero —y tal vez más importante—, la constitucionalización de la llamada negociación colectiva «extraestatutaria»<sup>11</sup>.

**§2.** Lógicamente, el núcleo alrededor del cual gira toda la negociación colectiva es el convenio colectivo, expresamente mencionado en el artículo 37.1 de la CE, allí donde afirma que «la ley garantizará...la fuerza vinculante *de los convenios*». A este respecto, el artículo 82 del ET —rubricado «*Concepto y eficacia*»—, que consta de cuatro apartados, ofrece el concepto legal de convenio colectivo en sus dos primeros apartados<sup>12</sup>, al indicar que «los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva» (apartado 1), y además, que «mediante los convenios colectivos y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten» (apartado 2). En este concepto legal tan prolijo, lo verdaderamente importante son sus referencias a que el convenio colectivo es un acuerdo («...expresión del acuerdo libremente adoptado...»), entre los representantes

<sup>6</sup> Por todas, véase STC 118/1983, de 13 diciembre.

<sup>7</sup> Sobre estos «hitos», véase J. MARTINEZ GIRON, «La negociación colectiva en la Constitución», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. V (2003), págs. 50 y ss.

<sup>8</sup> Véase *infra*, Tema 30, §2.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Véase *infra*, Tema 29, §4.

<sup>11</sup> Véase *infra*, Tema 31.

<sup>12</sup> Véase J.M. GOERLICH PESET, «Concepto y eficacia del convenio colectivo (En torno al artículo 82)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), págs. 1433 y ss.

de los trabajadores y los empresarios («...por los representantes de los trabajadores y de los empresarios...») para regular las condiciones de trabajo («...trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad...»).

La definición doctrinal más clásica de convenio colectivo es, por supuesto, la que dio en 1928 Francesco CARNELUTTI, ya vista, según la cual —haciendo hincapié metafóricamente, pero con toda acribia, en su naturaleza de contrato normativo— «el convenio colectivo es un híbrido, que tiene el cuerpo del contrato y el alma de la ley»<sup>13</sup>.

Por su parte, la definición legal más clásica de «negociación colectiva» fue la formulada en 1935, en los Estados Unidos de Norteamérica, por la Ley Nacional de Relaciones Laborales (o Ley Wagner), en cuya sección 8.d) se afirma lo siguiente: «A los efectos de esta sección, negociar colectivamente (*to bargain collectively*) es el cumplimiento de la obligación mutua del empresario y del representante de sus trabajadores de reunirse en períodos razonables y conferenciar de buena fe (*in good faith*) con respecto a los salarios, la jornada y otros términos y condiciones de empleo, o sobre la negociación de un acuerdo, o sobre cualquier cuestión que se derive del mismo, y la formalización de un contrato escrito que incorpore cualquier acuerdo alcanzado si así lo exigiese alguna de las partes, aunque dicho deber no obliga a ninguna de las partes a aceptar ninguna propuesta o a exigir que se haga alguna concesión».

En efecto, se trata de un acuerdo libremente adoptado por sus partes. Lógicamente, esta afirmación legal remite a los preceptos de Derecho común sobre el consentimiento contractual y sobre los eventuales vicios que puedan llegar a invalidar este consentimiento. Lo confirma la jurisprudencia laboral, a propósito del consentimiento viciado de los representantes de los trabajadores, al afirmar que «la empresa demandada ocultando las circunstancias... concurrentes, indujo a los representantes de los trabajadores a error», por lo que este error «a la luz de lo dispuesto en el artículo 1266 del Código Civil invalida el consentimiento..., siendo claro que dichos representantes no hubieran firmado el acuerdo con la empresa, de haber conocido los datos ocultados»<sup>14</sup>; y a propósito ahora del consentimiento viciado del empresario, al concluir que si un «armador prestó el consentimiento al Acuerdo firmado..., fue ante el temor racional y fundado [provocado por piquetes coactivos] de que de no prestarlo no se le hubiera permitido la salida del buque,... por lo que..., al estar viciado el consentimiento el acuerdo firmado es nulo»<sup>15</sup>.

El Título III del ET alude explícitamente de algún modo a este tema, al indicar que «en los supuestos de que se produjeran *violencias, tanto sobre las personas como sobre los bienes* y ambas partes comprobaran su existencia, quedará suspendida de inmediato la negociación

<sup>13</sup> Véase *supra*, Tema 2, §6.

<sup>14</sup> Véase STSJ Madrid de 20 marzo 2001 (Ar. 1768).

<sup>15</sup> Véase STSJ Galicia de 10 marzo 1994 (Ar. 902).

en curso hasta la desaparición de aquéllas» (artículo 89.1, párrafo 4º); e implícitamente, al exigir que debe negociarse «bajo el principio de la buena fe» (artículo 89.1, párrafo 3º).

Sobre esta base, el acuerdo en cuestión tiene una clara y evidente dimensión colectiva (precisamente por eso, se le llama convenio «colectivo»). Lo subraya el artículo 82.1 del ET, al afirmar que este peculiar acuerdo entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios —aquí operantes como sujetos colectivos— se adopta «por ellos en virtud de su autonomía colectiva»<sup>16</sup>. Queda así contrapuesto el convenio colectivo al contrato de trabajo, que es fruto del acuerdo individual entre empresario y trabajador adoptado en virtud de su autonomía individual, aludiendo a esta última el artículo 3.1.c) del ET, al afirmar que los derechos y deberes del trabajador se regulan «por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos»<sup>17</sup>.

De ahí, a diferencia del contrato de trabajo —como ya se vió—, la naturaleza de verdadera «fuente de Derecho del Trabajo», no compartida con ninguna otra rama del ordenamiento jurídico, que el convenio colectivo posee<sup>18</sup>.

A partir de 1955, quedó definitivamente aclarado por nuestra doctrina científica que una cosa era el «contrato colectivo de trabajo» (esto es, el convenio colectivo) y otra completamente distinta el «contrato de trabajo colectivo» (esto es, el contrato de trabajo de grupo), a pesar de todas las confusiones de la LCT-1931 sobre este punto<sup>19</sup>.

Esta imposibilidad de que la autonomía individual prevalezca sobre la autonomía colectiva es consecuencia de la peculiar eficacia jurídica que el convenio colectivo posee, genéricamente mencionada en el artículo 37.1 de la CE, allí donde habla de «la fuerza vinculante de los convenios». Esta peculiar fuerza jurídica suya es sinónima de *eficacia normativa* —como la que tienen las leyes y reglamentos—, posibilitando que el

<sup>16</sup> Sobre el tema, véase J. ESCRIBANO GUTIERREZ, *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, CES (Madrid, 1999), págs. 47 y ss.

<sup>17</sup> Reflexionando sobre «condiciones “distintas pero no contrarias” o “condiciones contrarias pero no perjudiciales”», véase J.M. RAMIREZ MARTINEZ, «Autonomía colectiva y autonomía individual (En torno a la STC 225/2001, de 26 de noviembre)», en *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2003), págs. 231 y 232.

<sup>18</sup> Véase *supra*, Tema 2, §6. Un buen resumen de las posiciones doctrinales al respecto, en M. CORREA CARRASCO, «La eficacia jurídica del convenio colectivo como fuente (formal) del Derecho del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 88 (1998), págs. 231 y ss.

<sup>19</sup> Véase, clásico, M. ALONSO OLEA, *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1955), págs. 15 y ss.

contenido del convenio colectivo se imponga automáticamente a los contratos individuales de trabajo<sup>20</sup>. Lo ha confirmado la STC 58/1985, de 30 abril, al afirmar que «la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica... la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido *normativo* de aquellos se impone a las relaciones individuales de trabajo... de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales», pues «resulta del todo ajeno a la configuración constitucional de la negociación colectiva la exigencia de una aceptación individual de lo pactado».

En ocasiones, el empresario pretende regular uniformemente las condiciones de trabajo del conjunto de sus trabajadores, pero puenteadando el derecho de «negociación colectiva» de sus representantes, a través de una negociación individual seriada o en masa, que también se conoce con el nombre de «negociación plúrima»<sup>21</sup>.

Esta última es una práctica empresarial clamorosamente antisindical —si es que los puenteadados hubiesen sido los representantes sindicales de los trabajadores—, pues «una utilización masiva de la autonomía individual... en detrimento y marginación de la autonomía colectiva» resulta incompatible «con las bases constitucionales de nuestro sistema de relaciones laborales», dado que lo relevante es «no que se impusieran unilateralmente por la empresa esas medidas, condicionadas a su aceptación por los trabajadores..., ni que las nuevas medidas fueran o no más favorables para quienes las aceptaran, sino que tales medidas, por su trascendencia, importancia y significado, supusiesen la introducción unilateral de la regulación colectiva de condiciones de trabajo, soslayando y evitando la intervención de los representantes sindicales... o vaciando sustancialmente de contenido efectivo al convenio colectivo de trabajo»<sup>22</sup>.

Precisamente este último dato permite diferenciar los verdaderos convenios colectivos de otros fenómenos negociales distintos, algunos de los cuales aparecen también regulados en el Título III del ET —porque también son fruto de la autonomía colectiva—, pero que carecen de verdadera eficacia normativa<sup>23</sup>. Es el caso de aquellos «acuerdos interprofesionales» negociados al amparo del artículo 83.2 del ET, y conocidos con el nombre de «Acuerdos Marco», que «se diferencian técnicamente de los Convenios Colectivos», pues «en ellos se regulan no las condiciones de trabajo (misión de los Convenios Colectivos), sino la propia actividad de la negociación colectiva..., siendo importante subrayar que los Acuerdos Marco obligan directamente a las partes o sujetos

<sup>20</sup> Sobre el «contenido normativo» del convenio colectivo, véase *infra*, Tema 29, §5.

<sup>21</sup> Al respecto, véanse STCT de 5 abril 1989 (Ar. 165) y SsTSJ Andalucía (Granada) de 22 septiembre 1992 (Ar. 4667) y La Rioja de 22 julio 1996 (Ar. 2663).

<sup>22</sup> Por todas, véase STC 225/2001, de 26 noviembre, con cita de STC 208/1993, de 28 junio.

<sup>23</sup> Véase T. SALA FRANCO, F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y J.M. GOERLICH PESET, *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, ACARL (Madrid, 1989), págs. 9 y ss.

negociadores de los Convenios Colectivos. ..., son Convenios para convenir, pero no a los trabajadores y empresarios individualmente considerados»<sup>24</sup>, poseyendo en consecuencia mera eficacia obligacional (pero no verdadera eficacia normativa). También, es el caso de los «acuerdos sobre materias concretas» negociados al amparo del artículo 83.3 del ET, supuesto igualmente que carezcan de eficacia normativa, ya que pueden llegar a tenerla. Y por último, el caso de los denominados pactos o acuerdos sociales —fruto de lo que habitualmente se conoce con el nombre de «concertación social o política»<sup>25</sup>, carente de toda regulación legal, y llevada a cabo incluso con la intervención de los propios poderes públicos como sujetos pactantes, junto a las organizaciones sindicales y empresariales—, tan absolutamente carentes de eficacia normativa que ni siquiera se publican en periódicos oficiales, pues sus destinatarios son «los poderes públicos estatales o autonómicos, de algún modo comprometidos a transponer en normas jurídicas —éstas publicadas luego, sí, en periódicos oficiales— el contenido de los acuerdos correspondientes»<sup>26</sup>.

En relación con los «acuerdos interprofesionales», carentes de eficacia normativa<sup>27</sup>, el artículo 83.2 del ET afirma que mediante ellos «las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores». De este tipo son, por ejemplo, el «Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva» de 1997 (o AINC-1997), estipulado por UGT y CCOO, de un lado, y por CEOE y CEPYME, de otro, que tuvo una vigencia de cuatro años; y tras él, los sucesivos acuerdos interconfederales sobre lo mismo y negociados por los mismos interlocutores, posteriores al año 2001 (por ejemplo, el AINC-2002, el AINC-2003 y el AINC-2005). Todos ellos se publicaron en el BOE, a pesar de su falta de eficacia normativa, al tener «el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos» (artículo 83.3, inciso 2º, del ET).

En relación con los «acuerdos sobre materias concretas», el artículo 83.3 del ET se limita a afirmar que pueden ser estipulados por los mismos sujetos colectivos legitimados para concluir «acuerdos interprofesionales» (inciso 1º) y, además, que «tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos» (inciso 2º). Es el caso, por ejemplo, del «Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales» (o ASEC), suscrito el 25 enero

<sup>24</sup> Véase una STSJ Andalucía (Málaga) de 30 septiembre 1998 (Ar. 3990). También, a propósito de cierto «Acuerdo Marco para el personal laboral de la Administración del Estado», STS de 12 junio 1991 (Ar. 6239).

<sup>25</sup> Véase J. MONTALVO CORREA, «Diálogo social y relaciones laborales», en el Vol. *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 185 y ss.

<sup>26</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «Orientaciones del “Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social” de abril de 2001», en J. GARATE CASTRO (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social*, Revista Xurídica Galega (Santiago de Compostela, 2002), págs. 8 y 9.

<sup>27</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «Comentario al artículo 82.1», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XII-vol. 1, Edersa (Madrid, 2001), págs. 22 y 23.

1996 por UGT y CCOO, de un lado, y CEOE y CEPYME, de otro<sup>28</sup>; tras él, dado que su vigencia expiró el 31 diciembre 2000, también del «Segundo Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales» (o ASEC-II), suscrito por idénticos interlocutores sociales con fecha de entrada en vigor 27 febrero 2001 y hasta 31 diciembre 2004<sup>29</sup>; y tras éste, del «Tercer Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales» (ASEC-III), igualmente suscrito por idénticos interlocutores sociales, con fecha de entrada en vigor de 30 enero 2005 y hasta 31 diciembre 2008<sup>30</sup>. En cambio, el «Acuerdo de Cobertura de Vacíos» de 1997 (o ACV-1997), estipulado una vez más por idénticos interlocutores sociales<sup>31</sup>, a pesar de autoasignarse la naturaleza jurídica de un mero «acuerdo sobre materias concretas»<sup>32</sup>, posee verdadera eficacia normativa, pues se trata de un convenio colectivo sectorial estatal de carácter clónico (regulador de la «estructura profesional», la «promoción de los trabajadores», la «estructura salarial» y el «régimen disciplinario»)<sup>33</sup>, al ser «de aplicación en todos los sectores y subsectores productivos» carentes de convenio colectivo sectorial estatal regulador de las condiciones de trabajo y en los que, por tanto, existían «vacíos de contenidos producidos por la desaparición [en tales sectores y subsectores] de las Ordenanzas Laborales» (artículo 2), desde 1 enero 1996<sup>34</sup>.

En relación con la «concertación social o política», resultó clave en su día el «Acuerdo Interconfederal sobre Estabilidad en el Empleo» de 1997, estipulado de nuevo por UGT y CCOO, del lado sindical, y por CEOE y CEPYME, del lado patronal. Nunca llegó a publicarse en ningún periódico oficial, pero provocó —al efecto de transponer su contenido— la promulgación de los Reales Decretos-Leyes 8/1997 y 9/1997, ambos de 16 mayo<sup>35</sup>. Tras el cambio político habido en España en 2004, ha vuelto a reanudarse este tipo de «concertación», frutos señeros de la cual han sido —en 2005— la promulgación de la Ley 14/2005, de 1 julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación<sup>36</sup>, y —en 2006— la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 junio, para la mejora del crecimiento y del empleo<sup>37</sup>.

**§3.** A pesar de que los convenios colectivos tienen verdadera eficacia normativa, esta última carece del alcance propio de la que tienen las leyes y reglamentos laborales. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la eficacia normativa de las disposiciones legales y reglamentarias, la de los convenios colectivos no se despliega indiscriminadamente sobre todos y cada uno de los contratos de trabajo del conjunto del Estado, lo que explica —como ya se vió—, frente a las normas laborales generales del propio Estado, que a los convenios colectivos se les venga denominando

<sup>28</sup> BOE de 8 febrero 1996.

<sup>29</sup> BOE de 26 febrero 2001. Sobre él, véase *infra*, Tema 33, §3.

<sup>30</sup> BOE de 29 enero 2005.

<sup>31</sup> Véase BOE de 9 junio 1997.

<sup>32</sup> Según su artículo 1.1. Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «El Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos», *Tribuna Social*, núm. 82 (1997), págs. 9 y ss.

<sup>33</sup> Véase su artículo 2.

<sup>34</sup> Sobre la caducidad automática de las Ordenanzas, véase *supra*, Tema 6, §5.

<sup>35</sup> Sobre él, véase *supra*, Tema 13, §4.

<sup>36</sup> Véase *supra*, Tema 24, §3.

<sup>37</sup> Véase *supra*, Tema 13, §4.



tradicionalmente como «normas sectoriales», por causa del más reducido alcance de su eficacia normativa<sup>38</sup>. Este espacio más reducido, sobre el que incide el convenio colectivo, es lo que en el ET se conoce con los nombres de «unidad de negociación» (o «unidad de contratación») y, también, «ámbito de aplicación»<sup>39</sup>.

Siempre en su Título III, el ET habla de «unidad de negociación» en sus artículos 84, párrafo 2º, y 92.1; de «unidad de contratación», en su artículo 83.2; y de «ámbito de aplicación», en sus artículos 82.3 y 83.1.

Los conceptos «unidad de negociación» y «ámbito de aplicación» son rigurosamente coincidentes durante todo el procedimiento de negociación del convenio colectivo —esto es, desde la iniciativa negociadora hasta la publicación del texto del mismo en el periódico oficial correspondiente, que son trámites que se verán en su momento<sup>40</sup>—, y de ahí que el artículo 83 del ET (rubricado «unidades de negociación») dé por supuesta esa coincidencia, al afirmar que «los convenios colectivos tendrán el *ámbito de aplicación* que las partes acuerden» (apartado 1). Ambos conceptos pueden definirse como el concreto espacio físico y jurídico en el que el convenio colectivo despliega su eficacia normativa. Se trata de un espacio delimitado con arreglo a tres criterios (funcional, territorial o geográfico y personal) —que deben constar definidos tanto en la iniciativa negociadora como en el propio texto del convenio—, los cuales permiten hablar de la existencia: 1) de un ámbito «funcional» de aplicación, de acuerdo con el cual cabe distinguir «convenios de empresa o ámbito inferior» (por ejemplo, un centro de trabajo), que son los popularmente llamados convenios empresariales, y «convenios de ámbito superior a los anteriores», que son los popularmente llamados convenios sectoriales (banca, hostelería, comercio, etc.)<sup>41</sup>; 2) de un ámbito «territorial» o «geográfico» de aplicación, predicable tanto de los convenios colectivos empresariales como de los sectoriales, que permite hablar de convenios de ámbito provincial, de ámbito interprovincial y autonómico, y de convenios de ámbito estatal; y 3) de un ámbito «personal» de aplicación, que permite —una vez acotado funcional y territorialmente

<sup>38</sup> Véase *supra*, Tema 2, §6.

<sup>39</sup> Véase C. FERREIRO REGUEIRO, *Unidades de negociación y ámbitos de los convenios*, Tórculo (Santiago de Compostela, 2002), págs. 13 y ss.

<sup>40</sup> Véase *infra*, Tema 29, §2 y §6.

<sup>41</sup> Acerca de las competencias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en relación con este tipo de ámbito, véase *infra*, Tema 34 §3.

el espacio en cuestión— determinar qué concretos trabajadores (por ejemplo, todos los trabajadores, salvo los altos directivos)<sup>42</sup> quedarán cubiertos por el convenio colectivo de que se trate.

La exclusión de los trabajadores precarios del ámbito «personal» de aplicación de un convenio colectivo es inconstitucional, por contraria al principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la CE. Lo ha proclamado el TC, al afirmar que «la exclusión de determinados grupos de trabajadores —y, concretamente, de los que tienen carácter temporal— del ámbito de aplicación de un Convenio Colectivo, aun cuando pudiera estar justificada para determinados aspectos de la relación laboral, no tiene razón de ser “respecto de las condiciones ordinarias de trabajo”, puesto que ello supondría una discriminación contraria al art. 14 de la Constitución y a lo establecido en los Convenios núms. 111 y 117 de la OIT»<sup>43</sup>.

Reiterada jurisprudencia laboral del TS, posterior a 1997, viene afirmando que las unidades de negociación colectiva pueden clasificarse en «naturales» y «artificiales»<sup>44</sup>. De acuerdo con esta jurisprudencia, son «naturales» aquellas unidades «cuya existencia es ajena a la voluntad de los negociadores (Convenios de centro de trabajo, empresa o sector con ámbitos provincial, autonómico o estatal)», resultando «artificiales» las demás, por exclusión<sup>45</sup>.

En esta línea, se han considerado «artificiales», desde un punto de vista funcional, las unidades constituidas por todas las universidades públicas de una misma Comunidad Autónoma<sup>46</sup>; y desde un punto de vista territorial, un sector que pretendiese cubrir dos Comunidades Autónomas distintas<sup>47</sup>.

Ahora bien, a pesar de esa coincidencia durante la tramitación del procedimiento de negociación del convenio colectivo, los conceptos «unidad de negociación» y «ámbito de aplicación» no se confunden en absoluto. De un lado, porque antes de la tramitación del procedimiento de negociación colectiva, sólo cabe hablar de que hay «unidades de negociación», las cuales preexisten naturalmente al convenio colectivo

<sup>42</sup> Resulta muy frecuente que los convenios colectivos excluyan de su ámbito al personal laboral de alta dirección de las empresas, con fundamento en que, según el artículo 16 del Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto, que regula dicha relación laboral de carácter especial, «sin perjuicio de otras formas de representación, el personal de alta dirección no participará como elector ni como elegible en los órganos de representación [delegados de personal y comités de empresa] regulados en el Título II del Estatuto de los Trabajadores».

<sup>43</sup> Por todas, véase STC 136/1987, de 22 julio. De ahí —según esta misma STC— que «la anulación en vía judicial de las cláusulas que excluyen a los trabajadores temporales no puede calificarse como una lesión de la libertad concedida a las partes para delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, desde el momento en que aquella anulación se ha basado en las limitaciones que el principio de igualdad y no discriminación —reconocido en el art. 14 de la Constitución y en el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores— impone a la negociación colectiva». Siguiendo esta doctrina, véanse igualmente STS de 13 mayo 1991 (Ar. 3909) y SsTSJ Comunidad Valenciana de 14 octubre 1999 (Ar. 7066) y Galicia de 18 marzo 2005 (Ar. 833).

<sup>44</sup> Sobre esta distinción, véase F.J. GOMEZ ABELLEIRA y A. ARUFE VARELA, «Unidades de negociación colectiva multiempresariales (a propósito de una STS de 20 de octubre de 1997)», *Aranzadi Social*, núm. 3 (1998), págs. 67 y ss.

<sup>45</sup> Véase STS de 17 noviembre 1998 (Ar. 9750).

<sup>46</sup> Véase STS de 20 octubre 1997 (Ar. 8083).

<sup>47</sup> Véase STS de 10 abril 2002 (Ar. 5321).

—todavía no negociado— y, en consecuencia, al «ámbito de aplicación» que llegará a tener éste, una vez que se negocie. De otro lado, porque después de concluida la tramitación del procedimiento de negociación colectiva, el ET prevé la posibilidad de que se produzcan acuerdos de «adhesión» al contenido de un convenio colectivo ya vigente (artículo 92.1) o, también, resoluciones administrativas de «extensión» del contenido de un convenio colectivo igualmente en vigor (artículo 92.2), de manera que en estos dos casos se produciría la ampliación del originario «ámbito de aplicación» del convenio colectivo adherido o extendido, que por ello mismo dejaría de coincidir con su originaria «unidad de negociación».

De acuerdo con el artículo 92.1 del ET, «en las respectivas unidades de negociación, las partes legitimadas para negociar podrán adherirse, de común acuerdo, a la totalidad de un convenio colectivo en vigor, siempre que no estuvieran afectadas por otro, comunicándolo a la autoridad laboral competente a efectos de su registro». Este acuerdo de adhesión —ya previsto y regulado por la LCT-1931— es, en realidad, un convenio colectivo, aunque de contenido simplificado y estipulado siguiendo un procedimiento de negociación igualmente sencillo. De acuerdo con la doctrina científica que se ha ocupado del tema, este artículo 92.1 del ET regula la adhesión a un convenio colectivo que sea de carácter «bilateral» y «colectivo», cabiendo otras especies distintas del fenómeno de la adhesión (por ejemplo, las unilaterales, ya individuales o colectivas), relacionadas con la negociación colectiva «extraestatutaria»<sup>48</sup>.

Por su parte, la «extensión» de convenios colectivos (en realidad, resolución administrativa de «extensión») comparte con la adhesión el dato de que mediante ambas «se opera la apropiación, en favor de una determinada unidad de negociación, del contenido del convenio colectivo negociado en otra unidad»<sup>49</sup>, lo que explica su regulación conjunta en el artículo 92 del ET, que dedica al tema de la «extensión» los tres densos párrafos de su apartado 2<sup>50</sup>. Ahora bien, «fuera de esta nota común a ambas, adhesión y extensión resultan ser dispares en todo lo demás importante: ni comparten la misma naturaleza jurídica —la adhesión es un verdadero convenio colectivo, mientras que la extensión es un acto del poder público— ni sirven al

<sup>48</sup> Véase, a propósito de la complejidad del fenómeno, F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *La adhesión al convenio colectivo*, Xunta de Galicia (Santiago de Compostela, 1997), págs. 28 y 29.

<sup>49</sup> Véase F.J. GOMEZ ABELLEIRA, «Comentario al artículo 92», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XII-Vol. 1, cit., pág. 298.

<sup>50</sup> Según los cuales, «el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, o el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, podrán extender, con los efectos previstos en el artículo 82.3 de esta Ley, las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad, por los perjuicios derivados para los mismos de la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo de los previstos en este Título III, debida a la ausencia de partes legitimadas para ello» (párrafo 1º); «la decisión de extensión se adoptará siempre a instancia de parte y mediante la tramitación del procedimiento que reglamentariamente se determine, cuya duración no podrá exceder de tres meses, teniendo la ausencia de resolución expresa en el plazo establecido efectos desestimatorios de la solicitud» (párrafo 2º); y «tendrán capacidad para iniciar el procedimiento de extensión quienes se hallen legitimados para promover la negociación colectiva en el ámbito correspondiente conforme a lo dispuesto en los artículos 87.2 y 3 de esta Ley» (párrafo 3º). Sobre este procedimiento administrativo, regulado en el Real Decreto 718/2005, de 20 junio, véase *infra*, Temas 29, §2, y 36, §2.

mismo interés en el mundo de la negociación colectiva —la adhesión es un procedimiento *sumario* de negociación colectiva, en tanto que la extensión constituye un mecanismo administrativo extraordinario de paliación del vacío normativo que eventualmente pueda producirse en un ámbito determinado»<sup>51</sup>.

§4. La palabra «legitimación» (o sus derivados, como «legitimadas» o «legitimados») aparece utilizada en los dos capítulos de que se compone el Título III del ET y, también, en las dos secciones en que se subdividen cada uno de esos dos capítulos. Ahora bien, al efecto de esclarecer lo que sea, resulta clave la sección 2ª del capítulo I (artículos 87 y 88), cuya rúbrica es precisamente la de «Legitimación». Interpretando y aplicando estos preceptos, la jurisprudencia laboral viene distinguiendo tres tipos distintos de legitimación. En primer lugar, la legitimación «inicial», regulada en el artículo 87 del ET, y que es —porque así lo impone el artículo 92.2, párrafo 3º, del ET— la legitimación «para promover la negociación colectiva en el ámbito correspondiente», esto es, la legitimación necesaria para poder iniciar el procedimiento de negociación de un convenio colectivo. En segundo lugar, la legitimación «plena», regulada en el artículo 88 del ET, y que es —según el apartado 1, párrafo 2º, de este precepto— la legitimación para poder constituir válidamente la comisión negociadora y, por tanto, para poder negociar el convenio colectivo, aunque teniendo en cuenta —porque así lo dispone el artículo 87.5 del ET— que todo sujeto dotado de legitimación «inicial» tiene, en todo caso, «derecho a formar parte de la Comisión negociadora». En tercer lugar, la legitimación «decisoria», regulada en el artículo 89.3 del ET, y que es la legitimación para poder acordar el convenio colectivo previamente negociado y, por tanto, para poder suscribirlo. De estos tres tipos de legitimación, los dos primeros —esto es, la legitimación «inicial» y la «plena»— están radicalmente condicionados por cuál sea la «unidad de negociación» o, como afirman los artículos 87 y 88 del ET, por cuál sea el «ámbito de aplicación» del convenio colectivo que pretenda negociarse.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia laboral, la legitimación «inicial»<sup>52</sup> es la «cualidad que ostentan los sujetos que acrediten la representatividad de empresarios y trabajadores, como presupuesto necesario para negociar, pero que no resulta suficiente por sí solo, en cuanto que... debe estar completada con la... legitimación plena»<sup>53</sup>. Esta última<sup>54</sup> es la que

<sup>51</sup> Véase F.J. GOMEZ ABELLEIRA, «Comentario al artículo 92», cit., págs. 298 y 299.

<sup>52</sup> También denominada «particular», «de intervención», «interviniente» o «simple» (véase R.P. RON LATAS, «Comentario al artículo 87», en E. BORRAJO DACRUZ [Director], *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XII-Vol. 1, cit., pág. 193).

<sup>53</sup> Por todas, véase una STS de 4 octubre 2001 (Ar. 1418 de 2002).

<sup>54</sup> Igualmente llamada «ampliada» o «deliberadora» (véase R.P. RON LATAS, «Comentario al artículo 87», cit., pág. 193).

«se determina en cada caso por el grado de representatividad acreditada para el supuesto concreto, en función de los ámbitos del convenio a negociar y de la composición de la comisión negociadora, de tal suerte que sólo los legitimados inicialmente pueden ocupar algún puesto en la mesa de negociación, y lo harán en proporción a su representatividad real»<sup>55</sup>. Por último, la legitimación «decisoria» es «la cualidad de los sujetos que se pone a contribución a la hora de adoptar acuerdos válidos, de manera que solamente alcanzarán eficacia los pactos que estén avalados por el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones»<sup>56</sup>.

Por su parte, según la jurisprudencia constitucional, «las reglas relativas a la legitimación constituyen un presupuesto de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras que no pueden modificarlas libremente»<sup>57</sup>.

**§5.** En el caso de negociación de un convenio colectivo de ámbito empresarial, la legitimación «inicial» (recuérdese, regulada en el artículo 87 del ET) y la legitimación «plena» (recuérdese, regulada en el artículo 88 del ET) coinciden totalmente, pues el apartado 1, párrafo 1º, de este último precepto afirma que «en los convenios de ámbito empresarial, o inferior, la comisión negociadora se constituirá por el empresario o sus representantes, de un lado, y de otro, por los representantes de los trabajadores, según lo dispuesto en el artículo 87, apartado 1».

A pesar de que la «denuncia» y la «iniciativa» negocial no se identifican en absoluto, una importante STS de 21 mayo 1997 (Ar. 4279) ha confirmado, a propósito siempre de los convenios colectivos empresariales, que la legitimación para denunciarlos y la legitimación «plena» para negociarlos coinciden<sup>58</sup>.

Lógicamente, la legitimación de la parte empresarial para negociar convenios empresariales no suele plantear problemas, pudiendo actuar a estos efectos el propio empresario por sí mismo o, también, quien le represente con carácter voluntario o necesario (esto último, por ejemplo, si se tratase de un empresario social).

El tema resulta tan escasamente problemático, que el artículo 87.1 del ET se olvida incluso de mencionar la legitimación del empresario.

En cambio, mucho más compleja resulta la legitimación de la parte trabajadora. Se trata de un tema regulado en el artículo 87.1 del ET. Y de acuerdo con este precepto, a propósito siempre de los «convenios de empresa o ámbito inferior», ostentan legitimación «inicial» y «plena» para negociar este tipo de convenios los tres sujetos colectivos siguientes: 1) los representantes legales o unitarios de los trabajadores,

<sup>55</sup> Véase, de nuevo por todas, la recién citada STS de 4 octubre 2001.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Véase STC 73/1984, de 27 junio.

<sup>58</sup> Véase A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, Civitas (Madrid, 2000), págs. 82 y ss.

esto es, el «Comité de Empresa» y los «delegados de personal, en su caso» (párrafo 1º); 2) las «representaciones sindicales si las hubiere» (también según el propio párrafo 1º) —esto es, las secciones sindicales actuantes en la empresa<sup>59</sup> y, por tanto, los representantes de estas últimas, que son los «delegados sindicales»—, aunque teniendo en cuenta que «en los convenios que afecten a la totalidad de los trabajadores de la empresa será necesario que tales representaciones sindicales, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité» (párrafo 2º, inciso primero); y 3) las representaciones sindicales de sindicatos horizontales —que son, recuérdese, sindicatos significativos no porque cuenten con representantes legales o unitarios de los trabajadores (o «representatividad»), sino porque cuentan con afiliados (o «implantación»), sobre todo en grupos muy concretos de trabajadores de la empresa—, aunque para poder negociar convenios colectivos que vinculen a estos grupos específicos (o «franjas») de trabajadores de la empresa, según el artículo 87.1, párrafo 2º, inciso segundo, del ET, «será necesario que los trabajadores incluidos en su ámbito hubiesen adoptado [en asamblea legalmente celebrada] un acuerdo expreso... de designación, a efectos de negociación, de las representaciones sindicales [horizontales] con implantación en tal ámbito».

Como se ve, en la negociación de convenios colectivos empresariales de carácter general o verticales, existe un sistema «dual» de legitimación de carácter alternativo, en el que «la representación y defensa de los intereses de los trabajadores puede ser ejercida... tanto por el sindicato como por el Comité de Empresa» o los delegados de personal<sup>60</sup>.

Respecto de los convenios colectivos empresariales de carácter horizontal o de «franja», la jurisprudencia laboral afirma que «pueden negociar indistintamente, pero no acumulativamente, la representación unitaria de los trabajadores y la representación sindical, es decir, las secciones sindicales, la unitaria con legitimación inicial y plena y la sindical con el respaldo del mandato asambleario de los que van a resultar afectados por el pacto y ello sin la voluntad o contra la voluntad del Comité de Empresa»<sup>61</sup>.

**§6.** En el caso de negociación de un convenio colectivo de ámbito sectorial, la legitimación «inicial» y la legitimación «plena», en cambio, no coinciden, puesto que se puede tener la primera (y por tanto, el derecho de iniciar el procedimiento de negociación) y carecer de la posibilidad de constituir la comisión negociadora (y por tanto, del derecho de negociar en sentido estricto o acordar), porque no se tiene la segunda.

<sup>59</sup> Al respecto, véase STC 137/1991, de 20 junio.

<sup>60</sup> Véase STC 118/1983, de 13 diciembre.

<sup>61</sup> Véase SAN de 16 abril 1999 (Ar. 1786). Sobre el tema, R.P. RON LATAS, *Los sindicatos horizontales*, Comares (Granada, 2003), págs. 119 y ss.

Ya se dijo que el artículo 92.2, párrafo 3º, del ET obliga a extraer esta conclusión, al referirse a «quienes se hallen legitimados para *promover* la negociación colectiva en el ámbito correspondiente conforme a lo dispuesto en los *artículos 87.2 y 3* de esta Ley».

Téngase en cuenta que en el sector de empresas de trabajo temporal no juegan estas reglas, pues la Ley 14/1994, de 1 junio, afirma que «en ausencia de órganos de representación legal de los trabajadores, estarán legitimadas para negociar los convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal las organizaciones sindicales más representativas, entendiéndose válidamente constituida la representación de los trabajadores en la comisión negociadora cuando de ella formen parte tales organizaciones» (artículo 13).

Sobre esta base, por lo que respecta a la parte empresarial, tienen legitimación «inicial» las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 de los empresarios, siempre y cuando éstos empleen al 10 por 100 de los trabajadores, en el ámbito territorial o geográfico y funcional del convenio colectivo que se pretenda negociar (artículo 87.3 del ET)<sup>62</sup>; todo ello teniendo en cuenta, además, que las asociaciones empresariales más representativas de Comunidad Autónoma también tienen legitimación «inicial» para negociar convenios colectivos sectoriales estatales, supuesto que su ámbito de actuación se corresponda con el ámbito funcional del convenio colectivo sectorial estatal en cuestión<sup>63</sup>. Siempre en relación con la parte empresarial, pero ahora por lo que respecta a su legitimación «plena», la poseen las asociaciones empresariales que tengan legitimación «inicial», siempre y cuando —solas o en combinación con otras también inicialmente legitimadas— «representen como mínimo... a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el Convenio» (artículo 88.1, párrafo segundo, del ET)<sup>64</sup>.

La concreción del número de empresas afectadas y del número de trabajadores afectados parece que debería efectuarse sobre la base de los datos contenidos en las «hojas estadísticas de convenios colectivos de trabajo», que las comisiones negociadoras tienen que remitir a la autoridad laboral junto con el texto del convenio, al amparo de lo dispuesto en una Orden Ministerial de 10 octubre 1996.

<sup>62</sup> Según este precepto, literalmente, «...las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el diez por cien, de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2 de esta Ley, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados». Como se ve, existe una errata clamorosa, pues resulta evidente que las asociaciones empresariales («éstas») no pueden dar ocupación a dicho porcentaje de trabajadores.

<sup>63</sup> Según el artículo 87.4 del ET, «asimismo estarán legitimados en los Convenios de ámbito estatal... las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que reúnan los requisitos señalados en la disposición adicional sexta» del propio ET, relativa a la «representación institucional de los empresarios», en función de que se cuente o no con determinados porcentajes de empresarios y trabajadores («el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal» [párrafo 1º] y el «15 por 100», también de empresas y trabajadores en el ámbito autonómico, para las asociaciones empresariales de este último ámbito territorial [párrafo 2º]).

<sup>64</sup> Sobre ambos tipo de legitimación, véase N.P. GARCIA PIÑEIRO, *Las Asociaciones Empresariales en el Derecho Español*, CES (Madrid, 2005), págs. 217 y ss.

Según jurisprudencia laboral unificada, los convenios colectivos sectoriales de eficacia general también se aplican a las Administraciones públicas (por ejemplo, un ayuntamiento) incluidas en el ámbito funcional del convenio en cuestión —en concepto de empresas afectadas, a pesar de su falta de representación por las asociaciones empresariales pactantes—, supuesto que estas Administraciones no tengan convenio colectivo propio<sup>65</sup>

Por lo que respecta a la parte trabajadora, tienen legitimación «inicial»: 1) los sindicatos más representativos a nivel estatal, cuyo ámbito de actuación se corresponda con los ámbitos territorial o geográfico y funcional del convenio colectivo que se pretenda negociar [artículo 87.2.a) del ET]; 2) los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma cuyos ámbitos de actuación también se correspondan con los ámbitos territorial o geográfico y funcional del convenio colectivo que se pretenda negociar [artículo 87.2.b) del ET], aunque —por disposición expresa del artículo 87.4 del ET— estos sindicatos autonómicos más representativos también poseen legitimación «inicial» para negociar convenios colectivos estatales, siempre que su ámbito de actuación se corresponda con el ámbito funcional del convenio colectivo estatal en cuestión; y 3) por último, «los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por 100 de los miembros de los Comités de Empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio» [artículo 87.2.c) del ET]. Siempre en relación con la parte trabajadora, pero ahora por lo que respecta a la legitimación «plena», la poseen los sindicatos que tengan legitimación «inicial», siempre y cuando —solos o en combinación con otros también inicialmente legitimados— «representen como mínimo... a la mayoría absoluta de los miembros de los Comités de Empresa y delegados de personal... afectados por el Convenio» (artículo 88.1, párrafo segundo, del ET).

Según la jurisprudencia constitucional, «con la mención a los ámbitos específicos se salva... lo absurdo e incongruente que sería, entre otros ejemplos pensables, el que una organización de ámbito local perteneciente a una confederación más representativa pretendiera negociar un convenio sectorial de ámbito nacional en una rama distinta», de manera que «el ámbito geográfico y funcional de la representación sindical debe coincidir con el de la negociación»<sup>66</sup>.

Como se ve, tanto la legitimación «inicial» como la «plena» para negociar convenios sectoriales se caracterizan por estar monopolizadas en exclusiva por ciertos sindicatos. Pero el TC despejó tempranamente que esta «exclusividad sindical» no resultaba en modo alguno opuesta «al derecho de libre sindicación en su sentido negativo de la no obligación de afiliarse a un sindicato»<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Al respecto, véase STSud (Sala General) de 7 octubre 2004 (Ar. 2167 de 2005).

<sup>66</sup> Véase STC 57/1989, de 16 marzo.

<sup>67</sup> Véanse SsTC 4/1983, de 28 enero; y 12/1983, 22 febrero.



§7. Las reglas sobre legitimación para negociar convenios colectivos contenidas en los artículos 87 y 88 del ET, construídas sobre la simplificación de que se refieren a «convenios de empresa o ámbito inferior» (que venimos denominando empresariales) y a «convenios de ámbito superior a los anteriores» (que venimos denominando sectoriales), no se ajustan bien a una realidad económica y laboral tan importante hoy en día como es la representada por los grupos de empresas. De ahí que la jurisprudencia laboral haya debido proceder a una inteligente interpretación de dichos preceptos estatutarios, al efecto de que los mismos amparen la negociación de los convenios colectivos de ámbito de grupos de empresas. En este sentido, resulta clave una STS (Sala General) de 21 diciembre 1999 (Ar. 528 de 2000), de acuerdo con la cual: 1) por lo que respecta a la parte empresarial, «ha de estarse... a lo establecido en el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores», esto es, a las reglas sobre legitimación para negociar convenios colectivos de empresa; y 2) por lo que respecta a la parte trabajadora —supuesto que se trate de grupos de empresas con estructura organizativa compleja, como es el caso, entre otros varios posibles, de la Administración General del Estado o de las Administraciones Autonómicas—, en cambio, este tipo de unidad «presenta más semejanza con una unidad supraempresarial que con otra de carácter empresarial y, por tanto, hay que aplicar las normas del Estatuto de los Trabajadores para los convenios de aquella clase», esto es, para los convenios colectivos sectoriales.

Si no se tratase de un grupo de empresas complejo, «se aplicarían en concepto de “excepción” las reglas del art. 87.1 del ET, para la negociación de los convenios colectivos de empresa, existiendo acerca de esto último jurisprudencia laboral anterior a la importante sentencia en cuestión, relativa a que —siempre por la parte trabajadora— están legitimados para negociar el convenio de grupo: 1) los representantes designados “mediante elección... por los Comités de Empresa y Delegados de Personal [de las empresas del grupo]”; 2) el propio “Comité [intercentros] del Grupo de empresas”; y 3) las “secciones sindicales de ‘grupo’”, siempre que cuenten con “más del 50 por 100 de los representantes [unitarios] de los trabajadores en el ámbito del convenio”»<sup>68</sup>.

Además de los convenios colectivos «únicos» del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, la jurisprudencia también registra la existencia de grupos de empresas privados —igualmente complejos— cubiertos por su propio convenio colectivo de grupo de empresas, como en el caso, por ejemplo, de uno con acusada «diversificación de actividades», que cubrían las «del ramo sanitario, seguros e inmobiliario»<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «La jurisprudencia laboral sobre negociación colectiva y grupos de empresas», en el Vol. *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 34 y 35.

<sup>69</sup> Véase STS de 10 junio 2002 (Ar. 10643).

Por supuesto, no cabe confundir los convenios colectivos propios de grupos de empresas, que son unidades «naturales» de negociación colectiva, con los convenios colectivos multiempresariales, que son unidades «artificiales» de negociación colectiva, al estar formadas por varias empresas que voluntariamente resuelven unirse a efectos de tener un mismo convenio colectivo. Este último fue, por ejemplo, el caso enjuiciado por una STS de 30 octubre 1995 (Ar. 7581), en la que rotundamente se afirma que «el convenio colectivo de autos es un convenio que afecta a dos empresas distintas» —esto es, a dos «entidades diferentes y separadas»—, y no un «Convenio de una sola empresa» ni «tampoco... dos convenios de empresas diferentes», pues «la realidad de que se trata de un único convenio se constata, sin lugar a dudas, con la simple lectura y examen del mismo, sin que tal realidad pueda desvirtuarse por la circunstancia de que dentro del articulado del mismo y al lado de normas comunes para las dos empresas, haya algunas disposiciones específicas para cada una de ellas; a lo que se añade que el hecho de ser dos empresas diferentes... no significa, en absoluto, que no puedan tener un convenio único para ambas, pues... el artículo 83.1 del Estatuto permite plenamente esta posibilidad»<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Estos convenios colectivos multiempresariales no deben confundirse, a u vez, con el que la jurisprudencia laboral denomina «convenio de grupo parcial», esto es, por ejemplo, el convenio colectivo que «sea pactado no con todas las empresas que lo componen sino con sólo dos de ellas» (véase STS de 27 abril 1995 [Ar. 3273], reiterada por STS de 30 octubre 1995 [Ar. 7930]).

---

## TEMA 29

### EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACION DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. Introducción. §2. La iniciativa. §3. La comisión negociadora. §4. La negociación de buena fe. §5. El contenido del acuerdo. §6. La adopción y formalización del acuerdo. §7. El procedimiento de negociación colectiva laboral en el sector público.

§1. «Procedimiento» a secas es la rúbrica del segundo y último de los capítulos en que se divide el Título III del ET, comprendiendo a su vez cuatro preceptos, los artículos 89 a 92. Con esta rúbrica se pretende en principio regular todo lo relativo a la tramitación de los convenios colectivos regulados por esta ley, aunque «tramitación» sea sólo la denominación del primero de los preceptos citados. En cualquier caso, el Capítulo II del Título III del ET es un capítulo asistemático, como lo prueba el hecho de que algunos de los trámites del procedimiento de negociación se hallen fuera de sus cuatro preceptos (aunque dentro del Título III mismo)<sup>1</sup>, y además, que alguno de estos cuatro preceptos no regule trámites de dicho procedimiento<sup>2</sup>. En realidad, el procedimiento de negociación colectiva está integrado por cuatro trámites, que pueden ordenarse sistemáticamente según una secuencia lógica, que comienza con la iniciativa (cfr. *infra*, §2), sigue con la constitución de la comisión negociadora (cfr. *infra*, §3), continúa con la negociación propiamente dicha —que debe efectuarse de buena fe (cfr. *infra*, §4) y sobre determinadas materias negociables (cfr. *infra*, §5)— y finaliza con la adopción y formalización del acuerdo (cfr. *infra*, §6). Por lo demás, las leyes de presupuestos añaden a estos cuatro trámites otros dos más, pero sólo a efectos de la negociación colectiva laboral en el sector público (cfr. *infra*, §7).

---

<sup>1</sup> Es el caso del artículo 88, sobre la «comisión negociadora».

<sup>2</sup> Es el caso de los artículos 91 (sobre «aplicación e interpretación») y 92 (sobre «adhesión y extensión»).

«Tramitación» de los convenios colectivos es una expresión que también emplea el ET en sus artículos 67.3 (a propósito de la revocación del mandato de los representantes legales o unitarios, cuando afirma que «no podrá efectuarse durante la *tramitación* de un convenio colectivo») y 91, párrafo tercero (a propósito de ciertos procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, cuando afirma que «tendrán la eficacia jurídica y *tramitación* de los convenios colectivos regulados en la presente ley»)³.

**§2.** La tramitación de los convenios colectivos comienza por «*iniciativa*» de alguna de las partes implicadas, cuyos aspectos más básicos aparecen regulados en el artículo 89.1 del ET. Según este precepto, dicha «*iniciativa*» consiste en una «*comunicación*» escrita que una parte (la «*promotora*», que es habitualmente la parte trabajadora) envía a la otra (o parte «*receptora*», que es habitualmente la parte empresarial). Esta «*comunicación*» escrita posee un contenido concreto, que la identifica como tal «*iniciativa*», puesto que en ella deben expresarse «*detalladamente*» los siguientes extremos: 1) «*la legitimación que ostenta [la parte promotora] de conformidad con los artículos anteriores*», que son los artículos 87 y 88; 2) «*los ámbitos [personal, funcional, territorial y temporal] del convenio*» colectivo a negociar; y 3) «*las materias objeto de negociación*», que suele conocerse también coloquialmente con el nombre de «*tabla reivindicativa*».

En efecto, «*la “tramitación” o procedimiento de elaboración del convenio colectivo ... comienza con la comunicación escrita a que se refiere el art. 89.1*», teniendo en cuenta que «*esta comunicación inicial puede presentarse simultáneamente con la denuncia de un convenio vigente con anterioridad, pero no puede confundirse nunca con ella*»⁴. La falta de «*iniciativa*», en cuanto que impedimento del derecho a negociar de algún sujeto legitimado, puede viciar de nulidad el convenio colectivo que llegue a concluirse después⁵.

Además, «*de esta comunicación se enviará copia, a efectos de registro, a la autoridad laboral correspondiente en función del ámbito territorial del convenio*» (artículo 89.1, párrafo primero), lo que se efectuará con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto 1040/1981, de 22 mayo, sobre registro y depósito de convenios colectivos de trabajo⁶.

El registro de la copia de «*iniciativa*» es algo que «*no afecta a la esencia del procedimiento negociador, por lo que su eventual incumplimiento no ha de conducir en todo caso y necesariamente a la anulación del convenio colectivo alcanzado*»⁷. Con todo, el registro

³ Véase P. RABANAL CARBAJO, «Comentario al artículo 89», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XII-vol. 1º, EDESA (Madrid, 2001), págs. 248 y ss.

⁴ Cfr. STS de 1 junio 1990 (Ar. 5001). También, STSJ Galicia de 31 enero 2002 (Ar. 17).

⁵ Cfr. SsTSJ Comunidad Valenciana de 5 marzo 1998 (Ar. 998) y Galicia de 4 marzo 2002 (Ar. 1629).

⁶ Según su artículo 2.a), «*serán objeto de inscripción en los indicados Registros ... las copias de las comunicaciones de iniciativa mencionadas en el artículo 89.1 del Estatuto de los Trabajadores*».

⁷ Cfr. STS de 14 febrero 1996 (Ar. 1017). También, STSJ Cantabria de 10 agosto 2001 (Ar. 3033). Doctrinalmente se ha puesto de relieve que en la jurisprudencia «*prevalece una visión según la que la comunicación de comienzo de la negociación y la eventual respuesta a la misma son actos que interesan y que son valorados desde el punto de vista sustancial, desde su significado, y no tanto como elementos formales *ad substantiam**» (cfr. Mª.F. FERNANDEZ LOPEZ, «La tramitación del convenio colectivo [En torno al artículo 89]», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 [2000], pág. 1568).

sí resulta decisivo al efecto de dar publicidad a la «iniciativa» ante todos los sujetos colectivos con derecho a negociar<sup>8</sup>, así como —en caso de que existan varias «iniciativas»— al efecto de probar fehacientemente cuál ha sido la fecha de cada una de ellas (por si fuese necesario priorizarlas)<sup>9</sup>.

La parte receptora no puede permanecer indiferente ante la «iniciativa», dado que tiene deber de contestar a la misma «por escrito y motivadamente». Además, tiene que hacerlo casi de inmediato, «en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación» (artículo 89.2 del ET). La regla general, además, es que tiene que contestar afirmativamente a la «iniciativa» en cuestión.

Frente a la falta de contestación, o a la contestación negativa, la parte promotora puede reaccionar jurídicamente, en especial encauzando su pretensión por los trámites del proceso especial de conflicto colectivo<sup>10</sup>.

Esta regla general tiene sus excepciones, que amparan una contestación o respuesta negativa a la «iniciativa» negociada, y que aparecen reguladas en el artículo 89.1, párrafo segundo, del ET. De conformidad con este precepto, las excepciones a la regla general del deber de contestar positivamente pueden ser legales o convencionales. En efecto, según el mismo, «la parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida».

Evidentemente, nada impide contestar afirmativamente, a pesar de la existencia de estas causas legales o convencionales, y esgrimir las luego, una vez constituida la comisión negociadora, al efecto de impedir la negociación, si es que tales causas efectivamente concurren.

Las excepciones legales más importantes son, a su vez, las dos siguientes. En primer lugar, cabe contestar negativamente «cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido» (artículo 89.1, párrafo segundo, del ET), o lo que es lo mismo —poniendo en positivo esta expresión legal— cuando se pretenda la revisión o modificación de un convenio colectivo todavía en vigor<sup>11</sup>. En segundo lugar, también cabe contestar que no cuando exista «conurrencia» de convenios colectivos<sup>12</sup>

<sup>8</sup> En este sentido, «la existencia de un Registro ... en el que se publican los escritos de promoción negociadora ..., constituye un elemento de publicidad importante para sostener aquel conocimiento necesario» (Cfr. STS de 22 septiembre 1998 [Ar. 7422]).

<sup>9</sup> Sobre la relevancia práctica de este supuesto, véase A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, Civitas (Madrid, 2000), págs. 175-178. Cfr., además, SsTS de 28 febrero 2000 (Ar. 2246) y 10 diciembre 2002 (Ar. 1951 de 2003).

<sup>10</sup> Sobre éste y otros posibles remedios procesales y administrativos, véase J. CABEZA PEREIRO, *La buena fe en la negociación colectiva*, EGAP (Santiago de Compostela, 1995), págs. 460 y ss.

<sup>11</sup> Sobre esta excepción legal, véase *infra*, Tema 30, §2 y §4.

<sup>12</sup> Véase J.R. MERCADER UGUINA, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Civitas (Madrid, 1994), págs. 85 y ss.

—entendiendo por tal la imposibilidad de que en una misma unidad de negociación se apliquen simultáneamente dos o más convenios colectivos, cuyos ámbitos territoriales se solapan en parte (por ejemplo, porque uno es estatal y otro provincial, dentro del mismo sector)—, la cual puede invocarse siempre que la parte promotora pretenda iniciar la negociación en una unidad que ya está previamente cubierta por un convenio colectivo, supuesto que «un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto» (artículo 84, párrafo primero, del ET).

No hay afectación ni, por tanto, concurrencia cuando se pretende iniciar la negociación de un convenio colectivo en un ámbito superior (por ejemplo, si existentes diversos convenios de empresa, se quisiera iniciar la negociación de un convenio de sector, tratándose del sector al que pertenecen dichas empresas), en cuyo caso existirá siempre el deber de contestar afirmativamente<sup>13</sup>.

Según la jurisprudencia laboral, también cabe contestar negativamente cuando la «iniciativa» pretenda promover la negociación en una unidad «artificial»<sup>14</sup>, así como en los casos en los que pueda darse una «negociación acumulativa»<sup>15</sup>.

Sin embargo, no justifica la negativa, en principio, la existencia de un convenio colectivo «extraestatutario» en el mismo ámbito<sup>16</sup>; y además —según el Real Decreto 718/2005, de 20 junio, que aprueba el procedimiento de extensión de convenios colectivos—, «la parte receptora de la comunicación de iniciación de las negociaciones no podrá negarse a ella por razón de la vigencia de la extensión».

La «concurrencia» de convenios colectivos es una excepción que cuenta, a su vez, con sus propias excepciones específicas; esto es, supuestos en los que la previa existencia de una unidad de negociación ya cubierta por un convenio colectivo aplicable en ella no enerva el deber de negociar un convenio colectivo propio en esa misma unidad de negociación. Aparentemente, se trata de dos excepciones distintas, previstas en el artículo 83.2 del ET, la primera, y en el artículo 84, párrafos segundo y tercero, la segunda. Ahora bien, vista la doctrina sentada por una importante STS de 22 septiembre 1998<sup>17</sup>, la primera

<sup>13</sup> Cfr. STS de 3 mayo 2000 (Ar. 4258).

<sup>14</sup> Sobre este tipo de unidades de negociación «artificiales», véase *supra*, Tema 28, §3.

<sup>15</sup> Cfr. STS de 28 febrero 2000 (Ar. 2246), a propósito de la negativa de cierta empresa a negociar un convenio de franja, dado que, al recibir la «iniciativa», ya estaba en marcha la negociación de un «convenio general de empresa». También, STS de 3 junio 1999 (Ar. 6734), respecto del pacto entre sindicatos y Administración —por el que las partes se obligaban a negociar un convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado—, acordando «que no se negociara ni iniciara ninguna negociación colectiva en el ámbito de los Convenios Colectivos de la Administración del Estado hasta ahora existentes».

<sup>16</sup> Cfr. STC 108/1989, de 8 junio, y STSud de 30 septiembre 1999 (Ar. 8395). Sobre este tipo de convenios, véase *infra*, Tema 31.

<sup>17</sup> Ar. 7576.

de dichas excepciones ha quedado reducida prácticamente a la nada<sup>18</sup>, mientras que se ha potenciado extraordinariamente la segunda. De acuerdo con esta segunda excepción, «en todo caso ..., en un ámbito determinado que sea superior al de empresa, [se podrán] negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior» (artículo 84, párrafo segundo), aunque en este caso «se considerarán materias no negociables en ámbitos inferiores el período de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica» (artículo 84, párrafo tercero). Esto significa, por ejemplo, que si se hubiese negociado en un concreto sector un convenio colectivo de ámbito estatal (aplicable, por tanto, en todas y cada una de las Comunidades Autónomas), existe legalmente deber de negociar en ese mismo sector un convenio colectivo de Comunidad Autónoma, aunque para regular en él materias distintas de las seis citadas (ya reguladas en el convenio estatal), que resultan innegociables, en todo caso.

Los párrafos segundo y tercero del artículo 84 del ET provienen de una enmienda planteada en el Senado por los nacionalistas vascos, luego plasmada en la Ley 11/1994, de 19 mayo, con el objetivo de potenciar la negociación colectiva a nivel de Comunidad Autónoma. Sin embargo, nada obsta a que dicha excepción cubra también la negociación colectiva a nivel provincial, al tratarse esta última también de negociación en un ámbito superior al de empresa.

La primera excepción aparecía ya regulada en la versión originaria del artículo 83.2 del ET-1980, que es un precepto que permite la doctrinalmente llamada negociación colectiva «articulada» o «en cascada»<sup>19</sup>, a la que dio virtualidad el AINC-1997<sup>20</sup>, según el cual resultaba «conveniente establecer una adecuada articulación entre los distintos ámbitos negociales, de manera que determinadas materias quedaran reservadas al Convenio colectivo nacional sectorial, otras pudieran ser desarrolladas en ámbitos inferiores (territorial y de empresa) y, finalmente, otras puedan ser objeto de negociación de estos últimos ámbitos»<sup>21</sup>.

Ahora bien, la citada STS de 22 septiembre 1998<sup>22</sup> asestó un duro golpe al artículo 83.2 del ET, al declarar que «las reglas sobre estructura de la negociación colectiva ... estatuidas en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos a que se refiere

<sup>18</sup> Quizá, a la articulación de la negociación colectiva a nivel de empresa, como en el caso del convenio colectivo estatal de que conoció una STS de 18 febrero 1999 (Ar. 2600).

<sup>19</sup> Al indicar que «mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores».

<sup>20</sup> Sobre él, véase *supra*, Tema 28, §2.

<sup>21</sup> Cfr. su «preámbulo».

<sup>22</sup> Cuya doctrina reiteran SsTS de 27 marzo 2003 (Ar. 5163), de 26 enero 2004 (Ar. 1373) y de 7 noviembre 2005 (Ar. 1302 de 2006).

el artículo 83.2, carecen de virtualidad y fuerza de obligar en lo que concierne a aquellos otros convenios colectivos que ... son de ámbito superior a la empresa y cumplen los demás requisitos que impone el párrafo segundo del artículo 84, siempre que sus normas no traten sobre las materias mencionadas en el párrafo tercero de este precepto». Por causa de esta doctrina, se explica que los sucesivos AINC-2002, AINC-2003 y AINC-2005<sup>23</sup> hayan abandonado la técnica de la negociación colectiva «articulada», limitándose a dar pautas o criterios programáticos para la negociación de los convenios colectivos.

**§3.** Si la parte receptora responde afirmativamente a la «iniciativa», el siguiente paso lógico en la secuencia de la tramitación es la **constitución de la comisión negociadora** (coloquialmente llamada «mesa de negociación»), que es el órgano en cuyo seno se llevan a cabo las negociaciones. La comisión negociadora debe constituirse dentro del mismo «plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación» de «iniciativa» (artículo 89.2 del ET). Aunque el precepto clave sobre su constitución es el artículo 88 del ET (rubricado, precisamente, «comisión negociadora»), conforme al cual deben observarse ciertas reglas para poder efectuarla válidamente, pues sólo así dispondrá la comisión negociadora de lo que se conoce como legitimación «plena»<sup>24</sup>.

La constitución de la comisión negociadora debe hacerse respetando el «derecho de todos los sujetos legitimados a participar en ella en proporción a su representatividad» (artículo 88.1, párrafo segundo, del ET)<sup>25</sup>. Este precepto —dirigido sobre todo a la negociación de los convenios colectivos sectoriales, dado que aquí la legitimación «inicial» suele estar repartida entre varios sujetos<sup>26</sup>— significa que no se puede excluir, en principio, a quien posea legitimación «inicial»<sup>27</sup>, aunque sí se puede excluir a quien no la posea<sup>28</sup>. En cualquier caso, el denominado «derecho a participar» —que es un derecho disponible por el propio interesado<sup>29</sup>— no lleva consigo necesariamente, en todo caso, el derecho a ser convocado formal y directamente a constituir la comisión negociadora, habida cuenta que

<sup>23</sup> Sobre ellos, véase *supra*, Tema 28, §2.

<sup>24</sup> Sobre ella, véase *supra*, Tema 28, §4.

<sup>25</sup> Con precisiones acerca del cálculo de dicha representatividad, cfr. STS de 22 noviembre 2005 (Ar. 10056).

<sup>26</sup> Por ello, el artículo 87.5 del ET reitera que «todo sindicato, federación o confederación sindical, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora». En relación con los convenios colectivos de empresa, si negociados por las representaciones sindicales, véase STS de 18 enero 1993 (Ar. 94).

<sup>27</sup> Cfr., por ejemplo, STS de 13 julio 1993 (Ar. 5673). Deben cumplirse, además, de manera individual por cada sujeto (cfr. SsTS de 25 mayo 1996 [Ar. 4674] y 4 febrero 1998 [Ar. 1438]).

<sup>28</sup> Cfr., por ejemplo, SsTS de 14 junio 1999 (Ar. 5216) y de 24 noviembre 2004 (Ar. 1591 de 2005). Más jurisprudencia sobre este asunto, en A. ARUFE VARELA, «Comisión negociadora», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XII-vol. 1º, cit., pág. 225, nota 38. Con todo, en algún caso también cabría constituir válidamente la comisión negociadora admitiendo sujetos sin legitimación «inicial» (*ibidem*, págs. 226 y 227).

<sup>29</sup> Cfr. STSJ Murcia de 5 junio 2000 (Ar. 1970), confirmada por STSud de 13 febrero 2001 (Ar. 2519).



«el indicado derecho queda suficientemente garantizado cuando ... quede acreditado que todos los interesados han tenido conocimiento de dicha negociación»<sup>30</sup>.

Parte de estas reglas se refiere a lo que cabe denominar la composición de la comisión negociadora. A tales efectos, el artículo 88.3 del ET fija, primero, un número máximo de componentes de las comisiones encargadas de negociar convenios colectivos empresariales, al disponer que en ellos «ninguna de las partes superará el número de doce miembros». Y a continuación, hace lo propio respecto de los convenios colectivos sectoriales, afirmando que en estos otros «el número de representantes de cada parte no excederá de quince» miembros.

En principio, el número máximo de componentes no se puede ampliar, por tratarse de «normas de *ius cogens*»<sup>31</sup>. Sin embargo, sí cabría la posibilidad de disminuir tal número máximo por acuerdo de los implicados —lo que viene sucediendo sobre todo en la negociación colectiva de empresa—, de manera que, «salvo casos excepcionales, no corresponde a los tribunales corregir o valorar la oportunidad de los acuerdos ... adoptados sobre el particular»<sup>32</sup>. En efecto, «la disminución del número de representantes ... en la comisión negociadora de un convenio colectivo, derivada de un reajuste de la cuota representativa asignada a cada uno de los participantes, sólo podrá calificarse como lesiva de la libertad sindical si tiene su origen en una decisión ... claramente arbitraria e injustificada»<sup>33</sup>.

Otra parte de las reglas se refiere a la «designación de los componentes de la comisión» (artículo 88.2 del ET) —o lo que es lo mismo, al reparto del número de componentes de la comisión negociadora entre los sujetos colectivos con derecho a participar en su constitución—, la cual es una tarea que corresponde efectuar a las propias partes negociadoras (lógicamente, cada parte designa sus propios componentes). También corresponde a las partes negociadoras (aunque ahora de mutuo acuerdo) la tarea de designar un presidente, que podría ser uno de los componentes de la comisión o un tercero (en este caso, con voz, pero sin voto), aunque igualmente quepa la posibilidad de que no se llegue a nombrar. Además

<sup>30</sup> Cfr. STS de 22 septiembre 1998 (Ar. 7422). Sosteniendo, sobre la base de las circunstancias concurrentes, que la comisión negociadora no había sido válidamente constituida, por falta de convocatoria de algún sujeto con legitimación «inicial», véanse SSTSJ Andalucía (Granada) de 30 noviembre 1992 (Ar. 5440) y Comunidad Valenciana de 5 marzo 1998 (Ar. 998).

<sup>31</sup> Cfr. STS de 29 octubre 1993 (Ar. 8083), respecto de un comité de empresa que pretendía constituir todo él la comisión negociadora, a pesar de que dicho comité estaba integrado por un número de miembros superior al máximo de los que pueden componer la citada comisión (esto es, doce).

<sup>32</sup> Cfr. STS de 4 mayo 1998 (Ar. 4088). Sobre el tema, a nivel de empresa, véanse SsTS de 15 febrero 1993 (Ar. 1165), 13 noviembre 1997 (Ar. 8310) y 5 noviembre 1998 (Ar. 8916); y a nivel sectorial, STS de 22 febrero 1999 (Ar. 2017).

<sup>33</sup> Cfr. STC 187/1987, de 24 noviembre. Supuestos excepcionales —a nivel de empresa— aparecen recogidos en STC 137/1991, de 20 junio, y STSJ Canarias (Las Palmas) de 16 marzo 1993 (Ar. 1173).

—siempre conforme al artículo 88.2—, las partes pueden «contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán con voz, pero sin voto»<sup>34</sup>.

Los «asesores» no computan a efectos del tope máximo de componentes de la comisión negociadora, aunque parece razonable que las partes puedan acordar algún tipo de limitación a su presencia, siempre que tal limitación supere un «filtro de racionalidad y juridicidad»<sup>35</sup>.

Si se optase por la no elección de un presidente, entonces «las partes deberán consignar en el acta de la sesión constitutiva de la comisión los procedimientos a emplear para moderar las sesiones», y además, deberá «signar las actas que correspondan a las mismas un representante de cada una de ellas, junto con el secretario» (artículo 88.4 del ET).

La designación de los componentes de la comisión debe efectuarse por los sujetos colectivos implicados y «en proporción a su representatividad» (artículo 88.1, párrafo segundo, del ET), esto es, observando lo más estrictamente posible la regla de proporcionalidad<sup>36</sup>. En los convenios de sector, la representatividad sindical a tener en cuenta es la derivada de las elecciones «sindicales»<sup>37</sup>. También en los convenios de sector, la representatividad de las asociaciones empresariales es la que se acredite al tiempo de la constitución de la comisión negociadora<sup>38</sup>.

**§4.** Constituida válidamente la comisión negociadora, ésta debe ya comenzar su labor —que es la negociación propiamente dicha, con la finalidad de estipular un convenio colectivo—, a cuyo efecto las partes pueden «establecer un calendario o plan de negociación» (artículo 89.2 del ET). Además de esta indicación sobre el *tempus*, el ET también contiene una alusión al *modus operandi*, al afirmar que «ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe» (artículo 89.1, párrafo tercero). Este último precepto —considerado por el TS como el «precepto clave y principal ... que preside la negociación»<sup>39</sup>— meramente consagra el deber de negociar de buena fe<sup>40</sup>, cuyo contenido tiene que ser desvelado con la ayuda de la jurisprudencia laboral ordinaria y de la jurisprudencia constitucional. Sobre la base de esta jurisprudencia, resulta claro que el deber de negociar, incluso si se hace de buena fe,

<sup>34</sup> Distinguiendo entre «asesores» y «observadores», véanse SsAN de 2 febrero y 25 julio 1990 (Ar. 44 y 112).

<sup>35</sup> Cfr. STSJ País Vasco de 21 diciembre 1999 (Ar. 4442). También sobre el tema, STSJ Cantabria de 24 julio 2001 (Ar. 3031).

<sup>36</sup> Aunque el artículo 88.1, párrafo segundo, del ET se refiere a los convenios colectivos sectoriales, la regla de la proporcionalidad también rige en la designación de los componentes de la comisión negociadora de convenios colectivos de empresa o ámbito inferior (sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «Comisión negociadora», cit., págs. 236 y 237).

<sup>37</sup> Cfr. SsTS de 23 noviembre 1993 (Ar. 8932), 20 junio 1995 (Ar. 5208) y 21 octubre 1997 (Ar. 9154), y también, STSud de 31 octubre 1995 (Ar. 7937).

<sup>38</sup> Cfr. SsTS de 18 diciembre 1995 (Ar. 9308) y 15 marzo 1999 (Ar. 2917).

<sup>39</sup> Cfr. STS de 14 junio 1995 (Ar. 4899).

<sup>40</sup> Otras alusiones legales a la negociación de «buena fe» —todas en el Título I del ET—, aparecen contenidas en los artículos 40.2, párrafo tercero, 41.4, párrafo segundo, 44.9 y 51.4, párrafo tercero, siempre a propósito de los períodos «de consultas» entre empresa y representantes de los trabajadores, que los citados preceptos establecen. Sobre el tema, véase J. CABEZA PEREIRO, *La buena fe en la negociación colectiva*, cit., págs. 70 y ss.

no implica que necesariamente haya de alcanzarse el resultado feliz de conseguir la suscripción de un convenio colectivo —se trata sólo de un deber de negociar, pero no de un deber de acordar o convenir<sup>41</sup>—, lo que confirma reiterada jurisprudencia, al sostener que el deber de negociar «no significa ... que exista un deber de llegar a alcanzar el acuerdo»<sup>42</sup>. Ahora bien, la buena fe sí «obliga a las partes a ser consecuentes con sus propias posiciones, y no alterarlas sustancialmente de un día para otro»<sup>43</sup>, haciendo todos los esfuerzos a su alcance para tratar de llegar a un acuerdo, por lo que constituye mala fe la actitud recalcitrante y sin margen ninguno para la cesión que pueda adoptar alguna de las partes —esto es, lo tomas o lo dejas—, como en el caso de «la formulación por parte de la empresa de una última oferta innegociable» o «propuesta definitiva e irrevocable ..., sin intentar ... siquiera la solución del conflicto creado por la ruptura de la negociación», como en el caso que enjuició la importante STC 107/2000, de 5 mayo.

Según esta misma sentencia, para valorar la existencia de buena fe en el proceso negociador, «es inevitable atender a las circunstancias en las que aquél se produjo», pues no existe buena fe si se acredita —sobre la base de tales circunstancias— que «sólo hubo una negociación puramente formal»<sup>44</sup>.

En el AINC-2005 aparecen listadas ciertas «recomendaciones, enmarcadas en el principio de buena fe» en la negociación —repetiendo al pie de la letra lo dispuesto en este punto por el AINC-2003—, como las que se refieren a lo siguiente: 1) «iniciar de inmediato los procesos de negociación una vez producida la denuncia de los Convenios, e intercambiar la información que facilite la interlocución en el proceso de negociación y una mayor responsabilidad en la aplicación de lo pactado»; 2) «mantener la negociación abierta por ambas partes hasta el límite de lo razonable»; y 3) «formular propuestas y alternativas por escrito, en especial en situación de dificultad en la negociación».

Negociar de buena fe también implica hacerlo en un clima de relativa normalidad. Por ello, «en los supuestos de que se produjeran violencias, tanto sobre las personas como sobre los bienes y ambas partes comprobaran su existencia, quedará suspendida de inmediato la negociación en curso hasta la desaparición de aquéllas» (artículo 89.1, párrafo cuarto, del ET)<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Véase J. GARCIA BLASCO, «El deber de negociación colectiva en el Derecho comparado y en el Derecho español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6 (1981), págs. 193 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. STS de 1 marzo 2001 (Ar. 2829). Por ello, «el deber de llevar a cabo esa negociación de buena fe ... tampoco impone el deber de reanudar aquellas conversaciones ya finalizadas, salvo cuando el promotor de la negociación plantea una plataforma negociadora novedosa en el contenido o en el tiempo» (cfr. STSud de 30 septiembre 1999 [Ar. 8395]).

<sup>43</sup> Cfr. STS de 3 febrero 1998 (Ar. 1428).

<sup>44</sup> La propia sentencia continúa afirmando que «existen actitudes empresariales cuyo resultado final es soslayar la intervención [sindical]... en la regulación colectiva de condiciones de trabajo pese a que formalmente se abran las negociaciones», por lo que, «de no tener presente esta problemática ..., bastaría con la apertura del proceso negociador y con la celebración de reuniones carentes de contenido real para considerar satisfecho el derecho del sindicato a intervenir en aquella regulación, burlando las bases mismas del sistema constitucional de relaciones laborales».

<sup>45</sup> Sobre el tema, por ejemplo, véase STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 21 febrero 2002 (Ar. 1286).

§5. Por lo que se refiere a las materias negociables, el precepto clave es el artículo 85 del ET, rubricado «c o n t e n i d o»<sup>46</sup>. El convenio colectivo nunca es un texto corrido, sino que su contenido —al igual que el de las leyes y reglamentos— está formalmente dividido en preceptos o artículos, que el ET denomina «cláusulas». Todos estos preceptos o artículos que integran el contenido de los convenios colectivos pueden clasificarse utilizando tres criterios clasificatorios distintos.

La «iniciativa» constituye el punto de partida de la negociación no sólo desde un punto de vista estrictamente formal, sino también desde un punto de vista material, dado que en ella —como se dijo antes— deben hacerse constar «los ámbitos del convenio y las materias objeto de negociación»<sup>47</sup>.

En primer lugar, el criterio que permite distinguir entre «c o n t e n i d o mínimo» (así lo denomina el artículo 85.3 del ET) y *c o n t e n i d o voluntario*. El primero incluye hasta un total de cuatro materias distintas en los convenios colectivos empresariales (relativas a las partes, los ámbitos, la denuncia y la comisión paritaria) y de cinco materias (las cuatro anteriores, más la relativa al descuelgue salarial) en los convenios colectivos sectoriales, y debería denominársele contenido «necesario» —en vez de contenido «mínimo»<sup>48</sup>—, pues sin él no existe el convenio colectivo. De todas formas, no parece concebible un convenio colectivo que sólo incluya la regulación de las cuatro o cinco materias recién citadas (sin hacer ninguna mención, por ejemplo, a los salarios y a la jornada); y por ello, lo normal es pactar la regulación de otras muchas materias, que constituyen lo que cabe denominar contenido voluntario, que es el contenido del convenio colectivo que verdaderamente interesa a los trabajadores.

En efecto, el artículo 85.3 del ET dispone que «los convenios colectivos habrán de expresar como *contenido mínimo* lo siguiente: a) Determinación de las partes que los conciertan. b) Ambito personal, funcional, territorial y temporal. c) Condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo, respecto de las empresas incluidas en el ámbito del convenio cuando éste sea superior al de empresa, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.3. d) Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo de preaviso para dicha denuncia. e) Designación de una comisión paritaria de

<sup>46</sup> Véase J. RIVERO LAMAS, «Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (Una aproximación interpretativa)», *Documentación Laboral*, núm. 43 (1994), págs. 37 y ss.

<sup>47</sup> Lógicamente, la determinación de estos «ámbitos» y «materias» no vincula luego, salvo en casos palpables de fraude de ley, como el enjuiciado en una STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 julio 2002 (Ar. 2790).

<sup>48</sup> Esta era la terminología utilizada por la primera Ley franquista de convenios colectivos de 1958, cuando afirmaba que «necesariamente, los convenios habrán de contener ...» (artículo 12).

la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas, y determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión»<sup>49</sup>.

En cuanto al citado *contenido voluntario*, resulta preciso tener en cuenta que no todos los convenios colectivos pueden proceder a regular todo tipo de cuestiones, dado que el Título I del ET reserva la regulación de algunas materias exclusivamente a los convenios colectivos sectoriales (con exclusión, por tanto, de los convenios colectivos empresariales), al referirse a que «determinados aspectos puntuales sólo podrán ser regulados “mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior”, o simplemente mediante “convenios colectivos de ámbito sectorial”»<sup>50</sup>. Esta reserva funcional se concentra en el régimen jurídico de los «contratos formativos» y en la «duración de los contratos», y en concreto, respecto de los siete aspectos siguientes: 1) determinar los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías profesionales objeto del contrato en prácticas<sup>51</sup>; 2) determinar la duración del contrato en prácticas, dentro de los límites legales mínimo y máximo de la misma<sup>52</sup>; 3) establecer, en función del tamaño de la plantilla, el número máximo de los contratos para la formación a realizar<sup>53</sup>; 4) determinar los puestos de trabajo susceptibles de cubrirse mediante el contrato para la formación<sup>54</sup>; 5) incrementar la duración máxima legal del contrato para la formación, atendiendo a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y a los requerimientos formativos del mismo<sup>55</sup>; 6) aumentar la duración máxima legal del contrato eventual, en atención al carácter estacional de la actividad en que la eventualidad se pueda producir<sup>56</sup>; y 7) fijar los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos-discontinuos<sup>57</sup>.

En segundo lugar, el criterio que permite distinguir entre *contenido sustantivo* y *contenido adjetivo o procedimental* de los convenios colectivos. Se entrecruza con el anterior, pues las cláusulas reguladoras de la actuación de la comisión paritaria —contenido «necesario», recuérdese— tienen un claro carácter procedimental. A estos dos tipos de contenido alude al artículo 85.1 del ET, cuando afirma que resulta posible negociar, de un lado, sobre «materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de

<sup>49</sup> Sobre las partes y los ámbitos personal, funcional y territorial, véase *supra*, Tema 28, §4, §5, §6 y §7; sobre el ámbito temporal y la denuncia, véase *infra*, Tema 30; sobre las cláusulas de descuelgue salarial, véase *infra*, Tema 31, §5; y sobre las comisiones paritarias, véase *infra*, Tema 30, §2.

<sup>50</sup> Véase A. ARUFE VARELA, «Las condiciones de trabajo y empleo en el contenido de los convenios colectivos de grupos de empresas», en el Vol. *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Madrid, 2003), pág. 64.

<sup>51</sup> Artículo 11.1.a).

<sup>52</sup> Artículo 11.1.b).

<sup>53</sup> Artículo 11.2.b), párrafo 1º.

<sup>54</sup> Artículo 11.2.b), párrafo 1º.

<sup>55</sup> Artículo 11.2.c).

<sup>56</sup> Artículo 15.1.b), párrafo 1º.

<sup>57</sup> Artículo 15.8, párrafo 3º.

empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales», que son todas materias sustantivas; y de otro lado, sobre «*procedimientos* para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 de esta Ley».

Contenido sustantivo también posible, no explicitado en el artículo 85.1, es el relativo a las «mejoras voluntarias» de Seguridad Social<sup>58</sup>, así como a los «compromisos de pensiones» (citados, por ejemplo, en el artículo 44 del ET)<sup>59</sup>.

Contenido adjetivo también posible, aparte el del artículo 85.1, es el mencionado en los artículos 85.2 del propio ET (al disponer que «a través de la negociación colectiva se podrán articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos, en el ámbito correspondiente») y 8 del DLRT (al disponer que «los Convenios Colectivos podrán establecer normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de los conflictos que den origen a la huelga»).

En tercer lugar, y también entremezclándose con los dos anteriores, el criterio que permite distinguir entre contenido obligacional o «cláusulas obligacionales» (así las denomina el artículo 86.3, párrafo primero, del ET) y cláusulas normativas o «contenido normativo» (así lo denomina el artículo 86.3, párrafo segundo)<sup>60</sup>. Esta es una distinción crucial, a la que también alude el artículo 82.2 del ET, al contraponer «las condiciones de trabajo y de productividad», de un lado, y «la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten», de otro. Sobre la base de que el convenio colectivo es a la vez «contrato» y «norma», el contenido normativo (en el que se integra todo el contenido «necesario»<sup>61</sup> y el grueso del contenido voluntario, especialmente allí donde aparecen reguladas las condiciones de trabajo, como los salarios, la jornada, las vacaciones, etc.) posee eficacia normativa respecto de los contratos individuales de trabajo. Por su parte, el contenido obligacional posee eficacia contractual, al imponer concretas obligaciones a los sujetos colectivos pactantes; obligaciones explicitadas, a veces, en el propio texto del convenio, como en el caso, por ejemplo, de las cláusulas de renuncia al ejercicio del derecho del huelga durante la vigencia del propio convenio.

<sup>58</sup> Sobre el tema, clásico, véase M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, *Autonomía colectiva y Seguridad Social (Un estudio sobre la contratación colectiva en materias de Seguridad Social y conexas)*, IEF (Madrid, 1977), págs. 31 y ss.

<sup>59</sup> Sobre la autonomía colectiva como fuente de creación de planes de pensiones, véase J.L. MONEREO PEREZ, *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Tirant lo blanch (Valencia, 1997), págs. 85 y ss.

<sup>60</sup> «Cláusulas normativas» es una expresión repetidamente utilizada en la LISOS (cfr. sus artículos 5.1, 5.2 y 8.8).

<sup>61</sup> Al respecto, véase STS de 16 junio 1998 (Ar. 5398).

La distinción entre «contenido normativo» y «contenido obligatorio» se debe a la doctrina científica alemana de principios del siglo pasado, de la cual la tomaron las doctrinas científicas italiana y francesa. En España, tuvo un carácter meramente erudito o teórico, hasta el reconocimiento del ejercicio del derecho de huelga en 1977, aunque la jurisprudencia laboral anterior a esta fecha la conocía<sup>62</sup>.

A partir de 1977, se trata de un tema que viene suscitando una abundante litigiosidad<sup>63</sup>, cabiendo hablar —sobre la base de toda esta masa de jurisprudencia laboral— de «la calificación del contenido del convenio como normativo u obligatorio con sujeción a un doble criterio “material” y “subjetivo”, conforme al cual: 1) lo normativo sería lo relativo a la regulación de las condiciones laborales (por aplicación del criterio “material”), en el marco de las relaciones individuales de trabajo que vinculan a empresario y trabajador (por aplicación del criterio “subjetivo”); y 2) lo obligatorio haría referencia directa a la relación existente entre las partes firmantes, de nuevo por aplicación del criterio “subjetivo” —creando deberes que no trascienden a las relaciones individuales de trabajo, dado que “el convenio colectivo n[o] puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación”—, teniendo en cuenta que su fin primordial es el de garantizar la paz laboral durante el tiempo de vigencia del convenio, esto último por aplicación del criterio “material”»<sup>64</sup>.

El hecho de que el convenio colectivo sea a la vez «contrato» y «norma» explica que la jurisprudencia afirme que «en la interpretación de los convenios colectivos ... han de conjugarse los preceptos que regulan la interpretación de los contratos con aquellos otros que disciplinan la hermenéutica de las normas jurídicas, y de esta suerte han de ser tenidos aquí en cuenta los artículos 3.1 y 1281 del Código Civil»<sup>65</sup>.

Aunque en relación con el contenido de los convenios colectivos la regla general es la «libertad de contratación» (artículo 85.3 del ET), esta libertad —equivalente de la libertad de pactos, del artículo 1255 del Código Civil— no es absoluta. En efecto, el artículo 85.1 del ET afirma

<sup>62</sup> Lo prueba una STS de 24 diciembre 1964 (Ar. 297 de 1965), en la que se afirma que «no cabe duda de que los Convenios Colectivos Sindicales ... producen un doble efecto, uno de ellos obligatorio, creador de derechos y deberes para quienes lo pactaron y en cuya elaboración intervinieron ... y otro normativo, que vincula no sólo a los que participaron».

<sup>63</sup> Acerca de ella, véanse J. GARCIA MURCIA, «Contenido normativo y obligatorio en los convenios colectivos laborales (I) y (II)», *Actualidad Laboral*, 1988-1, págs. 1289 y ss. y 1345 y ss.; y L. MELLA MENDEZ, «Comentario al artículo 85», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XII-vol. 1º, cit., págs. 140 y ss.

<sup>64</sup> Véase A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, cit., págs. 140-141. Por supuesto, este doble criterio distintivo no resuelve todos los problemas, aunque en líneas generales tienda a aceptarlo la jurisprudencia. En este sentido, por ejemplo, cabe citar: 1) la STC 189/1993, de 14 junio, en la que se sostuvo el carácter normativo de cierta concreta cláusula de un convenio colectivo, «no ya sólo porque regula un aspecto de las condiciones de trabajo, sino porque tiene como destinatarios y se aplica a todas las relaciones laborales incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio»; 2) una STS de 21 diciembre 1994 (Ar. 10346), según la que «así como el contenido normativo trasciende la pura relación entre las partes negociadoras, el obligatorio restringe sus efectos a éstas, generando sólo derechos y deberes entre ellas»; y 3) una STSud de 29 mayo 1996 (Ar. 4703), conforme a la cual «la delimitación conceptual entre el contenido normativo y el contenido obligatorio ... se ajusta a un criterio sustantivo atinente a las funciones y al ámbito de eficacia de las respectivas cláusulas».

<sup>65</sup> Véase STS de 9 octubre 2001 (Ar. 8732).

que se trata de una libertad a ejercitar «dentro del respeto a las leyes»<sup>66</sup>. Y más adelante, el propio ET concreta estos límites —centrándolos en el cumplimiento de la legalidad y, también, en la falta de perjuicio de terceros o ilegitimidad—, al afirmar que «si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente» (artículo 90.5 del ET), esto es, a la jurisdicción laboral.

En congruencia con ello, la LPL regula un proceso especial denominado «De la impugnación de convenios colectivos» (artículos 161 a 164)<sup>67</sup>, en el que se dispone que tal impugnación «podrá promoverse de oficio ante el Juzgado o Sala competente mediante comunicación remitida por la autoridad laboral correspondiente» (artículo 161.1 de la LPL). Esta vía, que sólo cabe emplear para «la impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el Título III del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores»<sup>68</sup>, puede ser utilizada por propia iniciativa de la autoridad laboral o —«si el convenio colectivo no hubiera sido aún registrado»— por solicitud, bien de «los representantes legales o sindicales de los trabajadores o los empresarios que sostuvieran la ilegalidad del mismo», bien de «los terceros lesionados» (artículo 161.2 de la LPL).

Además de la impugnación de oficio, la impugnación del convenio colectivo puede «instarse directamente por los legitimados para ello por los trámites del proceso de conflicto colectivo», siempre y cuando «la autoridad laboral no contestara la solicitud a la que se refiere el apartado anterior en el plazo de quince días, la desestimara o el convenio colectivo ya hubiere sido registrado» (artículo 161.3 de la LPL). En caso de «ilegalidad del convenio»<sup>69</sup>, los legitimados son «los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas» [artículo 163.1.a) de la LPL]<sup>70</sup>. En caso de «ilegitimidad del convenio», los legitimados son «los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado», teniendo en cuenta que «no se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio» [artículo 163.1.b) de la LPL]<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> En efecto, «es el Convenio el que debe respetar y someterse a la Ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario» (cfr. STC 210/1990, de 20 diciembre). Al respecto, véase I. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, *Ley y Autonomía Colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1987), págs. 109 y ss.

<sup>67</sup> Véase *infra*, Tema 41, §3.

<sup>68</sup> Artículo 161.1. De ahí que una STS de 4 diciembre 2000 (Ar. 2055 de 2001) excluya la posibilidad de que la autoridad laboral la emplee para impugnar de oficio un convenio colectivo extraestatutario.

<sup>69</sup> Véase, J.L. TERRATS PLANELL, *El control de la legalidad de los convenios colectivos por parte de los poderes públicos*, McGraw-Hill (Madrid, 1998), págs. 174 y ss.

<sup>70</sup> Sobre la legitimación directa de un sindicato firmante del convenio colectivo impugnado —«por paradójico que ello pueda resultar»— al tratarse de «la impugnación de una parte de su articulado», cfr. STS de 26 noviembre 2002 (Ar. 2700 de 2003).

<sup>71</sup> A estos efectos, «para determinar quienes quedan excluidos del concepto de terceros, lo importante no es tanto el término «trabajadores», sino el predicado “incluidos en el ámbito de aplicación”, y lo mismo cabe decir de los empresarios; este último factor es el que realmente otorga o priva de la condición de tercero» (cfr. STS de 26 diciembre 2002 [Ar. 2803 de 2003]). Pues bien, otorgando la condición de tercero a la Administración General del Estado, respecto de cierto convenio colectivo publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cfr. STS de 10 junio 2003 (Ar. 6008), que invoca el «interés de la [citada] Administración ... en la defensa de la legalidad»; en cambio, privando de la condición de terceros a colectivos de pensionistas y jubilados, cfr. STS de 20 diciembre 1996 (Ar. 9812) y STC 88/2001, de 2 abril.



Una tercer cauce de impugnación del convenio colectivo es el de la denominada «impugnación indirecta, por la vía de inaplicación», abierta «a aquellos particulares que, sin tener la cualidad de terceros, queden singularmente afectados por la norma colectiva»<sup>72</sup>, al proclamarse la «disponibilidad del proceso ordinario para la defensa singular e individualizada de los derechos e intereses del trabajador que se vean lesionados por la aplicación del Convenio»<sup>73</sup>.

§6. El siguiente paso lógico en esta secuencia procedimental es el relativo a la adopción de los acuerdos, siempre en el seno de la comisión negociadora. Al efecto, se dispone expresamente que «los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones» (artículo 89.3 del ET). Por ello, «lo que no es posible es que el acuerdo de la comisión negociadora, a que se refiere el artículo 89.3 del Estatuto de los Trabajadores, pueda concluirse sin la presencia de las dos representaciones, con el “quorum” que a tal fin exig[e] dicho precepto»<sup>74</sup>, que es lo que la jurisprudencia laboral tiende a denominar actualmente como legitimación «decisoria»<sup>75</sup>.

Según una STS de 17 enero 2006 (Jur. 83909), «la mayoría exigida por el art. 89.3 del Estatuto de los Trabajadores debe estar referida a la mayoría representada en la mesa de negociación y no al número de los componentes de cada uno de los bancos que integran la mesa, de modo que, siendo mayoritaria la representación de Comisiones Obreras [a pesar de que tenía exactamente la mitad de los miembros del banco social, esto es, tres de seis], su conformidad y firma del convenio era suficiente para que el acordado ostentara la condición de convenio estatutario»<sup>76</sup>.

Como quiere el artículo 82.1 del ET, el convenio colectivo es el «resultado de la negociación desarrollada». Lógicamente, este proceso de negociación colectiva se va materializando en sucesivos acuerdos parciales y provisionales (técnicamente, llamados «preacuerdos») obtenidos en el seno de la comisión negociadora. Estos «preacuerdos» no son en

<sup>72</sup> Cfr. STS de 15 octubre 1996 (Ar. 7764), citando STS de 10 febrero 1992 (Ar. 960).

<sup>73</sup> Cfr. STC 81/1990, de 4 mayo. Véase R.M<sup>a</sup>. PÉREZ YAÑEZ, *El control judicial de los pactos colectivos*, CES (Madrid, 1997), págs. 281 y ss.

<sup>74</sup> Cfr. STS de 14 junio 1995 (Ar. 4899).

<sup>75</sup> Sobre ella, véase *supra*, Tema 28, §4.

<sup>76</sup> Un caso excepcional es el que recoge una STS de 5 noviembre 2002 (Ar. 759 de 2003), en relación con un convenio colectivo sectorial en un concreta unidad en la que había un único representante (esto es, el delegado de personal de sólo una empresa del sector) afiliado a un determinado sindicato, mientras que el convenio colectivo en cuestión fue suscrito por una mayoría de miembros de la mesa de negociación (esto es, ocho de quince) perteneciente a otro sindicato distinto. Por ello, esta sentencia declara que «lo que se contempla y valora es la decisión personal de cada uno de los componentes de cada una de las representaciones, y sin atender a la intensidad de representación que les ha llevado respectivamente a formar parte de la Comisión Negociadora», de modo que «la votación aquí se personaliza o individualiza». En cualquier caso —supuesta la regla de proporcionalidad en la composición de la comisión negociadora—, suele suceder que quien ostenta la mayoría absoluta de representantes en el sector en cuestión sea, a su vez, quien posee la mayoría en la citada comisión.

absoluto asimilables al convenio colectivo, pues este último es el resultado definitivo y final de las negociaciones correspondientes, existiendo jurisprudencia laboral relativa a que «los preacuerdos que se obtengan durante la negociación de un convenio colectivo, por su propia esencia carecen de entidad definitiva, pues por la propia dinámica del procedimiento negociador son susceptibles de modificarse en reuniones posteriores, abiertas, como es obvio, a la consideración de nuevas ofertas y contraofertas», por lo que «sólo ... el acuerdo final manifiesta el convenio colectivo»<sup>77</sup>.

En efecto, «indudablemente en un proceso negociador se van produciendo acuerdos en aspectos parciales de esa finalidad de alcanzar pactos que persiguen los interesados en la negociación, pero ese concierto en el consentimiento, salvo decisión expresa de los interesados, carece de valor si no se logra el acuerdo global que desean los negociadores», resultando «significativas a estos efectos ... expresiones ...[como] “con las modificaciones que eventualmente pudieran pactarse” o “la condición de no obligar si no se llega a un acuerdo global”»<sup>78</sup>.

Una vez obtenido este acuerdo final, la comisión negociadora debe proceder a cumplir las exigencias estatutarias de formalización del convenio colectivo, que son tres. Ante todo, la formalización de ese acuerdo final —esto es, la formalización del convenio colectivo— debe «efectuarse por escrito, bajo sanción de nulidad» (artículo 90.1 del ET). Además, este escrito debe presentarse para su «registro» ante la autoridad laboral competente<sup>79</sup>, y remitirse al «órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente para su depósito» (artículo 90.2 del ET)<sup>80</sup>. Y por último, debe procederse por la autoridad laboral a su «publicación obligatoria y gratuita en el “Boletín Oficial del Estado” o, en función del ámbito territorial del mismo, en el “Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma” o en el “Boletín Oficial” de la provincia correspondiente» (artículo 90.3 del ET).

Repárese en que la publicación «no es “per se” requisito de validez» del convenio colectivo, por lo que éste, en su caso, podría comenzar a surtir sus efectos incluso antes de que tal publicación se hubiese materializado<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. STS de 19 junio 1991 (Ar. 5155).

<sup>78</sup> Cfr. STS de 9 marzo 1998 (Ar. 2372).

<sup>79</sup> Sobre la documentación que debe acompañarse con el convenio colectivo, véase artículo 6 del Real Decreto 1040/1981.

<sup>80</sup> Sobre el tema, véase P.F. RABANAL CARBAJO, *Negociación colectiva y Administración (Un estudio sobre la intervención administrativa en la negociación colectiva del Título III del Estatuto de los Trabajadores)*, Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales (Madrid, 1994), págs. 27 y ss.

<sup>81</sup> Cfr. STSJ Asturias de 6 junio 2003 (Ar. 3713), citando SAN de 29 octubre 1998 (Ar. 3860), a propósito de sendos convenios colectivos sectoriales. Lo mismo, pero en relación con convenios colectivos de empresa, por ejemplo, en SsTSJ Canarias (Las Palmas) de 26 mayo 2000 (Ar. 4091) y Comunidad Valenciana de 9 mayo 2002 (Jur. 57254 de 2003).

Por otra parte, el tema de la publicación interesa a propósito de la prueba en juicio del convenio colectivo en cuestión, afirmando al respecto la STC 151/1994, de 23 mayo, que «los diarios oficiales autonómicos ...[otorgan] la máxima eficacia al principio *iura novit curia*».

Completando esta doctrina, una STSud de 17 septiembre 2004 (Ar. 7123) matiza que lo anterior «se condiciona a que: 1) la publicación del convenio haya tenido lugar en un diario oficial autonómico, 2) la parte haya proporcionado los datos suficientes para identificar la norma, y 3) la competencia del órgano judicial no exceda del ámbito territorial del correspondiente diario oficial». Lo mismo cabe afirmar *mutatis mutandis*, respecto de los convenios colectivos publicados en el Boletín Oficial de la provincia correspondiente.

§7. El procedimiento que acaba de describirse se aplica a la negociación de convenios colectivos no sólo en el sector privado de la economía, sino también en el sector público (y por tanto, también para la negociación de convenios colectivos en las Administraciones General del Estado, Autonómica, Local e Institucional)<sup>82</sup>. Ahora bien, el procedimiento de negociación de convenios colectivos en el sector público está integrado por dos trámites más —a añadir a los cuatro trámites ordinarios, regulados en el Título III del ET, de que acaba de hacerse mención—, fijados cada año por la correspondiente Ley anual de Presupuestos Generales del Estado y, en congruencia con ella, también por la correspondiente Ley anual de Presupuestos de cada Comunidad Autónoma. Estos dos trámites son, de un lado, la «autorización de masa salarial», que debe solicitarse del Ministerio de Hacienda u organismo autonómico equivalente, como «requisito previo para el comienzo de las negociaciones»; y de otro lado, el informe favorable sobre el proyecto de convenio, a emitirse conjuntamente por los Ministerios de Hacienda y de Administraciones Públicas u organismos autonómicos equivalentes, «con carácter previo a su acuerdo o firma».

Téngase en cuenta —siempre de acuerdo con las Leyes citadas— que los convenios colectivos acordados con omisión de este «informe», o acordados a pesar de un «informe» desfavorable, serán «nulos de pleno derecho».

Con ello, se trata de garantizar que los convenios colectivos del sector público cumplan estrictamente los topes salariales impuestos por las leyes presupuestarias; topes cuya constitucionalidad ha venido siendo declarada de manera reiterada por el TC<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Véase T. SALA FRANCO, A. BLASCO PELLICER y J.A. ALTES TARREGA, *La negociación colectiva en el empleo público*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2001), págs. 13 y ss.

<sup>83</sup> Sobre este tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «Sobre la efectividad real, supuesta su constitucionalidad, de los topes impuestos por los presupuestos del Estado al crecimiento de las retribuciones del personal empleado en el sector público», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XIV, Civitas (Madrid, 1997), págs. 260 y ss. Sobre la constitucionalidad del tope del 0 por 100 (y por tanto, de la congelación retributiva pura y dura) para el año 1997, véase STS (Sala 3ª) de 21 marzo 2002 (Ar. 4318), confirmada por ATC 35/2005, de 31 enero.

A tales efectos, las propias Leyes de Presupuestos suelen considerar que «masa salarial» es «el conjunto de las retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social devengados ... por el personal laboral del sector público ..., con el límite de las cuantías informadas favorablemente por el Ministerio de Hacienda ..., exceptuándose, en todo caso:

- a) Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.
- b) Las cotizaciones al sistema de la Seguridad Social a cargo del empleador.
- c) Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.
- d) las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador».

---

**TEMA 30**

**EL AMBITO TEMPORAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. Las cinco fases del ámbito temporal de un convenio colectivo. §2. La fase de convenio colectivo todavía no denunciado. §3. La fase de convenio colectivo denunciado pero no denunciado. §4. La fase de convenio colectivo denunciado pero no vencido. §5. La fase de convenio colectivo denunciado y vencido. §6. La fase de la sucesión del convenio colectivo denunciado y vencido. §7. La eficacia retroactiva del convenio colectivo sucesor del denunciado y vencido.

§1. Dada la inconveniencia para el trabajador de que las condiciones reales de trabajo (salario, jornada, permisos, etc.) se petrifiquen con el transcurso del tiempo, se explica que el convenio colectivo —en el que usualmente se regulan dichas condiciones reales de trabajo— tenga el carácter de norma de naturaleza meramente contingente, puesto que —a diferencia de lo que ocurre con la inmensa mayoría de las fuentes normativas laborales— posee una vigencia limitada en el tiempo. Esta vigencia limitada suya es lo que el ET denomina también «ámbito temporal» o duración del convenio colectivo, afirmando que su determinación forma parte del contenido mínimo o necesario de todo convenio colectivo [artículo 85.3.b)]. Siempre según el ET, la regla que preside este tema es la de la libertad de contratación, pues «corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios colectivos, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio» (artículo 86.1).

Este matiz —pactar distintos períodos de vigencia por materias—, cuya redacción se remonta al ET-1980, tenía el sentido originario de preservar el poder adquisitivo de los salarios, posibilitando no sólo su revisión semestral automática, sino incluso la renegociación anual de los mismos; todo ello, en convenios colectivos de dos o más años de duración, que eran negociados entonces en un contexto económico marcadamente inflacionista<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, IELSS (Madrid, 1985), págs. 303 ss.

Ahora bien, precisamente porque el convenio colectivo regula las condiciones reales de trabajo, resultaría igualmente injusto que su vigencia caducase o expirase automáticamente por el mero transcurso del plazo de duración expresamente pactado en el mismo, que en España suele ser de dos, tres o cuatro años. En efecto, si esto último ocurriese, pasarían entonces a aplicarse automáticamente al trabajador condiciones de trabajo mínimas (por ejemplo, el salario mínimo interprofesional o la jornada máxima de trabajo), con el consiguiente caos en la vida de millones y millones de trabajadores, hasta que entrase en vigor —eventualmente meses e, incluso, años después— un nuevo convenio colectivo de sustitución del convenio colectivo caducado o extinto. De ahí que deba existir en el ordenamiento de la negociación colectiva una institución que permita conjugar, a la vez, estas dos necesidades: la de renegociar los convenios colectivos y la de evitar que se produzcan entre tanto vacíos de regulación convencional. Y la institución que lo permite es precisamente la «denuncia» del convenio colectivo.

Sobre el tema, resulta esencial la monografía de A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo* (Madrid, 2000)<sup>2</sup>, que tomo como guía de fondo y forma en el planteamiento de todo lo que sigue<sup>3</sup>.

La conjugación a través de ella de las dos necesidades citadas resulta posible, porque —a diferencia de lo que ocurre en el Derecho común de las obligaciones y contratos, tanto interno como internacional—, la «denuncia» del convenio colectivo se caracteriza por su peculiar eficacia no extintiva del convenio colectivo sobre el que se proyecta. Por ello, de un lado, la «denuncia» permite —como toda «denuncia» contractual— abrir la renegociación del convenio colectivo denunciado, con la finalidad de mejorar para el trabajador su contenido; pero también permite, de otro lado, precisamente por causa de su peculiar eficacia no extintiva, salvaguardar la parte más sustancial del convenio colectivo denunciado —esto es, las condiciones reales de trabajo, integradas en su «contenido normativo»—, que seguirá aplicándose al trabajador hasta la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo de sustitución del denunciado. Tan capital resulta la «denuncia», que cabe incluso periodificar las distintas fases por las que atraviesa el «ámbito temporal»

<sup>2</sup> Ed. Civitas, 233 págs.

<sup>3</sup> También del mismo autor, reafirmando en sus conclusiones, véase «Un supuesto típico de sucesión, por convenio colectivo extraestatutario, de un convenio colectivo estatutario denunciado y vencido», *Actualidad Laboral*, núm. 29 (2002), págs. 629 ss.

o ámbito de vigencia de un convenio colectivo, tomando como protagonista estelar de todas y cada una de ellas precisamente a la «denuncia». Estas fases son cinco, a saber: la del convenio colectivo todavía no denunciado (cfr. *infra*, §2), la del convenio colectivo denunciado pero no denunciado (cfr. *infra*, §3), la del convenio colectivo denunciado pero no vencido (cfr. *infra*, §4), la del convenio colectivo denunciado y vencido (cfr. *infra*, §5), y la de la sucesión del convenio colectivo denunciado y vencido (cfr. *infra*, §6). Complementa el análisis de estas cinco fases el examen de un fenómeno extraordinariamente frecuente en España desde siempre, que es el de la eficacia retroactiva del convenio colectivo sucesor de un convenio colectivo denunciado y vencido (cfr. *infra*, §7).

El reconocimiento de la peculiar eficacia no extintiva que tiene la «denuncia» del convenio colectivo, frente al Derecho común de la propia «denuncia» —e incluso, frente al régimen de la «denuncia» en el contrato de trabajo—, la reconoció por vez primera en España la Orden Ministerial de 21 enero 1974 (artículo 7, párrafo 2º), de desarrollo de la segunda Ley franquista de convenios colectivos de 1973. Se trata de un reconocimiento tardío, pues en Alemania se había producido ya en 1949, en los Estados Unidos de Norteamérica en 1967, y en Francia en 1971<sup>4</sup>.

§2. Una vez que el convenio colectivo de que se trate ha entrado en vigor —normalmente, previa su publicación en el periódico oficial correspondiente<sup>5</sup>—, la primera fase por la que atraviesa su vigencia es la que cabe denominar la fase de convenio colectivo todavía no denunciado. Su duración depende de lo que hayan pactado las partes del convenio en relación con la «denuncia», teniendo en cuenta que el ET obliga a especificar como contenido mínimo o necesario de todo convenio colectivo «la forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo de preaviso para dicha denuncia» [artículo 85.3.d)]. Pues bien, sobre la base de que este «plazo de preaviso» (por ejemplo, tres meses antes de su vencimiento) constituye el límite mínimo para poder denunciar, debe entenderse que el límite máximo del plazo en cuestión (esto es, hasta dónde llega el «antes de») es el de un mes inmediatamente anterior a dicho límite mínimo (siguiendo con el ejemplo mencionado, el convenio que prevé la posibilidad de denunciarlo tres meses antes de su vencimiento, sólo podría denunciarse cuatro meses como máximo antes de dicho vencimiento), supuesto siempre —como es frecuente en España, y al igual que ocurre

<sup>4</sup> Acerca de todo esto, véase A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, cit., págs. 28-34 y 41-43.

<sup>5</sup> Véase *supra*, Tema 29, §6 *in fine*.

en el ejemplo citado— que el convenio colectivo nada hubiese indicado expresamente respecto del límite máximo en cuestión.

Según A. ARUFE VARELA, «si el convenio pudiese ser válidamente denunciado en cualquier momento anterior al citado límite mínimo expresamente convenido —momento que podría ser, incluso, el inmediatamente subsiguiente a la entrada en vigor del convenio mismo—, no podría hablarse propiamente de que el convenio colectivo es un pacto, ni tampoco tendría mucho sentido hablar de que los sujetos colectivos que lo pactaron estuviesen obligados a su cumplimiento»<sup>6</sup>.

Por ello —siempre según el propio autor—, «no parece quedar más remedio que concluir que —aun no expresamente pactado— gravita sobre las partes un límite máximo para denunciar, implícito en el DLRT y en el ET, y coincidente con el mes inmediatamente anterior al límite mínimo que expresamente se hubiese convenido, sobre la triple base: 1) de que el punto de referencia a tomar en consideración sólo puede ser el “plazo de preaviso” —esto es, el límite mínimo— que expresamente obliga el artículo 85.3.d) ET a incluir en todo convenio colectivo; 2) de que el límite máximo debe estar próximo, muy próximo incluso, a dicho punto de referencia, pues —interpretando el artículo 11.c) DLRT— la STC 11/1981, de 8 abril, legitima la huelga “cuando, tras la pérdida de vigencia de un convenio colectivo o en el *período inmediatamente anterior*, se hace necesario negociar un nuevo convenio”; y 3) en fin, de que el artículo 89.2 ET obliga a constituir la comisión negociadora, tras la recepción de la correspondiente comunicación, “en el plazo máximo de un mes”»<sup>7</sup>.

Por ello, la jurisprudencia constitucional califica nuestro sistema de negociación colectiva como «cerrado», «contractual» o estático, frente a los de carácter «dinámico», afirmando lo siguiente: en el «doctrinalmente llamado método “institucional” o “dinámico” de negociación colectiva, en el que —a diferencia del método “contractual” basado en la conclusión directa de acuerdos reguladores “cerrados”, que establecen directamente reglas laborales completas (que es el tradicional entre nosotros y el que refleja el Título III del Estatuto de los Trabajadores)— las partes se limitan a establecer las normas constitutivas y las reglas de procedimiento de órganos cuya función consiste precisamente en regular salarios o condiciones de trabajo a través de resoluciones puntuales, en una contratación que puede calificarse como de “abierta” y no creadora de normas susceptibles de aplicación directa e inmediata»<sup>8</sup>.

Este período —que abarca, por tanto, desde el inicio de su entrada en vigor y hasta que pueda cursarse válidamente la «denuncia», y que suele constituir el grueso del ámbito temporal pactado del convenio colectivo— es un período de plena vigencia tanto del contenido normativo como del contenido obligacional del convenio colectivo. Por ello mismo, es un período de paz laboral<sup>9</sup>, pues durante su transcurso no pueden plantearse ni conflictos colectivos ni huelgas para modificar el contenido

<sup>6</sup> *La denuncia del convenio colectivo*, cit., pág. 46.

<sup>7</sup> *Ibidem*, págs. 47-48.

<sup>8</sup> STC 184/1991, de 30 septiembre; también, STC 213/1991, de 11 noviembre.

<sup>9</sup> Sobre todos los posibles significados de esta última expresión, véase S. DEL REY GUANTER, *Negociación colectiva y paz laboral*, IELSS (Madrid, 1984), págs. 17 ss.



del convenio colectivo<sup>10</sup>. Sí resulta perfectamente concebible, en cambio, que en esta fase puedan plantearse conflictos (individuales o colectivos) sobre interpretación y aplicación de lo pactado, cuya solución —de acuerdo con los términos expresamente previstos al respecto por el propio convenio— es lo que se conoce con el nombre de «administración del convenio colectivo».

Esta expresión procede del Derecho norteamericano, en el que dentro del género «negociación colectiva» (*collective bargaining*) se distingue entre «negociación» en sentido estricto (*negotiation*) y «administración» del convenio colectivo (*administration of the collective bargaining agreement*)<sup>11</sup>.

Nuestra legislación laboral no la utiliza, pero es de uso relativamente corriente tanto en la doctrina científica<sup>12</sup> como en la jurisprudencia laboral ordinaria y constitucional.

En esta última, el precedente fue la STC 73/1984, de 27 junio, según la cual «la distinción que pretenden establecer los demandados tiene sentido cuando se quiere diferenciar entre *negociación* y *administración* del Convenio», dado que: 1) «en este último caso, si lo perseguido fuese la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del convenio, la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto, o la adaptación de su contenido según datos objetivos y prefijados, sólo estarían legitimadas las partes firmantes..., pues se trataría de una actuación interna al Convenio destinada a actualizar la voluntad expresada en él»; pero 2) «cuando, por el contrario, se pretende modificar las condiciones de trabajo pactadas estableciendo nuevas reglas —normas— para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del Convenio, se trata de una negociación, cualquiera que sea el nombre que se le dé, para la que deben aplicarse las reglas generales de legitimación».

Esta última tarea se confía por los convenios colectivos a las legalmente denominadas «comisiones paritarias»<sup>13</sup>. En realidad, se trata de comisiones mixtas paritarias, pues en ellas están representadas ambas partes del convenio, la patronal y la trabajadora (de ahí su carácter mixto), cada una de las cuales ostenta en la comisión una representación par o igual en número de votos (de ahí su carácter paritario). Dada la importancia del cometido de la «administración» del convenio que se les suele encomendar, el ET considera que su creación también tiene el carácter de

<sup>10</sup> Lo confirma expresamente el DLRT, al afirmar que «la huelga es ilegal», entre otros supuestos, «cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por laudo» [artículo 11.c)]; y también, que «no podrá plantearse Conflicto Colectivo de Trabajo para modificar lo pactado en Convenio Colectivo o establecido por un laudo» (artículo 20). Véase *infra*, Tema 32, §4.

<sup>11</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, cit., págs. 2 ss.

<sup>12</sup> Véase J.M. MORALES ORTEGA, *La administración del convenio colectivo*, Civitas (Madrid, 1998), págs. 97 ss. También es de uso corriente en ordenamientos jurídicos muy próximos al nuestro, como demostró en su día J.M<sup>o</sup>. GOERLICH PESET, *La administración del convenio colectivo en el ordenamiento jurídico italiano*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1990), págs. 22 ss.

<sup>13</sup> Véase F.A. ALEMAN PAEZ, *Las comisiones paritarias*, Civitas (Madrid, 1996), págs. 37 ss.

contenido mínimo o necesario del convenio colectivo, debiendo constar en él la «designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas», así como la «determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión» [artículo 85.3.e)]<sup>14</sup>.

Estas comisiones paritarias surgieron espontáneamente en nuestra práctica convencional, incluso ya en la de los años diez y veinte del siglo pasado, y acabaron convirtiéndose en contenido «necesario» del convenio colectivo con la segunda Ley franquista de convenios colectivos de 1973<sup>15</sup>.

Además de en el precepto citado, el ET también alude a ellas en sus artículos 82.3, párrafo 3º (a propósito de las cláusulas de descuelgue salarial), y 91, párrafo 1º (en relación con el «conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos»). Por su parte, la LPL afirma que «cuando en un proceso se discuta sobre la interpretación de un convenio colectivo, el órgano judicial podrá oír o recabar informe de la comisión paritaria del mismo» (artículo 95.2)<sup>16</sup>.

En los convenios colectivos suele pactarse que la intervención de la comisión paritaria constituya trámite previo obligado, sin cuyo agotamiento no cabe plantear conflictos individuales o colectivos jurídicos ante los tribunales laborales. En cuanto que trámite previo al planteamiento de conflictos colectivos jurídicos, la STC 217/1991, de 14 noviembre, convalida —si así se hubiese pactado— su carácter de «requisito preprocesal que luego actúa como presupuesto de admisibilidad de la acción», con la finalidad de contribuir a «superar el papel marginal y secundario que las Comisiones paritarias han tenido tradicionalmente entre nosotros»<sup>17</sup>.

**§3.** La segunda fase por la que puede atravesar el ámbito temporal del convenio colectivo es la que cabe denominar de **convenio colectivo denunciabile pero no denunciado**. Ocurre cuando, a pesar de haber llegado el plazo para poder denunciar (con sus dos límites máximo

<sup>14</sup> Este último inciso se añadió en 1994 al ET-1980, con la finalidad de favorecer la articulación de las comisiones paritarias y los acuerdos interprofesionales sobre solución extrajudicial de los conflictos laborales (cfr. J. MARTINEZ GIRON, «La articulación de las comisiones paritarias y los servicios no estatales de mediación y arbitraje», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 83 [1997], pág. 341).

<sup>15</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, cit., págs. 31 ss.

<sup>16</sup> A sus acuerdos se refiere el Real Decreto 1040/1981, de 22 mayo, afirmando que serán objeto de inscripción en los registros administrativos de convenios colectivos «los acuerdos de las Comisiones Paritarias, en desarrollo de cláusulas determinadas» [artículo 2.e)].

<sup>17</sup> La jurisprudencia laboral confirma lo mismo, pero a propósito de su intervención como trámite previo al planteamiento judicial de conflictos individuales, sobre la base de que el acuerdo de la comisión paritaria (al modo de una mera conciliación o mediación) no tiene carácter vinculante para las partes (cfr. J. MARTINEZ GIRON «Procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos individuales de trabajo: experiencias y perspectivas», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 4 [2000], págs. 349-350). Su actuación estable puede generar doctrina, que presenta en el ámbito de actuación de la propia comisión paritaria un parecido irresistible con la jurisprudencia de los tribunales, como ha demostrado G. DIEGUEZ, «“Jurisprudencia” de las comisiones de interpretación de los convenios colectivos», *Revista de Política Social*, núm. 143 (1984), págs. 7 ss.

y mínimo, recuérdese), no se cursa en tiempo y forma la «denuncia». En este caso, se produce la prórroga automática anual del convenio colectivo en cuestión, afirmando al respecto el ET que, «salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes» (artículo 86.2).

Esta prórroga automática lo es de todo el contenido (normativo y obligacional) del convenio colectivo no temporánea o formalmente denunciado, registrando la jurisprudencia laboral casos de sucesivas prórrogas automáticas que se prolongaron incluso a lo largo de catorce años<sup>18</sup>.

**§4.** La tercera fase por la que puede atravesar el ámbito temporal del convenio colectivo es la que cabe denominar de convenio colectivo denunciado pero no vencido. Presupone que el convenio colectivo haya sido irreprochablemente denunciado en tiempo y forma, y se caracteriza porque durante la misma las partes tienen deber estricto de negociar de buena fe, con todas sus consecuencias (declaración de huelgas, por ejemplo), al objeto de alcanzar un nuevo convenio colectivo de sustitución del denunciado. A ella alude el ET implícitamente, al afirmar que cabe negarse a negociar, entre otros supuestos, «cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido» (artículo 89.1, párrafo 2º); y explícitamente, sobre la base de que el contenido obligacional está ligado al deber de paz laboral, al indicar que «denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales» (artículo 86.3, párrafo 1º).

Cobra así pleno sentido el «plazo de preaviso» para denunciar el convenio colectivo, cuya concreta funcionalidad es la de poder iniciar enseguida las negociaciones del convenio colectivo de sustitución del denunciado —en caso contrario, se trataría de un plazo de meses «virtualmente estéril»—, como expresamente confirman tantos y tantos convenios colectivos, al afirmar que el objetivo de estas negociaciones inmediatas es «concluir las antes del vencimiento del presente Convenio» o «evitar que se produzcan retrasos en la negociación del Convenio»<sup>19</sup>.

Si estas negociaciones fructificasen, dando lugar a un convenio colectivo de ámbito inferior al del convenio denunciado, habría que posponer a la fecha de vencimiento de este último la entrada en vigor del nuevo convenio de ámbito inferior, al efecto de no vulnerar la prohibición de concurrencia de convenios del artículo 84 del ET<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, cit., pág. 105. Por supuesto, deja de haber tales prórrogas si la unidad de negociación colectiva en cuestión debe entenderse definitivamente «abandonada», como en el supuesto de hecho enjuiciado por STS de 11 octubre 2005 (Ar. 8236).

<sup>19</sup> Las citas pertinentes, en A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, cit., págs. 116-117.

<sup>20</sup> *Ibidem*, págs. 126-127, con cita de jurisprudencia laboral al respecto.

§5. Supuesto que haya transcurrido la fase anterior —y por tanto, el período pactado de vigencia del convenio colectivo denunciado— sin que se haya alcanzado un acuerdo de sustitución del mismo, se entra entonces en una cuarta y posible fase, que es la del convenio colectivo denunciado y vencido. En ella, hay que continuar negociando de buena fe, siempre con todas sus consecuencias (posibles huelgas, etc.), al objeto de alcanzar el nuevo convenio colectivo de sustitución del denunciado, cuyas negociaciones habían comenzado en la tercera fase inmediatamente precedente. Ahora bien, con independencia del tiempo que dure, no se produce tampoco aquí para el trabajador ningún vacío de regulación convencional, pues el ET afirma que «la vigencia del contenido normativo del convenio, *una vez concluida la duración pactada*, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio» denunciado, aunque teniendo en cuenta —y ésta es la regla general, también denominada «ultraactividad» o «prórroga voluntaria» del contenido normativo— que «en defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio» (artículo 86.3, párrafo 2º).

El extranjerismo «ultraactividad», relativamente frecuente en nuestras fuentes doctrinales y jurisprudenciales, procede de la jurisprudencia italiana de mediados de los años cincuenta del siglo pasado («*ultrattività*»), que utilizaba esta palabra en relación con la eficacia prorrogada de los convenios colectivos «corporativos» del ordenamiento fascista<sup>21</sup>.

Aunque el ET no hable aquí de «prórroga», la expresión «prórroga voluntaria» se ha popularizado por oposición a la «prórroga automática» del artículo 86.2 del ET, pues —según la jurisprudencia laboral— «no deviene *automática* sino que únicamente se hace efectiva cuando lo hubieran pactado las partes o cuando no existiera pacto sobre este punto»<sup>22</sup>.

§6. La quinta y última fase se produce cuando la negociación colectiva en marcha fructifica, operándose entonces la sucesión del convenio colectivo denunciado y vencido por un nuevo convenio colectivo de sustitución del mismo, que el ET denomina «acuerdo expreso» (artículo 86.3, párrafo 1º). En realidad, dada la eficacia normativa del convenio colectivo, se produce aquí un fenómeno de derogación de normas, por aplicación del principio común «*lex posterior derogat anterior*», al que alude el ET, indicando que «el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan» (artículo 86.4). En este sentido, la libertad de contratación de los nuevos negociadores es total, aunque para empeorar

<sup>21</sup> Sobre todo ello, véase A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, cit., págs. 29-30.

<sup>22</sup> Por todas, STSJ Madrid de 16 julio 1997 (Ar. 2728). Sobre la historia del tema en nuestro Derecho, véase A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, cit., págs. 130 ss.

el convenio anterior —recortando o eliminando los derechos de los trabajadores reconocidos en el mismo— haga falta siempre pacto expreso de disposición sobre tales derechos, pues el ET también afirma que «el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél», de manera que «en dicho supuesto [de disposición expresa] se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio» (artículo 82.4)<sup>23</sup>.

El «acuerdo expreso» de sustitución del convenio colectivo anterior puede ser perfectamente un convenio colectivo «extraestatutario», aunque ese convenio anterior tuviese el carácter de verdadero convenio colectivo «estatutario» (eso sí, supuesto que el «extraestatutario» mejore en su integridad al «estatutario» sustituido)<sup>24</sup>.

§7. También por aplicación de la regla común relativa a que «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario»<sup>25</sup>, cabe asimismo la posibilidad de dotar de eficacia retroactiva al convenio colectivo sucesor del denunciado y vencido, siempre mediante pacto expreso. Se trata de un pacto extraordinariamente frecuente en la práctica convencional, cuya estipulación ampara el tenor del ET allí donde afirma que «el convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes» (artículo 90.4), y respecto del que resulta preciso distinguir su alcance material, su alcance personal y su alcance temporal<sup>26</sup>. Respecto de su alcance material, cabe que la retroacción pactada pueda referirse sólo a alguna materia concreta (por ejemplo, sólo a efectos económicos) o, también, incluso a todo el contenido del convenio sucesor. Respecto de su alcance personal, la retroacción en cuestión beneficia, por supuesto, incluso a aquellos trabajadores cuyo contrato de trabajo se hubiese extinguido durante el período cubierto por la retroacción<sup>27</sup>. Y respecto de su alcance temporal, es claro que la retroacción se extiende durante todo el período de «ultraactividad» o «prórroga voluntaria» del contenido normativo del convenio colectivo sucedido, «por muy largo que en la práctica pudiese resultar este lapso de tiempo, no resultando infrecuente que... cubra períodos de más de un año... o, incluso, de más de dos»<sup>28</sup>.

Evidentemente, no siempre resulta posible hablar de eficacia retroactiva, a todos los efectos, aun cuando se predicase la misma de todo el texto del convenio sucesor. Lo prueba,

<sup>23</sup> Con cita de jurisprudencia laboral al respecto, *ibidem*, págs. 189 ss.

<sup>24</sup> Sobre la imposibilidad de aplicación del «conglobamento» *ex* artículo 3.3 del ET en estos casos, véase *supra*, Tema 3, §3. Sobre la negociación colectiva «extraestatutaria», véase *infra*, Tema 31.

<sup>25</sup> Artículo 2.3 del Código Civil.

<sup>26</sup> Acerca de todo esto, véase A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, cit., págs. 192 ss.

<sup>27</sup> En este sentido, STS de 22 julio 1997 (Ar. 5710).

<sup>28</sup> Véase A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, cit., pág. 209.

por ejemplo, el caso «de las cláusulas convencionales sobre mejoras voluntarias de seguridad social consistentes por lo general en el abono de una indemnización por muerte o incapacidad permanente del trabajador, previéndose la suscripción por el empresario de una póliza de seguro para cubrir tales contingencias, dado que —supuesta siempre la eficacia retroactiva a todos los efectos del correspondiente convenio sucesor— es claro que la entidad tomadora del seguro nunca responderá por acaecimientos anteriores a la fecha de entrada en vigor de la póliza, aunque a la cláusula convencional previendo la suscripción de la misma se le diese efecto retroactivo; todo ello a diferencia, sin embargo, de lo que ocurre en la hipótesis del empresario, que sí respondería en estos casos del pago de la correspondiente indemnización frente a los trabajadores —con independencia de que se hubiese suscrito o no la póliza—, pues la jurisprudencia sólo le viene eximiendo de esta responsabilidad cuando cabe deducir del tenor del convenio sucesor que en él no quiso dársele eficacia retroactiva a la cláusula en cuestión»<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, págs. 201-202.

---

## TEMA 31

### LOS CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. Los tres elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios. §2. Los convenios colectivos «extraestatutarios», de ámbito empresarial, en que falla un solo elemento caracterizador de los convenios colectivos estatutarios. §3. Los convenios colectivos «extraestatutarios», de ámbito sectorial, en los que también falla un solo elemento caracterizador de los convenios colectivos estatutarios. §4. Los convenios colectivos «extraestatutarios» en que fallan dos elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios. §5. Los convenios colectivos «extraestatutarios» en que pueden fallar dos o tres de los elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios. §6. Los convenios colectivos «extraestatutarios» en que fallan los tres elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios. §7. Otros convenios colectivos negociados al margen del Título III del ET.

§1. Los convenios colectivos negociados entre los sujetos que reúnen toda la legitimación exigida por el Título III del ET y, además, elaborados por ellos siguiendo todos los trámites procedimentales del propio Título III, son los **convenios colectivos estatutarios**. Se trata de convenios colectivos que poseen tres elementos caracterizadores, pues a los dos que se acaban de citar —legitimación y procedimiento—, resulta preciso añadir uno más, que incide sobre su eficacia normativa. Y es que los convenios colectivos estatutarios poseen un peculiar tipo de eficacia normativa, que es la eficacia normativa general o «*erga omnes*» (que no habría ningún inconveniente en llamar «total»), a la que se refiere el artículo 82.3, párrafo primero, del ET, cuando afirma que «los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En este «primer párrafo del artículo 82.3 —de tenor inmodificado desde la promulgación del ET-1980— las palabras clave a tener muy en cuenta, a efectos de su exégesis, resultan ser las siguientes. En primer lugar, “regulados por esta Ley”, indicativa de que el precepto se refiere sólo a los convenios colectivos “estatutarios” ... En segundo lugar, “obligan” ..., en el sentido de que los tales convenios poseen eficacia no sólo contractual, sino sobre todo “normativa” ... En tercer lugar, “todos” ..., reveladora de que este concreto tipo de convenios colectivos lo que posee es eficacia normativa “general” o “*erga omnes*”» (cfr. J. MARTINEZ GIRON, «Artículo 82.3, párrafo primero», en E. BORRAJO DACRUZ [Director], *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XII - vol. 1º, EDESA [Madrid, 2001], pág. 39).

La expresión «eficacia *erga omnes*» de los convenios colectivos procede del Derecho fascista italiano de los años veinte del siglo pasado, utilizándola ya la doctrina científica de dicho país en 1927<sup>2</sup>.

La eficacia general o «*erga omnes*» de los convenios colectivos estatutarios españoles es un hecho insólito, en el contexto de los sistemas europeos contemporáneos de negociación colectiva, aunque explicable por inercia respecto de lo ocurrido con la legislación franquista de convenios colectivos<sup>3</sup>.

Intentó romper esta inercia el DLRT<sup>4</sup>, pero el ET-1980 volvió otra vez al planteamiento español de siempre en este punto<sup>5</sup>.

Ahora bien, también pueden existir convenios colectivos negociados y concluidos «al margen de» toda esa regulación legal del Título III del ET<sup>6</sup>. Este fenómeno de la negociación colectiva «al margen de» la ley en principio reguladora de la propia negociación colectiva, lo ha habido siempre en España, existiendo elocuentes pruebas de su carácter tradicional. Hoy, estos otros convenios colectivos son los que se conocen genéricamente con el nombre de **convenios colectivos «extraestatutarios»**, por su contraposición a los convenios colectivos estatutarios, que el propio ET denomina «convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley»<sup>7</sup>.

Entre las pruebas del carácter tradicional en España de la negociación colectiva «al margen de» la ley, cabe citar las siguientes: 1) el que durante los primeros tiempos del

<sup>2</sup> Véase DE LUCA, «Genesi della legge 3 aprile 1926 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro», *Rivista di Diritto Pubblico*, 1927-I, pág. 339; también F. PERGOLESI, «Il carattere giuridico della convenzione collettiva del lavoro», *Rivista di Diritto Pubblico*, 1928-I, pág. 337.

<sup>3</sup> Sobre el tema, véanse E. BORRAJO DACRUZ, «La obligatoriedad de los convenios colectivos de trabajo en el nuevo Derecho español», *Revista de Política Social*, núm. 126 (1980), págs. 19 y ss.; y F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *La adhesión al convenio colectivo*, EGAP (Santiago de Compostela, 1997), págs. 449 y ss.

<sup>4</sup> Y es que su artículo 27 dio nueva redacción al artículo 6 de la segunda ley franquista de convenios colectivos, entonces aún vigente, de 1973, a cuyo tenor «los Convenios Colectivos tienen fuerza normativa y obligan, por todo el tiempo de su vigencia, y con exclusión de cualquier otro, a la totalidad de los empresarios y trabajadores *representados* comprendidos dentro de su ámbito de aplicación»; razón por la cual se sostuvo doctrinalmente en la época que «los sujetos obligados son exclusivamente los que forman parte de la organización pactante, y sólo ellos» (cfr. E. BORRAJO DACRUZ, «La obligatoriedad de los convenios colectivos de trabajo en el nuevo Derecho español», cit., pág. 19).

<sup>5</sup> Téngase en cuenta, según doctrina ejemplar sobre este tema, que la distinción entre convenios colectivos «de eficacia limitada» y convenios colectivos «de eficacia general» estaba ya de algún modo implícita en la LCT-1931 (cfr. *supra*, Tema 7, §6).

<sup>6</sup> La expresión «al margen de la Ley» la utilizó, por vez primera, la doctrina científica francesa de mediados de los años 50 del siglo pasado, al hilo de sentencias de la Sala de lo Social de la Corte de Casación, relativas a ciertos convenios colectivos negociados «*en marge de la loi*» de 23 diciembre 1946, sobre convenios colectivos de trabajo (cfr. J. MARTINEZ GIRON, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social [Madrid, 1985], págs. 349-350).

<sup>7</sup> Cfr. artículo 41.2, párrafo tercero; y también, artículo 92.2, párrafo primero. Además, en la LPL, esta denominación aparece en su artículo 161.1. Sobre los convenios colectivos distintos de estos, asimismo desde una perspectiva diferente de la nuestra, véase R.Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los convenios colectivos irregulares*, CES (Madrid, 1998), págs. 17 y ss.



franquismo, cuando la negociación colectiva estaba expresamente prohibida por el Fuero del Trabajo de 1938 y por la Ley de Reglamentaciones Nacionales de Trabajo de 1942, se negociasen, sin embargo, en las empresas convenios colectivos de aumento de salarios, oportunamente registrados por reiterada jurisprudencia laboral y contencioso-administrativa de la época, la cual calificaba tales acuerdos —dada su falta de publicación— como «pactos [colectivos] *privados*»<sup>8</sup>; y 2) el que durante la vigencia de las dos leyes franquistas de convenios colectivos, promulgadas en 1958 y 1973, continuasen negociándose «al margen de» la «Organización Sindical», única entonces permitida, convenios colectivos de empresa, también registrados por una abrumadora masa de jurisprudencia laboral, y que la doctrina de la época solía denominar «convenios colectivos *impropios*»<sup>9</sup>.

Lo que falla en estos convenios colectivos «extraestatutarios» es alguno de los tres elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios, bien porque se negocian por sujetos sin toda la legitimación estatutaria, bien porque se elaboran sin seguir todos los trámites del procedimiento estatutario, o bien porque carecen de toda la eficacia normativa propia de los convenios colectivos estatutarios, esto es, la eficacia normativa general o «*erga omnes*». Por ello mismo, existe una variadísima tipología de convenios colectivos «extraestatutarios», que puede ser clasificada utilizando como criterio distintivo el del concreto elemento caracterizador que falla. Sobre esta base, puede hablarse, en primer lugar, de convenios colectivos «extraestatutarios» en los que falla un solo elemento (cfr. *infra*, §2 y §3); en segundo lugar, de convenios colectivos «extraestatutarios» en los que fallan dos elementos (cfr. *infra*, §4); en tercer lugar, de convenios colectivos «extraestatutarios» en los que pueden fallar dos o incluso tres elementos (cfr. *infra*, §5); y en cuarto lugar, de convenios colectivos «extraestatutarios» en los que claramente fallan los tres elementos (cfr. *infra*, §6 y §7). Toda esta variadísima tipología se asienta, sin embargo, sobre el mismo común denominador. Y es que, en todos estos casos, se trata siempre de verdaderos convenios colectivos —si es que se maneja un concepto «procesal» de convenio colectivo—, puesto que los litigios sobre su interpretación y aplicación, o sobre su impugnación, pueden perfectamente acceder a los tribunales laborales, al igual que ocurre con los convenios colectivos estatutarios, invocando los artículos 151.1 y 163.1 de la LPL,

<sup>8</sup> Véanse SsTS de 27 mayo 1953 (Ar. 1553), 29 abril 1955 (Ar. 1405) y 6 mayo 1955 (Ar. 1425), y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 octubre 1957 (Ar. 2800). El más antiguo de los pactos colectivos registrados por esta jurisprudencia es «el acuerdo convenio [estipulado en el seno de la Compañía de Tranvías de Barcelona] de 1º de junio de 1946», a que alude la recién citada STS de 27 mayo 1953.

<sup>9</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, cit., págs. 320 y ss.

que expresamente se refieren al «convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia».

Los tres elementos caracterizadores del convenio colectivo estatutario —alguno de los cuales falla en el «extraestatutario»— aparecen bien explicitados en el artículo 91, párrafo tercero, del ET, cuando afirma que el «acuerdo logrado a través de la mediación» y el «laudo arbitral» tendrán «la *eficacia* jurídica y *tramitación* de los convenios colectivos regulados en la presente Ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la *legitimación* que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89 de esta Ley».

§2. Los denominados acuerdos o pactos «de empresa»<sup>10</sup> —negociados usualmente con los representantes legales o unitarios de los trabajadores (y por tanto, con toda la legitimación estatutaria para hacerlo)— son los convenios colectivos «extraestatutarios» jurídicamente más próximos a los convenios colectivos estatutarios, pues en ellos falla uno solo de los tres elementos caracterizadores de estos últimos, dado que se negocian «al margen del» procedimiento de negociación colectiva del Título III del ET (raramente, por ejemplo, llegan a publicarse en periódicos oficiales). Y es que, a pesar de este fallo, la jurisprudencia laboral —sobre todo por la vía del proceso de conflictos colectivos<sup>11</sup>— afirma que se trata de verdaderos convenios colectivos «extraestatutarios», sí, pero que «despliegan una eficacia general o “erga omnes”, dado que la Ley atribuye a tales órganos [esto es, los comités de empresa o delegados de personal] una representación del conjunto de los trabajadores en la empresa o en el centro de trabajo para la defensa de sus intereses, y pese a que dichos Convenios sean celebrados sin los requisitos procedimentales del ET, obligan a la totalidad de los trabajadores representados»<sup>12</sup>. Tras la reforma operada en el ET-1980 por la Ley 11/1994, de 19 mayo, estos acuerdos o pactos de empresa se han visto legalmente muy potenciados, hasta el punto incluso de que no solamente aparecen previstos en el Título I y en el Título II del ET, sino también en

<sup>10</sup> Singular entre la desbordante bibliografía española actual sobre el tema (casi una decena de monografías), véase C. FERREIRO REGUEIRO, «Los acuerdos salariales de empresa», *Dereito. Revista Xurídica da Facultade de Dereito de Santiago de Compostela*, núm. 4 (1995), págs. 225 y ss.

<sup>11</sup> En efecto, la jurisprudencia laboral viene «admitiendo con toda naturalidad el planteamiento de conflictos colectivos relativos a ...[su] interpretación y aplicación ..., presuponiendo lógicamente que se trata de pleitos sobre interpretación y aplicación de “un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia”» (Cfr. J. MARTINEZ GIRON, «La negociación colectiva en la Constitución», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. V [2003], pág. 61).

<sup>12</sup> Cfr. STSJ Galicia de 3 marzo 1994 (Ar. 895). En idéntico sentido, SsTSJ Canarias (Las Palmas) de 20 febrero 2002 (Ar. 2582) y País Vasco de 26 febrero 2004 (Ar. 553).

su Título III, aunque sólo a propósito del denominado «descuelgue salarial» (esto es, la no aplicación en una determinada empresa del régimen salarial previsto en el convenio colectivo sectorial correspondiente, supuesto que su «estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación»), disponiéndose en su artículo 82.3, párrafos segundo y tercero —por tanto, en pleno Título III del ET—, que «la determinación de las nuevas condiciones salariales se producirá mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores»<sup>13</sup>.

En relación con el «descuelgue salarial» —que es contenido necesario o mínimo de los convenios colectivos sectoriales [artículo 85.2.c) del ET]—, existe una aparente contradicción entre el tenor de los párrafos segundo y tercero del artículo 82.3 del propio ET<sup>14</sup>, que la jurisprudencia laboral ha salvado afirmando el carácter subsidiario del artículo 82.3, párrafo tercero, frente a lo dispuesto en el párrafo segundo de este mismo precepto y en el artículo 85.2.c), de manera que: 1) «el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores [ex artículo 82.3, párrafo tercero], sólo es válido ... en defecto de regulación expresa en el convenio colectivo [sectorial]»; y 2) si «ha quedado probado que los afectados ... se rigen por ... Convenio Colectivo Provincial [sectorial] ..., el cual regula el descuelgue ... [carece], por consiguiente, de valor el acuerdo de las partes al respecto por prevalecer la fuerza vinculante del convenio»<sup>15</sup>. De todas maneras, parece prudente no extremar «el carácter subsidiario del citado artículo 82.3, párrafo tercero, sobre todo pensando en los casos —que ya registra nuestra práctica convencional— en los que un convenio colectivo sectorial se limita pura y simplemente a prohibir el descuelgue»<sup>16</sup>.

Aparte esta alusión a los acuerdos o pactos de empresa contenida en su Título III, el propio ET también alude a los mismos en su Título I (artículos 22.1, 24.1, 29.1, párrafo tercero, 31, párrafo primero, 34.2, 34.3, párrafo segundo, 40.2, 41.4, 44.4, 44.9 y 51.4) y en su Título II (artículo 67.1, párrafo quinto). Respecto del acuerdo alcanzado en expedientes de regulación de empleo, la jurisprudencia laboral unificada afirma que nos encontramos «ante un pacto o convenio impropio, fuera del convenio estatutario, pero que era un producto de la negociación colectiva constitucionalmente reconocida en el artículo 37 de la Constitución»<sup>17</sup>. Una STS de 11 mayo 2004 (Ar. 5157) confirma no sólo la eficacia normativa general de estos acuerdos o pactos de empresa, sino incluso —en el caso contemplado por el artículo 41.2, párrafo tercero, del ET— la posibilidad de que lleguen a empeorar (respecto del «horario», «régimen de trabajo

<sup>13</sup> Véase, con toda la historia del tema, C. AGUT GARCIA, *La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo blanch (Valencia, 1999), págs. 21 y ss.

<sup>14</sup> Según el párrafo segundo, «los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establecerán las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación». Lo cual parece ser contradicho por el párrafo tercero, que establece el procedimiento a seguir «si dichos convenios colectivos *no contienen* la citada cláusula de inaplicación».

<sup>15</sup> En este sentido, por ejemplo, STSJ Comunidad Valenciana de 1 abril 1998 (Ar. 1944).

<sup>16</sup> Cfr. J. MARTINEZ GIRON, «Artículo 82.3, párrafos segundo y tercero», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XII-vol. 1º, cit., pág. 46.

<sup>17</sup> Al respecto, STSud (Sala General) de 21 enero 1997 (Ar. 622).

a turnos», «sistema de remuneración» y «sistema de trabajo y rendimiento») la regulación contenida en un verdadero convenio colectivo estatutario.

Por supuesto, la relación de acuerdos o pactos de empresa que contiene el articulado del ET carece de todo carácter exhaustivo, puesto que otros supuestos distintos aparecen mencionados en normas legales distintas del propio ET<sup>18</sup> e, incluso, en normas reglamentarias<sup>19</sup>.

**§3.** Al igual que en estos acuerdos o pactos colectivos «empresariales», en los convenios colectivos sectoriales del deporte profesional también falla uno solo de los tres elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios. En efecto, en cuatro de estos importantísimos sectores económicos y de creación de empleo —que son las dos divisiones integradas en la liga de fútbol profesional, la liga ACB del baloncesto profesional, la liga ASOBAL del balonmano profesional y, por último, la actividad del ciclismo profesional—, los correspondientes convenios colectivos sectoriales se negocian, del lado de los trabajadores, por sindicatos (por ejemplo, la Asociación de Futbolistas Españoles o AFE, en el caso de los futbolistas de la primera y segunda divisiones del fútbol profesional) carentes de la representatividad exigida por el Título III del ET (y medida, como se sabe, por el porcentaje de delegados de personal y miembros de comités de empresa que ostenten en el sector en cuestión los sindicatos), puesto que los deportistas profesionales (sean futbolistas, baloncestistas, jugadores de balonmano o ciclistas) no celebran elecciones en sus clubes para elegir semejantes órganos de representación unitaria. Y a pesar de ello, son convenios colectivos sectoriales tramitados siguiendo el procedimiento establecido en el Título III del ET —como es lógico, se publican en el BOE— y que poseen, incluso, una eficacia normativa que no queda más remedio que calificar de general —tal y como la concibe el artículo 82.3 del ET (relativo, recuérdese, a que los convenios colectivos estatutarios «obligan a *todos* los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación»)—, reconociendo la jurisprudencia laboral este último extremo, al afirmar —por ejemplo, respecto del baloncesto profesional— que «la Asociación de Baloncestistas Profesionales —en siglas ABP— a la que están afiliados la *totalidad* de los jugadores de Baloncesto profesionales, suscribió, en su condición de sindicato, el 8-11-93, con la Asociación de Clubes de Baloncesto —en siglas ACB— organización patronal en la que están integrados *todos* los

<sup>18</sup> Véase, por ejemplo, artículo 125.a) de la LPL.

<sup>19</sup> Véanse, por ejemplo, artículos 7, 22.2 y 23.2 del Real Decreto 1561/1995, de 21 septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

Clubs de Baloncesto profesionales en España, el denominado entre las partes II Convenio Colectivo que fue *publicado en el BOE de 13-2-94*»<sup>20</sup>.

Además de este convenio colectivo relativo al baloncesto profesional, los otros tres convenios colectivos vigentes en estos sectores son los siguientes: 1) el convenio colectivo del balonmano profesional, suscrito con fecha de 16 marzo 1998, de una parte, por la Asociación de Clubes Españoles de Balonmano (ASOBAL), y de otra, por la Asociación de Jugadores de Balonmano (ABM); 2) el convenio colectivo para el fútbol profesional (Divisiones primera y segunda «A»), suscrito con fecha de 25 mayo 1998, de una parte, por la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP), y de otra, por la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE); y 3) el convenio colectivo para la actividad del ciclismo profesional, suscrito con fecha de 18 abril 2006, de una parte, por la Asociación de Equipos de Ciclismo Profesional (ECP), y de otra, por la Asociación de Ciclistas Profesionales (ACP)<sup>21</sup>.

Sobre su ámbito de aplicación y su eficacia, por ejemplo, el convenio colectivo citado para el fútbol profesional dispone que «el presente convenio colectivo será de aplicación a *todos* los futbolistas profesionales, clubes o sociedades anónimas deportivas del Estado español, establecidos o que se establezcan durante su vigencia» (artículo 3).

A pesar de su carácter «extraestatutario», la normativa reglamentaria reguladora de la relación laboral de carácter especial de los deportistas profesionales —como se sabe, el Real Decreto 1006/1985, de 26 junio— se refiere a estos convenios colectivos con toda normalidad, efectuando hasta un total de diez remisiones a los mismos, indicando, por ejemplo, que «la retribución de los deportistas profesionales será la pactada en convenio colectivo o en contrato individual» (artículo 8.1).

**§4.** Los convenios colectivos «extraestatutarios» que se estipulan como consecuencia del fracaso de la negociación de los convenios colectivos estatutarios son, sin duda, los que poseen un parecido más claro con estos últimos, al menos desde un punto de vista formal (esto es, si se atiende sólo al parecido externo entre unos y otros). Constituyen, por ello mismo, la especie más llamativa dentro del género de la negociación colectiva «extraestatutaria». Y esto explica —sobre la base, además, de que pueden ser tanto empresariales como sectoriales— que se identifique tantas y tantas veces esta concreta especie de convenios colectivos «extraestatutarios» con todo el género, por lo que cabe denominarlos incluso **convenios colectivos «extraestatutarios» típicos**.

Tan típicos que el precedente judicial absoluto sobre ellos es inmediatamente subsiguiente a la entrada en vigor del ET-1980. Se trata de una STCT de 20 diciembre 1980 (Ar. 6779), referida al «Convenio Colectivo de empresa firmado entre la Diputación [de

<sup>20</sup> Cfr. STS de 29 abril 2003 (Ar. 4073).

<sup>21</sup> Sobre todos estos convenios colectivos, con más detalle, véase A. ARUFE VARELA, «Reflexiones acerca de la estructura de la negociación colectiva en el ámbito del deporte profesional», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1999), págs. 147 y ss.

Madrid] y la representación de UGT en la misma en 14 abril 1980», resultando que «de 141 miembros integrantes de los comités de empresa de la Diputación, tan solo eran afiliados a [UGT]... 30, esto es, un 21,27 por 100 del total». A pesar de ello, se sostuvo en este caso la validez del convenio colectivo en cuestión, «en cuanto pacto colectivo de eficacia limitada, suscrito al margen del Estatuto».

Son convenios colectivos en los que fallan dos de los tres elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios. En efecto, se negocian por sujetos —normalmente, sindicatos— carentes de toda la legitimación requerida por el Título III del ET para negociar, bien convenios colectivos empresariales, bien convenios colectivos sectoriales. Como consecuencia de esta falta, falla asimismo la eficacia (general o *erga omnes*, recuérdese) que el Título III del ET asigna a los convenios colectivos estatutarios, puesto que estos otros convenios colectivos sólo poseen eficacia normativa «limitada», al aplicarse únicamente a los trabajadores y empresarios afiliados a los concretos sujetos colectivos pactantes, pero no a todos los demás. Pero no falla, en cambio, el elemento relativo a la tramitación, pues se registran y se publican en periódicos oficiales como si fuesen verdaderos convenios colectivos estatutarios. La jurisprudencia laboral fuerza incluso el que no falle este tercer elemento caracterizador, al negar la posibilidad de que la autoridad laboral pueda impugnar de oficio estos convenios colectivos «extraestatutarios» en que faltan los otros dos elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios<sup>22</sup>.

Sobre esta especie de convenios colectivos «extraestatutarios» el TC habla, con naturalidad, de «los que la jurisprudencia y la doctrina han venido en denominar pactos extraestatutarios o de eficacia limitada», los cuales «se encuentran amparados por el artículo 37 CE ..., carecen de eficacia personal “erga omnes”, y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias»<sup>23</sup>.

La eficacia «limitada» de estos convenios colectivos «extraestatutarios» es verdadera eficacia normativa<sup>24</sup>. Y de ahí el automatismo de su aplicación a los afiliados a los sujetos colectivos que los pactan<sup>25</sup>, frente a la necesidad de «adhesión» individual por parte de los no afiliados, si es que también pretendiesen quedar comprendidos dentro de su ámbito<sup>26</sup>;

<sup>22</sup> Por todas, véase STS de 4 diciembre 2000 (Ar. 2055 de 2001).

<sup>23</sup> Cfr. STC 121/2001, de 4 junio.

<sup>24</sup> Acerca de «los equívocos de la tesis jurisprudencial sobre la eficacia contractual de los convenios colectivos extraestatutarios», véase F. VALDES DAL-RE, *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, ACARL (Madrid, 1988), págs. 49 y ss.

<sup>25</sup> Rotunda, al respecto, véase STSJ Castilla y León (Valladolid) de 13 marzo 2006 (Jur. 110264).

<sup>26</sup> Sobre las diversas modalidades de dicha «adhesión» individual, últimamente véase STSJ Galicia de 30 junio 2004 (Ar. 2526), y las que cita. Un tratamiento doctrinal impecable del tema, en F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *La adhesión al convenio colectivo*, cit., págs. 535 y ss.

automatismo que no puede explicarse sólo con el nudo amparo del tenor del artículo 1257 del CC —los afiliados al sindicato pactante no son ni «herederos» suyos, ni tampoco «terceros»—, o sólo con el nudo vínculo asociativo entre sindicato y afiliados, rigiendo respecto de esta especie de convenios colectivos «el gráficamente llamado principio de la “doble pertenencia”, pues requiere que tanto la empresa como los trabajadores estén representados por quienes participan en la mesa negociadora»<sup>27</sup>. La jurisprudencia laboral viene a reconocer, además, que en estos convenios colectivos cabe distinguir eficacia normativa limitada y eficacia contractual u obligacional asimismo limitada, pues en ellos resulta posible pactar cláusulas de renuncia a la huelga durante su vigencia, precisamente porque son verdaderos convenios colectivos y no meros contratos individuales de trabajo<sup>28</sup>.

Dada la proliferación del fenómeno —que podría arrumbar incluso la propia negociación colectiva estatutaria—, la jurisprudencia laboral tiende a contemplarlo últimamente con una cierta prevención. En esta línea, se ha declarado que «en el orden jerárquico de la relación laboral previsto en el artículo 3 del ET, el puesto que corresponde al pacto colectivo extraestatutario será sin duda el tercero, es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito subjetivo no sea individual», de manera que «la conclusión que se obtiene de este razonamiento es que el pacto extraestatutario no puede contradecir las cláusulas del convenio colectivo de eficacia general»<sup>29</sup>. Y también se ha declarado, además, que «cuando la ley contempla un efecto tan excepcional como el desplazamiento de una norma legal por una norma convencional que permite el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores [a propósito de la modalización del régimen del contrato de trabajo eventual por medio de “convenio colectivo sectorial”], hay que entender que se está refiriendo a un desplazamiento que tiene que realizarse necesariamente a través de un convenio estatutario, que es el único que garantiza tanto la representatividad de los sujetos negociadores que acuerdan una medida de tanta trascendencia, como la eficacia general y normativa de la regla que ha de susituir a la regulación legal»<sup>30</sup>.

Respecto de esta importante especie de convenios colectivos «extraestatutarios» resultó decisiva en su día la STC 108/1989, de 8 junio —que es una sentencia clave en materia de negociación colectiva «extraestatutaria»—, cuya doctrina acabó obligando al legislador ordinario, como era lógico, a reconocer expresamente la licitud del fenómeno. El reconocimiento en cuestión —y por tanto, la legalización de los convenios colectivos «extraestatutarios» típicos— se produjo sólo un año después, al promulgarse en 1990 nuestra sexta Ley de Procedimiento Laboral. En la actualidad y en la misma línea, la vigente LPL menciona hasta por dos veces dicha clase de convenios colectivos, al afirmar que cabe tramitar a través del proceso laboral especial de

<sup>27</sup> Por todas, STSJ Madrid de 8 julio 2003 (Jur. 260262).

<sup>28</sup> Al respecto, véase STS de 1 marzo 2001 (Ar. 2829). Acerca de ella, véase A. ARUFE VARELA, «Un supuesto típico de sucesión, por convenio colectivo extraestatutario, de un convenio colectivo estatutario denunciado y vencido. A propósito de una STS de 1 marzo 2001», *Actualidad Laboral*, núm. 29 (2002), págs. 629 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. STS de 18 febrero 2003 (Ar. 3372).

<sup>30</sup> Cfr. STS de 18 noviembre 2003 (Ar. 504 de 2004).

conflictos colectivos las demandas que «afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de ... Convenio Colectivo, *cualquiera que sea su eficacia*» (artículo 151.1), y además, que también cabe impugnar por los trámites de ese mismo proceso «un convenio colectivo, *cualquiera que sea su eficacia*» (artículo 163.1).

Dada la citada legalización, la jurisprudencia laboral ordinaria afirma ahora respecto de los convenios colectivos «extraestatutarios» típicos, sin ningún pudor, que su presencia «estaba implícita en el texto del ET [de 1980], al referirse en el artículo 82.3, a los convenios colectivos *regulados por esta Ley...*, expresión que supone reconocer la existencia de convenios colectivos no regulados en el Estatuto»<sup>31</sup>.

La STC 108/1989 alude a un supuesto de libro, puesto que se trataba de un convenio colectivo «extraestatutario» típico de ámbito sectorial, nacido «en el contexto de las conversaciones preliminares para la negociación del Convenio de eficacia general». En ella se afirma, además, que si la comisión «negociadora no llegó a constituirse formalmente no fue como consecuencia de fraude o acto de fuerza [contrario a la buena fe negocial], sino resultado de la discrepancia existente entre los dos sindicatos predominantes en el sector». Se afirma, asimismo, que se trataba «de un episodio simplemente ocasional, puesto que ... tanto el año anterior como el subsiguiente ...[se había pactado] el convenio colectivo de eficacia general, incluso aceptando las cláusulas que habían sido contenidas en el convenio colectivo [«extraestatutario» típico] de eficacia limitada».

La doctrina sentada por la STC 108/1989 —con el precedente remoto de la STC 73/1984, de 27 junio<sup>32</sup>— fue preparada, de un lado, por la STC 58/1985, de 30 abril, en la que se rebajó la importancia del ET en cuanto que norma reguladora de la negociación colectiva (a pesar de tratarse, aparentemente, de la «Ley» a que remitía el artículo 37.1 de la CE)<sup>33</sup>; y de otro lado, por la STC 98/1985, de 29 julio —relativa a la constitucionalidad del entonces proyecto de LOLS—, en la que se afirma que cabía perfectamente «una negociación común de eficacia limitada», y además, que «la negociación de eficacia reducida se reconoce a todo sindicato».

**§5.** Un cuarto tipo de convenio colectivo «extraestatutario» es aquél en que pueden llegar a fallar dos o tres de los elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios. Es el caso de los pactos colectivos de fin de huelga a que se refiere el artículo 8.2 del DLRT, puesto

<sup>31</sup> Por todas, STSud de 30 noviembre 1998 (Ar. 10047). Téngase en cuenta que el artículo 90.1 del ET también afirma que «los convenios colectivos a que se refiere esta Ley han de efectuarse por escrito, bajo sanción de nulidad».

<sup>32</sup> En ella se habla de la «legítima opción legislativa a favor de un Convenio Colectivo dotado de eficacia personal general, que en todo caso no agota la virtualidad del precepto constitucional», esto es, del artículo 37.1 de la CE.

<sup>33</sup> En ella se afirmó que «lo que no resulta posible ... es asimilar las relaciones entre Ley y Convenio a las que se instauran entre norma delegante y norma delegada», pues «la facultad que poseen “los representantes de los trabajadores y empresarios” (artículo 37.1 de la CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional».



que se negocian sin observar las reglas procedimentales establecidas en el Título III del ET, por sujetos distintos de los legitimados para concluir un convenio colectivo estatutario —visto que se estipulan, del lado de los trabajadores, por el comité de huelga—, pudiendo fallar asimismo el elemento relativo a la eficacia general (a pesar de que el citado artículo 8.2 del DLRT afirma que este pacto tendrá «la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo»), supuesto que los sujetos pactantes no posean toda la legitimación requerida para negociar un convenio colectivo de conformidad con el Título III del ET. Lo mismo puede ocurrir en el caso de los acuerdos conciliatorios alcanzados en conflicto colectivo jurídico, a los que se refiere expresamente el artículo 154.2 de la LPL, pues aunque este precepto afirma que «lo acordado en conciliación tendrá la misma eficacia atribuida a los convenios colectivos por el artículo 82 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», la jurisprudencia laboral sostiene que «deben concurrir la *legitimación* y el quórum necesario para que el acuerdo alcance ese grado de eficacia, aparte de otras *formalidades* como la escritura y la publicación»<sup>34</sup>; razón por la cual, si falla uno sólo de estos dos elementos, falla también el elemento relativo a la eficacia, pero si fallan dichos dos elementos, entonces no queda más remedio que concluir que se trata de convenios colectivos «extraestatutarios» en los que fallan los tres elementos caracterizadores de los convenios colectivos estatutarios.

Respecto de estos acuerdos conciliatorios, la jurisprudencia laboral afirma que si el acuerdo —alcanzado en conflicto colectivo jurídico sobre la aplicación e interpretación de cierto convenio colectivo estatutario empresarial— aparece «concertado por la empresa en su propio interés, dos sindicatos y una sección sindical en representación de los trabajadores», habida cuenta que «los sindicatos carecen de legitimación para negociar a ese nivel y la sección sindical no representaba la mayoría necesaria», es por lo que «carece de la eficacia general que los negociadores pretendieron reconocerle»<sup>35</sup>.

Respecto de los pactos de fin de huelga la jurisprudencia laboral insiste en la «diferenciación entre Convenio Colectivo estatutario, y pacto que pone fin a una huelga iniciada bajo su vigencia», pues «convenio y pacto —en conformidad a su diferente etiología, naturaleza y finalidad— tienen autonomía propia e independiente y no se encuentran en su desarrollo mutuamente condicionados»<sup>36</sup>; o también, que «ambas manifestaciones de la negociación entre interlocutores sociales, son sin embargo instrumentos jurídicos y resultados negociales distintos, en cuanto a las formalidades, exigencias de legitimación o contenido»<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. STS de 26 septiembre 2002 (Ar. 10658).

<sup>35</sup> *Ibidem*. En este proceso de impugnación de convenio colectivo, actuaron como demandantes un sindicato y el comité de empresa.

<sup>36</sup> Cfr. STS de 2 noviembre 1999 (Ar. 9183).

<sup>37</sup> Cfr. STSJ Castilla-La Mancha de 27 octubre 2005 (Ar. 3192).

§6. Una quinta especie de convenios colectivos «extraestatutarios» está representada por los que cabe denominar *convenios colectivos microempresariales*. En efecto, se trata de convenios colectivos de ámbito empresarial, pero negociados en empresas carentes —por su reducido tamaño— de representantes legales o unitarios de los trabajadores, que es el caso de todas las empresas con menos de seis trabajadores<sup>38</sup>; y por tanto, se trata de convenios colectivos en los que falla la legitimación (pues se negocian por el empresario directamente con el conjunto de sus trabajadores) y en los que también falla, como consecuencia de ello, el procedimiento (pensado sólo para que intervengan, en sus diversos trámites, los representantes legales o sindicales de los propios trabajadores, pero no estos últimos actuando por sí mismos). A pesar de todos estos fallos, la jurisprudencia laboral —supuesto que no existiese ningún ánimo fraudulento, ni en el empresario ni en el conjunto de su reducida plantilla de trabajadores<sup>39</sup>— ha confirmado que se trata de verdaderos convenios colectivos «extraestatutarios», en los que —a diferencia de los acuerdos o pactos de empresa en sentido estricto— también falla aquí el tercer elemento caracterizante, relativo a la *eficacia*, puesto que poseen una eficacia normativa que en modo alguno es la general o «*erga omnes*» propia de los convenios estatutarios y de los antes citados acuerdos o pactos de empresa «extraestatutarios», dado que este otro tipo de «convenio colectivo extraestatutario ... [tiene] eficacia limitada, pues sólo afecta a quienes lo firmen ..., pero no a otros hipotéticos trabajadores futuros que pudieran vincularse a la empresa», lo cual «impide reconocer a tales pactos eficacia “*erga omnes*”, que es lo que caracteriza al Convenio estatutario»<sup>40</sup>.

Evidentemente, resulta errónea la doctrina deducible de una STCT de 9 mayo 1989 (Ar. 209), admitiendo a trámite la «impugnación por la autoridad laboral de un “convenio colectivo” suscrito por cierto empresario de panadería con su *único* trabajador», por encontramos aquí en presencia no de un pacto colectivo (ni siquiera «extraestatutario»), sino de un mero acuerdo individual<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Véase A. ARUFE VARELA, «Los representantes legales o unitarios “extraestatutarios” de los trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 127 (2005), pág. 301.

<sup>39</sup> Sobre el fenómeno de la negociación individual seriada o en masa, y su carácter de práctica empresarial antisindical, véase *supra*, Tema 28, §2.

<sup>40</sup> Cfr. SsTSJ Andalucía (Sevilla) de 7 diciembre 1999 (Ar. 539 de 2000) y de 23 mayo 2000 (ar. 4643), rectificando y mejorando la doctrina, parcialmente errónea, de STSJ Aragón de 26 enero 1994 (Ar. 34).

<sup>41</sup> Sobre el tema, véase F.J. GOMEZ ABELLEIRA, «La negociación colectiva en empresas sin representantes legales de los trabajadores, en especial tras la reciente reforma del mercado de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 70 (1995), pág. 243, nota 92.

«El argumento legal más contundente para reconocer el derecho a negociar colectivamente en empresas sin representantes legales de los trabajadores, a través justamente de procedimientos extravagantes, es el que se desprende de la ley reguladora del derecho de huelga»<sup>42</sup>.

§7. Por supuesto, existen en España otros convenios colectivos también negociados al margen de la regulación contenida en el Título III del ET, aunque ya no quepa calificarlos de verdaderos convenios colectivos «extraestatutarios». Es el caso, por ejemplo, de los «pactos» y «acuerdos» a que se refiere el artículo 35 de la Ley 9/1987, de 12 junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas<sup>43</sup>. Se trata de «pactos» y «acuerdos» colectivos —el artículo en cuestión está encuadrado en un Capítulo de la Ley 9/1987, que tiene la rúbrica «De la *negociación colectiva* y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo»<sup>44</sup>—, pero que afectan al personal no laboral (por ejemplo, funcionarios públicos) al servicio de las diversas Administraciones públicas. Por ello mismo, se trata de un fenómeno ajeno a la verdadera negociación colectiva laboral —única expresamente mencionada por el artículo 37.1 de la CE (recuérdese, «la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva *laboral* ...»)—, sea estatutaria o «extraestatutaria». En cualquier caso, respecto de los «pactos» y «acuerdos» colectivos negociados por las Administraciones públicas sanitarias y por los sindicatos representantes del personal «estatutario» al servicio de dichas concretas Administraciones públicas, una reiteradísima jurisprudencia laboral vino confirmando —hasta la entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, aprobando el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, momento en que estos pleitos pasaron a ser de competencia de los tribunales contencioso-administrativos<sup>45</sup>— que se trataba de verdaderos convenios colectivos, puesto que su interpretación y aplicación accedía a los tribunales laborales por la vía del artículo 151.1 de la LPL, relativo (recuérdese, una vez más) a la interpretación y aplicación de un «convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia».

<sup>42</sup> *Ibidem*, págs 235-236.

<sup>43</sup> La exégesis clásica de la primera versión de esta Ley la efectuó S. DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Ministerio de las Administraciones Públicas (Madrid, 1988), págs. 23 y ss.

<sup>44</sup> Véase J.J. FERNANDEZ DOMINGUEZ y S. RODRIGUEZ ESCANCIANO, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Cedecs (Barcelona, 1996), págs. 19 y ss.

<sup>45</sup> Véase *supra*, Tema 4, §6.

Por tanto, respecto de este personal estatutario, rige ahora la doctrina tradicional del TS —relativa al personal funcionario en sentido estricto—, según la cual aquí «no hay ... un convenio colectivo, siquiera sea extraestatutario, susceptible de impugnación autónoma, sino un Acuerdo específico de la función pública, acogido al régimen de la Ley 9/1987», cuya impugnación «debe hacerse ante los tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa»<sup>46</sup>.

Según la Ley 9/1987 —que ha sido recientemente modificada, al efecto de posibilitar la concertación social en el conjunto de las diversas Administraciones públicas, mediante la creación de «Mesas Generales de Negociación»<sup>47</sup>—, «los Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y vincularán directamente a las partes» (artículo 35, párrafo segundo); en cambio, «los Acuerdos versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejo de Gobierno de Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales», teniendo en cuenta que «para su validez y eficacia será necesaria la aprobación expresa y formal de estos órganos en su ámbito respectivo» (artículo 35, párrafo tercero).

Tampoco pueden calificarse como convenios colectivos «extraestatutarios» los convenios colectivos extranjeros de que eventualmente puedan llegar a conocer nuestros tribunales laborales. Lo confirma la jurisprudencia, al declarar —respecto de cierto convenio colectivo concluido por UGT con sujeción a la legislación laboral de las Islas Bahamas— que estos convenios colectivos no tienen «carácter estatutario o extraestatutario, simplemente porque esas calificaciones son propias de la legislación española, que en este aspecto resulta inaplicable», puesto que «si lo fuese, se llegaría al absurdo de que cualquier acuerdo colectivo extranjero, válido y eficaz conforme al derecho extranjero, sería tratado como extraestatutario en España»<sup>48</sup>. Por cierto, en el Derecho «extranjero» continental europeo es moneda corriente el reconocimiento expreso de la verdadera eficacia «normativa» que poseen los convenios colectivos, aun careciendo de lo que en España denominaríamos eficacia general o «*erga omnes*», como ocurre paradigmáticamente en el caso del Derecho alemán, en donde los convenios colectivos poseen como regla eficacia limitada<sup>49</sup>, lo que no impide que el mismísimo Código Civil alemán de 1896 hable de «los derechos y deberes ... regulados por medio de las normas jurídicas de un convenio colectivo [*durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags*]» (párrafo 613.a).

<sup>46</sup> Cfr. STS de 24 enero 1995 (Ar. 1523).

<sup>47</sup> Al respecto, véase su disposición adicional sexta, añadida a la misma por la Ley 21/2006, de 20 junio.

<sup>48</sup> Al respecto, véase STSJ Galicia de 26 abril 2004 (Ar. 3077).

<sup>49</sup> Últimamente, véase O.E. KEMPEN y U. ZACHERT, *Tarifvertragsgesetz*, 4ª ed., Bund-Verlag (Frankfurt a.M., 2006), págs. 801 y ss.

---

**TEMA 32**

**LOS DERECHOS DE HUELGA Y DE CIERRE PATRONAL**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. Las fuentes reguladoras del derecho de huelga. §2. La titularidad individual y el ejercicio colectivo del derecho de huelga. §3. El desarrollo de la huelga. §4. Las huelgas ilegales y las huelgas abusivas. §5. Los efectos de la huelga sobre el contrato de trabajo y la relación de Seguridad Social. §6. Las huelgas en servicios esenciales de la comunidad. §7. El derecho de cierre patronal.

§1. El derecho de huelga es un derecho constitucional regulado en el artículo 28.2 de la CE, en el que se afirma que «se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses» (inciso 1º), y además, que «la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad» (inciso 2º).

En la época en que la CE se promulgó, se debatían doctrinalmente dos modelos teóricos distintos de regulación del derecho de huelga: el «extensivo» (cuya vertiente más extremosa calificaba la huelga como derecho polivalente, multidimensional y de eficacia *erga omnes*), en el que se desconectaba el derecho de huelga del derecho de negociación colectiva, y el «restrictivo» o «contractual», que consideraba la huelga un mero derecho instrumental respecto del derecho de negociación colectiva. La ubicación del derecho de huelga en la CE, al margen de la regulación constitucional del derecho de negociación colectiva (artículo 37.1), confirma que nuestro modelo constitucional de huelga no es precisamente el «contractual»<sup>1</sup>.

Dada su privilegiada ubicación sistemática en la CE —entre los derechos susceptibles de recurso de amparo, ante el TC—, se trata de un precepto que sólo podía desarrollarse por medio de ley «orgánica». Ahora bien, esta última norma nunca ha llegado a promulgarse, aunque las Cortes Generales estuvieron a punto de hacerlo en 1993. Y por eso, todavía

---

<sup>1</sup> Sobre esto, véase J. MARTINEZ GIRON, «La negociación colectiva en la Constitución», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. V (2003), págs. 47-48.

continúa vigente el DLRT, en el que sus artículos 1 a 11 —que conforman el capítulo I de su Título I— regulan justamente «La huelga»<sup>2</sup>.

En la primavera de 1992 el Gobierno remitió al Congreso de los Diputados un proyecto de ley orgánica para la regulación del derecho de huelga, a consecuencia del caos provocado en Madrid por huelgas no controladas por las grandes centrales sindicales más representativas de ámbito estatal. Tras una accidentadísima tramitación parlamentaria, el Pleno del Senado llegó a votar y aprobar en la primavera de 1993 un proyecto de ley consensuado por el grupo parlamentario socialista con UGT y CCOO, pero muy distinto del «primitivo» proyecto gubernamental<sup>3</sup>. Aunque faltaban pocas semanas para que —previa votación definitiva en el Congreso— llegase a promulgarse por fin dicha ley, lo cierto es que el proyecto de ley orgánica en cuestión caducó, pues el Gobierno disolvió las Cortes Generales y convocó elecciones anticipadas para el domingo 6 junio 1993<sup>4</sup>.

La privilegiada ubicación sistemática del derecho de huelga en la CE explica, sin duda, que el Código Penal considere delito la conducta de «los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga» (artículo 315.1)<sup>5</sup>.

La vigencia de estos preceptos del DLRT —que es, por razón de su fecha (4 marzo 1977), un Real Decreto-ley no sólo anterior a la CE, sino incluso anterior a las primeras elecciones democráticas (15 junio 1977) que hubo en España, tras el franquismo— se explica, por causa de que su tenor fue constitucionalmente depurado, vía recurso de inconstitucionalidad, por la trascendental STC 11/1981, de 8 abril. En el fallo de esta densísima sentencia —cuyos veintisiete fundamentos jurídicos constituyen casi un tratado de Derecho colectivo del Trabajo— se declararon parcialmente inconstitucionales o se fijó la interpretación que constitucionalmente merecían los artículos 3, 5, 6, 10 y 11 del DLRT. Pero en ella se afirma rotundamente, también, que «la regulación legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida en el mencionado Real Decreto-Ley, en cuanto no sea contrario a la Constitución y en tanto no se dicte una nueva regulación por medio de Ley Orgánica» (FJ 6º).

Comparada con la jurisprudencia constitucional sobre libertad sindical, la jurisprudencia del TC sobre el derecho de huelga —dictada por la vía del recurso de amparo— es mucho

<sup>2</sup> Véase Reflexión general y con perspectiva, siempre sugerente, en A. BAYLOS GRAU, «El derecho de huelga», en el Vol. *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 585 ss.

<sup>3</sup> Véase M. ALONSO OLEA, «Sobre el caducado Proyecto de Ley de Huelga», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 59 (1993), págs. 337 ss.

<sup>4</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «Reflexiones sobre el cierre patronal y la huelga como formas de lucha ritual», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 3 (1999), pág. 760.

<sup>5</sup> Sobre el tema, véase A. BAYLOS GRAU y J. TERRADILLOS, *Derecho Penal del Trabajo*, 2ª ed., Trotta (Madrid, 1997), págs. 156 ss.

menos abundante, pudiéndose reseñar durante el siglo pasado (entre 1981 y 2000) treinta sentencias de amparo sobre el tema.

§2. Según la STC 11/1981, el derecho de huelga es un derecho de titularidad individual pero de ejercicio colectivo, pues «define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos» (FJ 11º)<sup>6</sup>. La titularidad individual del derecho se atribuye precisamente a todos «los trabajadores» y a cada uno de ellos, porque así lo establece el artículo 28.2 de la CE, lo que excluye la posibilidad de hablar de «huelga de trabajadores independientes, de autopatrones o de profesionales, que, aunque en un sentido amplio sean trabajadores, no son trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo retribuido»<sup>7</sup>. Por su parte, ejercicio colectivo significa que «las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales»<sup>8</sup>, teniendo en cuenta que aquí se trata de «los trabajadores» como colectivo —y no, por tanto, *uti singuli*—, como sucede en el caso, por ejemplo, de una huelga acordada por una «asamblea de trabajadores», pero no por los representantes legales o sindicales de los mismos. A todos estos sujetos colectivos les compete, a título de facultades inherentes al ejercicio colectivo del derecho de huelga, «la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada»<sup>9</sup>. Por lo que respecta a las facultades inherentes a la titularidad individual del derecho de huelga por parte de los trabajadores *uti singuli*, es claro que «a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas»<sup>10</sup>.

Esta posición del TC acerca de la titularidad individual y el ejercicio colectivo del derecho de huelga cabe calificarla como ecléctica, pues en Francia el derecho de huelga (*droit de grève*) es —en empresas que tengan un solo trabajador— un derecho de titularidad

<sup>6</sup> Sobre diversos «paradigmas» de titularidad de los derechos colectivos, incluido el de huelga, véase J. LAHERA FORTEZA, *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, CES (Madrid, 2000), págs. 5 ss.

<sup>7</sup> Cfr. STC 11/1981 (FJ 12º).

<sup>8</sup> Cfr. STC 11/1981 (FJ 11º).

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

individual y ejercicio individual<sup>11</sup>, mientras que en los Estados Unidos de Norteamérica —sobre la base de que colectividad es una combinación de dos o más personas— el derecho de huelga (*right to strike*) resulta ser un derecho de titularidad colectiva y ejercicio colectivo<sup>12</sup>.

Las facultades inherentes al ejercicio colectivo del derecho de huelga son temporalmente renunciables al amparo de lo dispuesto en el artículo 8.1 del DLRT, según el cual «los Convenios Colectivos podrán establecer... la renuncia, durante su vigencia, al ejercicio de tal derecho»<sup>13</sup>. En cambio, las facultades inherentes a la titularidad individual del derecho de huelga son rigurosamente irrenunciables, pues el DLRT también afirma que «son nulos los pactos establecidos en contratos individuales de trabajo que contengan la renuncia o cualquier otra restricción al derecho de huelga» (artículo 2).

A propósito de la titularidad individual del derecho, el TC siempre ha declinado pronunciarse acerca de si el artículo 28.2 de la CE ampara o no el derecho de huelga de los funcionarios, afirmando al respecto la STC 11/1981 que «el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado —y por consiguiente, tampoco prohibido— por el Real Decreto-Ley 17/1977» (FJ 13º). Por su parte, la STC 99/1987, de 11 junio, confirmó la constitucionalidad de la disposición adicional 12ª de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de medidas para la reforma de la función pública, concluyendo que no se trataba «de una norma de desarrollo del derecho de huelga». En esta disposición adicional se afirma que «los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales»<sup>14</sup>.

**§3.** Sobre la base de que el artículo 1 del DLRT afirma que «el derecho de huelga, en el ámbito de las relaciones laborales, podrá ejercerse en los términos previstos en este Real Decreto-ley», sus artículos 3, 5, 6, 7 y 8 proceden luego a efectuar el diseño de lo que debe ser el desarrollo de la huelga. Según el artículo 3, apartados 1 y 2 —parcialmente corregidos por la STC 11/1981—, comienza con la convocatoria o acuerdo de declaración de la huelga. Se trata de un acuerdo que pueden

<sup>11</sup> Lo confirmó el caso «Mme. Direr c. Bolard», resuelto por la Sala de lo Social de la Corte de Casación en 13 noviembre 1996, en el que se afirma «que, si la huelga es el cese colectivo y concertado del trabajo por los trabajadores con la finalidad de apoyar reivindicaciones profesionales y no puede, en principio, ser el hecho de un trabajador actuando aisladamente, en las empresas que no tengan más que un trabajador, éste, que es el único que puede por sí mismo presentar y defender sus reivindicaciones profesionales, puede ejercer este derecho constitucionalmente reconocido». Sobre el tema, véase C. RADE, «La solitude du gréviste», *Droit Social*, núm. 4 (1997), págs. 368 ss.

<sup>12</sup> Según declaró el Juez RAND, en el caso «Moreland Theatres Corp. v. Portland Moving Pictures Machine Operators' Protective Union» (Tribunal Supremo de Oregon, 1932), «cuando se emplea a un solo hombre... no puede existir en dicho caso lícito derecho de huelga», pues «una huelga... supone una combinación de personas y no una persona individual». Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Civitas (Madrid, 1988), pág. 150.

<sup>13</sup> La constitucionalidad de este precepto fue expresamente confirmada por la STC 11/1981, «porque la renuncia es siempre un acto definitivo e irrevocable y la llamada “renuncia” del apartado 1º del artículo 8 es sólo temporal y transitoria (durante la vigencia del convenio) y no afecta al derecho en sí mismo, sino sólo a su ejercicio, de manera que no hay extinción del derecho, sino compromiso de no ejercitarlo, que entraña una pura obligación, que puede incumplirse arrojando las consecuencias del incumplimiento» (FJ 14º).

<sup>14</sup> Sobre el tema, también declinando pronunciarse acerca del eventual derecho constitucional de huelga de los funcionarios, véase STC 90/1984, de 5 octubre.



adoptar todos los sujetos colectivos titulares de las citadas facultades inherentes al ejercicio colectivo del derecho de huelga (esto es, los trabajadores en plural, como tal colectivo de trabajadores, o sus representantes legales o sindicales), dado que «son perfectamente posibles las huelgas organizadas, dirigidas y controladas por los sindicatos de trabajadores y las llamadas huelgas espontáneas... o huelgas sin control sindical»<sup>15</sup>.

Como ya se vio, el ejercicio del derecho de huelga se integra en el «contenido esencial» de la libertad sindical, que tanto la CE (artículo 28.1) como la LOLS [artículo 2.2.d)] reconocen a todos los sindicatos<sup>16</sup>.

Por su parte, el artículo 3.2 del DLRT reconoce que están facultados para acordar la declaración de huelga «los trabajadores, a través de sus representantes» [apartado a)], o «directamente los propios trabajadores del centro de trabajo, afectados por el conflicto» [apartado b)].

Téngase en cuenta, respecto del artículo 3 del DLRT, que la STC 11/1981 reputó «inconstitucionales las exigencias establecidas en dicho artículo de que el acuerdo de huelga se adopte en cada centro de trabajo (apartado 1º), la de que a la reunión de los representantes haya de asistir un determinado porcentaje [apartado 2º, a)] y la de que la iniciativa para la declaración de la huelga haya de estar apoyada por un 25 por 100 de los trabajadores».

Según el artículo 3.3 del DLRT, una vez acordada su declaración, resulta preciso que los convocantes efectúen el preaviso de comienzo de la huelga, teniendo en cuenta: 1) acerca de sus destinatarios, que «el acuerdo de declaración de huelga habrá de ser comunicado al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral»; 2) acerca del plazo para efectuarlo, que la comunicación en cuestión deberá serles «notificada con cinco días naturales de antelación, al menos, a su fecha de inicio»<sup>17</sup>; y 3) acerca de la forma de efectuarlo, que deberá realizarse «por escrito», teniendo en cuenta que «la comunicación de huelga habrá de contener los objetivos de ésta, gestiones realizadas para resolver las diferencias, fecha de su iniciación y composición del comité de huelga».

Según este mismo precepto del DLRT, «cuando el acuerdo de declaración de huelga lo adopten directamente los trabajadores mediante votación, el plazo de preaviso comenzará a contarse desde que los representantes de los trabajadores comuniquen al empresario la celebración de la misma».

Según la STC 11/1981 —que reputa los plazos en cuestión «razonables y no excesivos»—, «la necesidad de preaviso... es consecuencia del carácter de instrumento de negociación que la huelga tiene», pues «antes de que la huelga comience, debe darse a la otra parte la oportunidad de atender las demandas de los huelguistas o establecer con ellos una transacción para evitar la huelga» [FJ 15º.a)].

<sup>15</sup> Al respecto, STC 11/1981 (FJ 11º).

<sup>16</sup> Al respecto, véase *supra*, Tema 27, §4.

<sup>17</sup> Téngase en cuenta que este plazo se dobla, en la hipótesis de huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad (cfr. *infra*, §6).

La comunicación de cuál sea la composición del «comité de huelga» —que puede ser uno o varios (por ejemplo, tratándose de una huelga de sector, el sectorial y los de empresa o centro de trabajo)— resulta trascendental, pues se trata del órgano colegiado representante de los trabajadores huelguistas, durante la huelga<sup>18</sup>. Con carácter general, según el DLRT, le corresponde al comité de huelga «participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto» (artículo 5, párrafo 3º). Y dado que la mejor solución concebible del conflicto existente es precisamente la solución acordada con la parte patronal, el propio DLRT afirma que «desde el momento del preaviso y durante la huelga, el Comité de huelga y el empresario, y en su caso los representantes designados por los distintos Comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla» (artículo 8.2, inciso 1º).

Con carácter general, la STC 11/1981 confirma que «la existencia del comité de huelga posee plena justificación y no desnaturaliza el fenómeno de la huelga» (FJ 16º).

Ahora bien, respecto del requisito del artículo 5, párrafo 1º, del DLRT —según el cual «sólo podrán ser elegidos miembros del comité de huelga trabajadores del propio centro de trabajo afectados por el conflicto»—, la STC 11/1981 declara que «no es inconstitucional relativo a huelgas cuyo ámbito no exceda de un solo Centro de trabajo, pero... lo es, en cambio, cuando las huelgas comprenden varios Centros de trabajo»<sup>19</sup>.

Sin embargo, respecto del párrafo 2º del propio artículo 5 del DLRT —relativo a que «la composición del comité de huelga no podrá exceder de doce personas»—, la STC 11/1981 sostiene que «la limitación numérica es un criterio sensato en la medida en que los comités demasiado amplios dificultan los acuerdos» (FJ 16º).

La huelga supone desde luego presión sobre la parte empresarial, supuesto —según el DLRT— que «el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados» (artículo 7.1)<sup>20</sup>, y por tanto, con la consiguiente paralización de las actividades de la empresa, aunque «se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no

<sup>18</sup> Véase J. RENTERO JOVER, *El comité de huelga en el Derecho español del Trabajo*, CES (Madrid, 2002), págs. 25 ss.

<sup>19</sup> Al efecto de fundamentar este apartado de su fallo, afirma que «la participación de los sindicatos deberá obtenerse mediante las representaciones sindicales en el seno de la empresa o de los sectores afectados por el conflicto, todo ello dentro del marco de la presencia sindical en el ámbito de las empresas» (FJ 16º).

<sup>20</sup> «Y sin ocupación por los mismos» —continúa el precepto— «del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias». Téngase en cuenta, según la STC 11/1981, que «por ocupación hay que entender un ilegal ingreso en los locales o una ilegal negativa de desalojo frente a una legítima orden de abandono, pero no, en cambio, la simple permanencia en los puestos de trabajo» (FJ 17º).

quisieran sumarse a la huelga» (artículo 6.4)<sup>21</sup>. Se trata de una presión que los huelguistas tienen derecho a intensificar, mediante la utilización de piquetes informativos y, también, mediante la recogida de fondos de resistencia, pues —siempre según el DLRT— «los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna» (artículo 6.6)<sup>22</sup>. Frente a esta presión, el empresario no puede recurrir a la utilización de «esquirolas», al efecto de atenuarla, ya se trate de «esquirolas» o «rompe-huelgas» internos o externos a la empresa. La prohibición del esquirolaje externo aparece expresamente contenida en el DLRT, según el cual «en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por *trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa* al tiempo de ser comunicada la misma» (artículo 6.5)<sup>23</sup>. Por su parte, la prohibición del esquirolaje interno fue confirmada por la STC 123/1992, de 28 septiembre, según la cual —sobre la base de que el DLRT «repudia la figura del “esquirol”, expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista»— igualmente «no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional [de la propia empresa] que no la habían secundado»<sup>24</sup>.

La LISOS no se acomoda a esta doctrina constitucional, pues reputa infracción administrativa «muy grave» del empresario, sancionable con multa de como máximo 90.151, 82 euros, solamente el esquirolaje externo<sup>25</sup>.

Respecto de los piquetes coactivos o intimidatorios —ahora tipificados en el artículo 315.3 del Código Penal, relativo «a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con

<sup>21</sup> Véase A. SANTANA GOMEZ, *El régimen jurídico de los trabajadores no-huelguistas*, Civitas (Madrid, 1993), págs. 29 ss.

<sup>22</sup> Véase F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «El régimen jurídico de los piquetes de huelga», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 22 (1985), págs. 203 ss.

<sup>23</sup> Según la Ley 14/1994, de 1 junio, de empresas de trabajo temporal, «las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición... para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria» [artículo 8.a)].

<sup>24</sup> En esta misma sentencia se afirma que «la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial»; por lo que «en definitiva, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*..., desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo».

<sup>25</sup> Según su artículo 8.10, la infracción en cuestión se refiere a «los actos del empresario lesivos del derecho de huelga consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento». Estos casos, según el artículo 6.5 del DLRT, se refieren al «incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo», sobre garantía por el comité de huelga de los servicios de seguridad y mantenimiento de la empresa.

otros, coaccionen a otras personas para iniciar o continuar una huelga»—, la STC 254/1988, de 21 diciembre, afirma que no pueden ser responsabilizados de su actuación los convocantes de la huelga, pues sostener lo contrario «no sólo superaría los límites legales previstos en el artículo 28 CE, sino que chocaría abiertamente con el principio de personalidad de la pena, que... está protegido... por el artículo 25.1 de la Norma fundamental».

Según la STC 120/1983, de 15 diciembre, la «publicidad» mencionada por el artículo 6.6 del DLRT, respetando siempre los límites constitucionales propios de la libertad de expresión, «abarca no sólo la publicidad del hecho mismo de la huelga, sino también de sus circunstancias o de los obstáculos que se oponen a su desarrollo», cabiendo también realizarla «a los efectos de exponer la propia postura, recabar la solidaridad de terceros, o superar la oposición [del empresario]»<sup>26</sup>.

Evidentemente, el éxito o fracaso de una huelga depende del mayor o menor grado de participación en la misma de los trabajadores a ella convocados, aunque esta participación difícilmente podrá llegar a alcanzar el grado de total, puesto que la empresa afectada tiene derecho a la prestación de los llamados *servicios de seguridad y mantenimiento*—que deberán realizar los trabajadores designados por el empresario, previa negociación sobre el tema con el comité de huelga—, afirmando incluso el DLRT que «el comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa» (artículo 6.7, inciso 1º)<sup>27</sup>; esto es, los servicios imprescindibles para recuperar inmediatamente la actividad normal, una vez concluida la huelga<sup>28</sup>.

La STC 11/1981 confirma la constitucionalidad de este precepto, pues «la huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario..., pero no es, ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital». Sin embargo, declara inconstitucional el inciso 2º del propio artículo 6.7 del DLRT—relativo a que «corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar dichos servicios»—, pues «la adopción de las medidas de seguridad no compete de manera exclusiva al empresario, sino que en ellas participa el comité de huelga que es quien las garantiza» (FJ 20º).

Según la jurisprudencia laboral, «cuando el comité de huelga niega frontalmente su colaboración para adoptar las medidas de seguridad y mantenimiento, puede el empresario

<sup>26</sup> Por su parte, STC 37/1998, de 17 febrero, concluyó que «la toma de fotografías y la filmación en vídeo por la Ertzaintza de un piquete de huelga informativo, que en todo momento desarrolló su labor de forma pacífica», constituye una violación del artículo 28.2 de la CE, al entrañar «una disuasión u obstaculización del libre ejercicio del derecho de huelga, reduciendo su efectividad».

<sup>27</sup> Véase E. GONZALEZ BIEDMA, *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 15 ss.

<sup>28</sup> Cfr. STC 80/2005, de 4 abril. Sobre conclusión de la huelga por medio de «pacto de fin de huelga», véase *supra*, Tema 31, §5; sobre conclusión de la huelga por «arbitraje obligatorio», véase *infra*, Tema 33, §5.

proceder a la designación de los trabajadores que hayan de desempeñarlas, siempre que estén objetivamente justificadas»<sup>29</sup>.

§4. En congruencia con el diseño que efectúa del ejercicio del derecho de huelga, el artículo 11 del DLRT contiene un elenco de hasta cuatro supuestos distintos de huelgas ilegales. De estos cuatro supuestos genéricos en que «la huelga es ilegal», uno de ellos [contenido en el apartado d)] se refiere al incumplimiento del procedimiento legal o convencionalmente diseñado para el ejercicio del derecho de huelga (esto es, «cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el presente Real Decreto-ley, o lo expresamente pactado en Convenio Colectivo para la solución de conflictos»), mientras que los tres restantes miran a los objetivos pretendidos por los convocantes de la huelga, reputándose ilegales los «motivos políticos» o «cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados» [apartado a)], la «solidaridad o apoyo» a trabajadores huelguistas de otras empresas [apartado b)] y, por último, también la huelga que «tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por laudo» [apartado c)]<sup>30</sup>.

La jurisprudencia laboral admite la posibilidad de ejercitar acciones declarativas puras, por la vía del proceso de conflictos colectivos, con la finalidad de que se declaren ilícitas huelgas convocadas y en curso de realizarse, pues «en tales situaciones ha de admitirse... un interés legítimo en deshacer la incertidumbre jurídica sobre la licitud o ilicitud de las medidas de conflicto o prácticas huelguísticas..., teniendo en cuenta... no sólo los efectos directos sino los efectos colaterales que una declaración de licitud o ilicitud de la huelga produce no sólo en el ámbito de las relaciones colectivas entre los Sindicatos y Patronales..., sino incluso en el de las relaciones individuales de trabajo»<sup>31</sup>.

La jurisprudencia constitucional se ha encargado, sin embargo, de relativizar bastante algunas de estas previsiones legales. Y así, por lo que respecta al procedimiento de ejercicio del derecho —y más en concreto, en relación con el preaviso de huelga—, ha concluido que en una «huelga sectorial o general» no resulta precisa la «notificación

<sup>29</sup> Véase STS de 28 mayo 2003 (Ar. 4210).

<sup>30</sup> Críticamente en su día, véase J. GARCIA BLASCO, *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Bosch (Barcelona, 1983), págs. 72 ss.

<sup>31</sup> Por todas, STS de 22 noviembre 2000 (Ar. 1430 de 2001). Noticiando el radical giro dado por la jurisprudencia laboral acerca de este extremo, con estudio de toda la jurisprudencia al respecto, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, «Viabilidad de las acciones declarativas colectivas relativas a la ilegalidad de huelgas y cierres patronales (SSTS de 5 octubre 1998, 17 diciembre 1999 y 22 noviembre 2000)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 6 (2002), págs. 861 ss.

a “todos” los empresarios afectados», pues la «doble constancia de la notificación a las asociaciones empresariales y de la comunicación pública [a la autoridad laboral], garantiza sobradamente la posibilidad de que cada empresario puede adoptar las medidas necesarias»<sup>32</sup>. Y en relación con los objetivos, ha matizado que las huelgas de «solidaridad o apoyo» son lícitas, aun cuando los intereses profesionales defendidos por los huelguistas apoyados no afecten directamente a los de los huelguistas solidarios<sup>33</sup>; y también, que no cabe calificar de huelgas «políticas» o huelgas «ajenas al interés profesional de los trabajadores» —y por tanto, como huelgas ilegales— las huelgas generales declaradas para protestar por la política social y económica llevada a cabo por el Gobierno<sup>34</sup>.

En relación con los trámites previstos en el DLRT, y respecto de la garantía por el comité de huelga de los servicios de seguridad y mantenimiento, la jurisprudencia constitucional considera claramente ilegal «la huelga en que el comité no preste esa participación»<sup>35</sup>.

En relación con los objetivos, también la jurisprudencia constitucional ha reputado flagrantemente ilegal la huelga cuyo «verdadero objetivo era... el de modificar el Convenio que estaba en vigor»<sup>36</sup>.

En cambio, la STC 11/1981 convalidó —a propósito de las genéricamente denominables huelgas abusivas— la constitucionalidad plena del artículo 7.2 del DLRT, según el cual «las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga, se considerarán actos ilícitos

<sup>32</sup> Al respecto, véase STC 13/1986, de 30 enero.

<sup>33</sup> Al respecto, véase STC 11/1981, en la que se afirma —sobre la base de que el artículo 11.b) del DLRT «permite las huelgas de solidaridad cuando la solidaridad está fundada directamente en intereses profesionales de quienes la promuevan o sostengan»— que «la exigencia de que la incidencia del interés profesional sea directa restringe el contenido esencial del derecho e impone que esta expresión adverbial sea considerada como inconstitucional» (FJ 21º).

<sup>34</sup> Véase STC 36/1993, de 8 febrero, a propósito de la huelga general de 14 diciembre 1988, declarada como «protesta por la política social llevada a cabo por el Gobierno; por la petición de retirada de un proyecto de contrato llamado de “inserción” de jóvenes; por la reivindicación de un Plan General de Empleo; por la recuperación de dos puntos de poder adquisitivo como consecuencia de los errores en la previsión de inflación; por el incremento de la cobertura de los desempleados hasta un determinado porcentaje; por la equiparación de las pensiones hasta el salario mínimo interprofesional; y por las demás reivindicaciones de la huelga».

<sup>35</sup> Al respecto, véase STC 11/1981 (FJ 20º).

<sup>36</sup> Al respecto, véanse SsTC 332/1994 y 333/1994, ambas de 19 diciembre, y 40/1995, de 13 febrero; todas relativas, además, a huelgas acompañadas de «actos de violencia sobre las cosas, insultos a los compañeros y formación de piquetes en los accesos a los centros de trabajo impidiendo mediante intimidación el libre tránsito de los operarios y de los clientes». Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, *La denuncia del convenio colectivo*, Civitas (Madrid, 2000), págs. 69-70.

o abusivos»<sup>37</sup>. En efecto, según la STC 11/1981, «la expresión textual del legislador deja en claro que lo que en el precepto hay es una presunción *iuris tantum* de abuso del derecho de huelga». Tal presunción no viola el artículo 28.2 de la CE, pues —siempre según esta sentencia— el ejercicio del derecho de huelga supone «una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos, que hacen que cuando tales exigencias no se observen, las huelgas puedan considerarse como abusivas» (FJ 10<sup>o</sup>)<sup>38</sup>.

Más en concreto, la STC 11/1981 considera: 1) «que existe abuso en aquellas huelgas que consiguen la ineludible participación en el plan huelguístico de los trabajadores no huelguistas, de manera que el concierto de unos pocos extiende la huelga a todos», como en el caso de las «huelgas de trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos» de la empresa; 2) que «el abuso se puede cometer también cuando a la perturbación de la producción que la huelga acarrea se la dota de un efecto multiplicador, de manera que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que sólo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado», como en el caso de las huelgas rotatorias de escasa duración; y 3) que «el abuso del derecho de huelga puede finalmente consistir en disminuir formal y aparentemente el número de personas que están en huelga, disminuyendo el número de personas sin derecho a la contraprestación o al salario, es decir, los huelguistas reales simulan no serlo», como ocurre en las huelgas de celo o reglamento (o en las disminuciones colectivas del rendimiento normal), en las que formalmente ningún trabajador hay en huelga.

Evidentemente, existe un vínculo inequívoco entre la expresión «cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga», del citado artículo 7.2 del DLRT, y las expresiones «cualesquiera otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo» e «irregularidades en el trabajo» que «impidan gravemente el proceso normal de producción», de los artículos 12.1, párrafo 1<sup>o</sup>, y 12.1.c), del propio DLRT, a propósito del derecho de cierre patronal<sup>39</sup>.

**§5.** Con independencia de su carácter legal, ilegal o abusivo, la regla general es que la participación del trabajador en una huelga meramente provoca la suspensión del contrato de trabajo<sup>40</sup>. Lo regula pedagógicamente el DLRT, de un lado, al afirmar que «el ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna» (artículo 6.1)<sup>41</sup>; y de otro lado, al declarar que «durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no

<sup>37</sup> Críticamente, véase A. BAYLOS GRAU, «Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social», *Revista de Derecho Social*, núm. 2 (1998), págs. 67 ss.

<sup>38</sup> Véase M.E. CASAS BAAMONDE, «Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español (o huelgas marginadas del tipo de derecho, constitucional y legal, de huelga)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 24 (1985), págs. 509 ss.

<sup>39</sup> Sobre el tema, véase *infra*, §7.

<sup>40</sup> Véase F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1999), págs. 39 ss.

<sup>41</sup> «Salvo» —continúa el precepto— «que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral».

tendrá derecho al salario» (artículo 6.2). El hecho de que el huelguista deje de cobrar su salario explica que la modalidad más frecuente de huelga, en la actualidad, sea la llamada huelga «intermitente» —irreprochablemente lícita, en principio—, pues permite prolongar la presión ejercida sobre el empresario amortiguando, al mismo tiempo, el sacrificio económico que objetivamente supone para el trabajador participar en una huelga<sup>42</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha declarado repetidamente que «la huelga en días alternos..., o más en general la huelga intermitente, no aparece expresamente citada entre aquellas que el artículo 7.2 del [DLRT]... considera como actos ilícitos o abusivos», de manera que en estos casos no cabe que «la presunción *uris tantum* de licitud de la huelga deje de operar en perjuicio de los trabajadores, dado además que la carga de probar la existencia de los elementos fácticos de la huelga abusiva corresponde al empresario»<sup>43</sup>.

Según la propia jurisprudencia constitucional, es lícita la cláusula de un convenio colectivo que «determina la percepción por todos los trabajadores de un incentivo condicionada a no superar ciertas cotas de absentismo y englobando en ellas las ausencias por huelga», pues este «incentivo paccionado... constituye un instrumento disuasorio de las ausencias laborales, que no grava especialmente la pérdida del tiempo empleado por el trabajador en la huelga», resultando «ajeno a las primas antihuelga en la medida en que la prima no está directa y únicamente conectada al ejercicio del derecho de huelga, ni se pierde por el mero hecho de cualquier ausencia por huelga»<sup>44</sup>.

Según jurisprudencia laboral unificada, «a) la retribución a descontar por cada día de huelga comprende el salario de la jornada y determinados conceptos de “salario diferido”...; b) Dentro de estos conceptos figuran la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias y la parte proporcional correspondiente a la retribución del descanso semanal del período en que se haya producido la huelga...; c) El descuento salarial proporcional por huelga no repercute, en cambio, salvo que se comprendan dentro del período de huelga, en la retribución de los días festivos, que “no está conectada con un tiempo de trabajo precedente” sino con la “celebración de acontecimientos de orden religioso o civil”...; d) en relación con las pagas extraordinarias, el empresario no está autorizado para “anticipar descuentos futuros por un pago salarial que no se ha anticipado”...; e) las pagas de participación en beneficios deben ser asimiladas a las gratificaciones extraordinarias a los efectos de descuento retributivo...; y f) En relación con la retribución de las vacaciones... rige... el criterio de la imposibilidad de descuento»<sup>45</sup>.

Cabe despedir lícitamente al trabajador, sólo por excepción, siempre y cuando se probase su participación activa en una huelga ilegal o abusiva (esto es, a título de cabecilla, promotor, portavoz, instigador, incitador, etc.). Así lo disponía, al efecto de excluir toda

<sup>42</sup> Véase J. GARATE CASTRO, «Modalidades de huelga en el ordenamiento jurídico español. La huelga intermitente», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 25 (1986), págs. 47 ss.

<sup>43</sup> Al respecto, véanse SsTC 72/1982, de 2 diciembre; y 41/1984, de 21 marzo.

<sup>44</sup> Al respecto, véase STC 189/1993, de 14 junio.

<sup>45</sup> Véase STSud de 13 marzo 2001 (Ar. 3178), y las que cita. Sobre el tema, véase asimismo R.P. RON LATAS, «Los descuentos retributivos al personal laboral, funcionario y estatutario por participación en huelgas», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 6 (2002), págs. 638 ss.



posibilidad de despedir al mero participante pasivo en huelga ilegal o abusiva, el artículo 33.j) del DLRT, según el cual era causa justa de despido «la participación *activa* en huelga ilegal o en cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo». Y aunque el artículo 33 del DLRT fue formalmente derogado por el ET-1980, la jurisprudencia todavía continúa aplicando la concreta causa de despido en cuestión, considerándola ahora incluida en el cajón de sastre representado por el artículo 54.2.d) del ET, a propósito del despido disciplinario por «transgresión de la buena fe contractual»<sup>46</sup>.

Contribuye a mantener el tenor de esta causa justa de despido, ceñido sólo a la participación «activa», el hecho de que el artículo 16.1 del DLRT —irreprochablemente vigente— continúe afirmando que «los trabajadores que participaren en huelga ilegal o cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo, incurrirán en la falta prevista en el apartado j) del artículo 33 de este Real Decreto-ley».

Todo cuanto acaba de decirse resulta igualmente predicable del artículo 16.2 del propio DLRT —también irreprochablemente vigente—, según el cual «los trabajadores que, de acuerdo con el artículo 6º, párrafo 7, fuesen designados para el mantenimiento de los servicios previstos [esto es, los de seguridad y mantenimiento] y se negasen a ello, incurrirán en la causa justa de despido establecida en el apartado k) del artículo 33 del presente Real Decreto-ley, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedieran», aunque en este otro caso lo correcto es aplicar la causa de despido disciplinario del artículo 54.2.b) del ET, a propósito de la desobediencia<sup>47</sup>.

Respecto de sus trabajadores huelguistas con contrato de trabajo suspendido, el empresario está obligado a comunicar el hecho de la suspensión de sus contratos de trabajo a la TGSS<sup>48</sup>. Una vez comunicado este hecho, resulta aplicable la regla del DLRT, relativa a que «el trabajador en huelga permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social, con suspensión de la obligación de cotización por parte del empresario y del propio trabajador» (artículo 6.3, inciso 1º)<sup>49</sup>. Ahora bien, a pesar de esta falta de cotización de ambos, el tiempo de huelga «legal» se

<sup>46</sup> Al respecto, véase el utilísimo y exhaustivo apéndice «Jurisprudencia sobre la legalidad e ilegalidad de la huelga y participación en la misma», en M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 18ª edición, Civitas (Madrid, 2000), págs. 1174-1177.

<sup>47</sup> Cfr. STC 66/1983, de 21 julio.

<sup>48</sup> Presentando «relación nominal de los trabajadores cuyo contrato de trabajo quede suspendido como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga» (cfr. artículo 1.1 de la Orden Ministerial de 30 abril 1977, de desarrollo del DLRT). Interpretando razonablemente una Orden Ministerial complementaria de 30 junio 1977, cabe la presentación de partes de baja en los supuestos de extinción del contrato por participación activa en huelga ilegal (cfr. su artículo único).

<sup>49</sup> Véase J.M. GOERLICH PESET, *Los efectos de la huelga*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1994), págs. 86 ss.

asimila a «cotizaciones efectivamente realizadas», a efectos de completar el «período mínimo de cotización» de trescientos sesenta días legalmente exigido para que el trabajador, cuando se encuentre involuntariamente desempleado, pueda llegar a cobrar prestaciones por desempleo<sup>50</sup>.

Según el propio DLRT, «el trabajador en huelga no tendrá derecho a la prestación por desempleo, ni a la económica por incapacidad laboral transitoria [hoy incapacidad temporal]» (artículo 6.3, inciso 2º).

Salvo esto, la regla general es que «la situación de alta especial, prevista en el número 3 del artículo 6º del [DLRT]..., tendrá la consideración de asimilada a la de alta, a efectos del conjunto de la acción protectora del Régimen de que se trate»<sup>51</sup>.

La LGSS meramente se limita a confirmar que «durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social» (artículo 125.6).

**§6.** Por disposición expresa del artículo 28.2 de la CE, el ejercicio del derecho de huelga posee un régimen jurídico especial cuando afecta a servicios esenciales de la comunidad, pues recuérdese que dicho precepto afirma que «la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad» (inciso 2º)<sup>52</sup>. Dada la falta de promulgación de la ley aludida, la normas reguladoras de este tema continúan siendo el artículo 4 del DLRT, que obliga a los convocantes de la huelga en este tipo de servicios a dar un preaviso de comienzo de la misma, «al menos, de diez días naturales» —en vez de los cinco usuales<sup>53</sup>—, y también y sobre todo, el artículo 10, párrafo 2º, del propio DLRT, cuya constitucionalidad fue confirmada —con algún matiz interpretativo— por la STC 11/1981. Según este último precepto, corresponde a la «Autoridad gubernativa» (estatal, autonómica o local), en cuanto que tercero imparcial, «acordar las medidas necesarias» para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales en cuestión.

<sup>50</sup> Cfr. artículo 3.3 *in fine* del Real Decreto 625/1985, de 2 abril, que extiende igualmente la regla a los «cierres legales». Lógicamente, este precepto reglamentario enerva la doctrina deducible de la STC 13/1984, de 3 febrero.

<sup>51</sup> Cfr. artículo 2 de la Orden Ministerial de 30 abril 1977, de desarrollo del DLRT. Por ello, según reiterada jurisprudencia constitucional, «al período de huelga le es aplicable la retroacción prevista en el artículo 3.5 del Real Decreto 625/1985 para las situaciones asimiladas al alta en las que existe imposibilidad de cotizar» (cfr. SsTC 48/1991, de 28 febrero, y 152/1991 y 153/1991, ambas de 8 julio).

<sup>52</sup> Clásico sobre el tema, véase A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, 2ª ed., Tecnos (Madrid, 1988), págs. 25 ss.

<sup>53</sup> El propio artículo 4 del DLRT continúa afirmando que «los representantes de los trabajadores deberán dar a la huelga, antes de su iniciación, la publicidad necesaria para que sea conocida por los usuarios del servicio». Al respecto, véase ATC 140/2005, de 7 abril.

La jurisprudencia constitucional concibe los servicios esenciales de la comunidad como un «concepto jurídico indeterminado»<sup>54</sup>, afirmando que «la noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos», y además, que «*a priori*, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada esencial» —a los efectos de aplicación del artículo 10, párrafo 2º, del DLRT—, pues «los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma», como su «extensión —territorial y personal—, duración prevista», etc.<sup>55</sup>.

Sobre esta base, la casuística registrada por la jurisprudencia constitucional se refiere a huelgas declaradas en Administraciones públicas<sup>56</sup>, hospitales públicos<sup>57</sup>, residencias de ancianos dependientes de una Administración pública<sup>58</sup>, puertos de interés general<sup>59</sup>, empresas dedicadas al transporte por ferrocarril<sup>60</sup>, al transporte aéreo<sup>61</sup>, al transporte de viajeros por metro<sup>62</sup>, al transporte urbano de pasajeros por autobús<sup>63</sup> o a la producción de energía eléctrica<sup>64</sup>. Por su parte, la STC 11/1981 afirma que «el artículo 10 del [DLRT]... es más estricto que el artículo 28 de la Constitución, pues no se refiere sólo a servicios esenciales, sino a servicios [públicos] de reconocida e inaplazable necesidad cuando además concurren circunstancias de especial gravedad, fórmula ésta que no es difícil de englobar en la primera» (FJ 18º).

La propia STC 11/1981 también afirma que «no es, por último, discutible la constitucionalidad de la atribución de la potestad de concreción de las medidas a la autoridad gubernativa, si se tiene en cuenta que el sujeto de la atribución no es genéricamente la Administración pública, sino aquellos órganos... que ejercen... potestades de gobierno». Dicho más rotundamente, «el artículo 10 mencionado llama a la autoridad gubernativa y no a la autoridad laboral»<sup>65</sup>. Sobre esta base, la jurisprudencia ordinaria ha concluido luego, por ejemplo, que el rector de una Universidad pública no es, a estos efectos, autoridad gubernativa<sup>66</sup>.

En la práctica, estas medidas gubernativas se reconducen a dictar disposiciones sobre servicios mínimos, así llamadas porque con ellas «se trata de fijar el programa de servicios mínimos con un criterio restrictivo, pues en el propio artículo 28.2 de la Constitución se

<sup>54</sup> Por todas, STC 53/1986, de 5 mayo.

<sup>55</sup> Todas estas afirmaciones, por ejemplo, en STC 43/1990, de 15 marzo.

<sup>56</sup> Cfr. STC 148/1993, de 29 abril.

<sup>57</sup> Cfr. STC 27/1989, de 3 febrero. Sobre «el procedimiento de fijación de los servicios mínimos», con especial atención al «principio de proporcionalidad, motivación y trámite de audiencia previa a los interesados», véase F. FERNANDEZ PROL, *La Huelga en los Servicios Esenciales de la Comunidad. Algunas propuestas sobre un modelo de regulación*, CES (Madrid, 2005), págs. 147 ss.

<sup>58</sup> Cfr. STC 122/1990, de 2 julio.

<sup>59</sup> Cfr. STC 233/1997, de 18 diciembre.

<sup>60</sup> Cfr. STC 26/1981, de 17 julio.

<sup>61</sup> Cfr. SsTC 51/1986, de 24 abril; y 43/1990, de 15 marzo.

<sup>62</sup> Cfr. SsTC 33/1981, de 5 noviembre; y 53/1986, de 5 mayo.

<sup>63</sup> Cfr. STC 123/1990, de 2 julio.

<sup>64</sup> Cfr. STC 8/1992, de 16 enero.

<sup>65</sup> Cfr. STC 33/1981, de 5 noviembre.

<sup>66</sup> Fue el caso enjuiciado por STS (Sala 3ª) de 16 octubre 2001 (Ar. 8605), a propósito del rector de la UNED.

utiliza la expresión mantenimiento»<sup>67</sup>, y «mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual»<sup>68</sup>. Formalmente poseen la apariencia de verdaderas normas jurídicas (por ejemplo, Ordenes Ministeriales u Ordenes de Consejerías autonómicas), pero materialmente hablando no son en absoluto verdadera «legislación laboral», sino meros actos aplicativos o de ejecución del citado artículo 10, párrafo 2º, del DLRT<sup>69</sup>. Dado el sacrificio que suponen del derecho de huelga de los obligados a realizar tales servicios mínimos, la jurisprudencia constitucional afirma que «la motivación que se exige en estos supuestos no puede equipararse a la que debe acompañar a todo acto administrativo»<sup>70</sup>, pues en ella «han de explicitarse», necesariamente, el «fundamento... de la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los bienes que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en alguna medida»<sup>71</sup>.

Según la jurisprudencia constitucional, «permitir la posibilidad de consultas o negociaciones con los huelguistas al respecto es cosa muy distinta de imponer esa misma consulta hasta el punto de provocar la inconstitucionalidad del acto del poder público que, sin recurrir previamente a ella, ha fijado los [servicios mínimos en] servicios esenciales», de manera que «la previa negociación no está excluida, e incluso puede ser deseable, pero no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa desde el plano constitucional»<sup>72</sup>.

Según jurisprudencia laboral unificada, cabe el despido disciplinario por desobediencia del trabajador que se niega a prestar estos servicios mínimos<sup>73</sup>.

Por su parte, la Ley 30/1984, de 2 agosto, de medidas para la reforma de la función pública, considera falta muy grave de los funcionarios públicos «el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga» [artículo 31.1.1)].

La jurisprudencia constitucional constata la existencia de «eventuales extralimitaciones y excesos en la fijación de los servicios mínimos». Y por eso, sobre la base de que la única jurisdicción competente para corregirlos es la jurisdicción contencioso-administrativa, declaró en su día que «una adecuada ponderación de los derechos y bienes constitucionales involucrados en las huelgas que inciden en servicios esenciales para la comunidad obliga a establecer mecanismos que permitan someter a un control judicial inmediato las correspondientes decisiones de imposición de servicios

<sup>67</sup> Al respecto, STC 51/1986, de 24 abril.

<sup>68</sup> Al respecto, STC 53/1986, de 5 mayo.

<sup>69</sup> Cfr. STC 33/1981, de 5 noviembre, razonando sobre el tenor del artículo 149.1.7ª de la CE.

<sup>70</sup> Al respecto, STC 27/1989, de 3 febrero.

<sup>71</sup> Al respecto, por todas, STC 43/1990, de 15 marzo.

<sup>72</sup> Por todas, STC 51/1986, de 24 abril.

<sup>73</sup> Cfr. STSud de 12 marzo 1997 (Ar. 2892).

mínimos». En la actualidad, este control judicial inmediato (o «tutela cautelar») se materializa por los trámites del procedimiento contencioso-administrativo especial de los artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, mediante solicitud de adopción en dicho procedimiento de las «medidas cautelares» previstas en los artículos 129 a 136 de la propia Ley.

Sobre este tema, la sentencia decisiva —de la que proceden las citas literales que acaban de hacerse— es la STC 148/1993, de 29 abril<sup>74</sup>. En ella, razonando sobre los artículos 7.3 y 7.4 de la Ley 62/1978, de 26 diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona —por aquel entonces vigente a estos efectos—, se afirma que cabe pretender la «suspensión» cautelar de las disposiciones judicialmente impugnadas, «en todo lo que excedieran de determinados parámetros, por rebasar abusivamente los límites admisibles en la imposición de servicios mínimos»<sup>75</sup>.

§7. El derecho de cierre patronal es un derecho implícitamente mencionado por el artículo 37.2 de la CE, allí donde afirma que «se reconoce el derecho de los... empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo»<sup>76</sup>. Lo regula el capítulo II («Cierre patronal») del Título I del DLRT, artículos 12 a 14, inmediatamente después de proceder a la regulación de la huelga. Estos tres preceptos del DLRT fueron expresamente declarados constitucionales por la tan citada STC 11/1981, que también denomina derecho «de *lock-out*» a este derecho del empresario.

La ubicación del derecho de cierre patronal en el artículo 37.2 de la CE, fuera de los preceptos constitucionales que posibilitan el acceso al recurso de amparo, explica la inexistencia de jurisprudencia constitucional sobre el tema, subsiguiente a la STC 11/1981<sup>77</sup>.

En cambio, la jurisprudencia laboral relativa a este derecho es abundante, aunque tienda a decrecer, y culmina en tres importantes SsTS de 2000<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Cfr., además, STC 123/1990, de 2 julio.

<sup>75</sup> Véase A. BAYLOS GRAU, «Sobre la suspensión de los actos de imposición de servicios mínimos en caso de huelga», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1 (1993), págs. 289 ss.

<sup>76</sup> Véase M.M. RUIZ CASTILLO, *El cierre patronal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1990), págs. 101 ss. Sistematizando lo mucho escrito por él acerca de este tema, véase G. DIEGUEZ, «Huelga y cierre patronal: una recapitulación», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo*, núm. 13 (1998), págs. 139 ss. Quizá la más interesante reflexión iuscomparatista actual acerca del cierre patronal sea la de F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *El "Lockout" en el Derecho de los EE.UU. Su contraste con el Cierre Patronal en el Derecho Español*, Cedecs (Barcelona, 1998), págs. 13 ss.

<sup>77</sup> Así, por ejemplo, STC 72/1982, de 2 diciembre, afirma que «quedan... sin... resolver, por exceder del ámbito del recurso de amparo..., todas las cuestiones relativas al cierre empresarial en los supuestos en que se utiliza como respuesta a una huelga abusiva, cuestiones que el Tribunal [Constitucional] podría examinar si le fueran planteadas en su momento por los Tribunales ordinarios a través de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad». En sentido análogo, STC 191/1987, de 1 diciembre.

<sup>78</sup> Se trata de SsTS de 14 enero 2000 (Ar. 977), 17 enero 2000 (Ar. 1429) y 31 marzo 2000 (Ar. 7403), esta última sentando jurisprudencia «de acuerdo con doctrina... del extinguido Tribunal Central de Trabajo, que se ocupó con reiteración y extensión del tema». Acerca de toda esta jurisprudencia y la posterior a ella, véase J. MARTINEZ GIRON, «El derecho de cierre patronal y la libertad de empresa», en F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Director), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos (Barcelona, 2005), págs. 425 ss.

El artículo 12.1 del DLRT exige la concurrencia de dos presupuestos para que el empresario pueda proceder a cerrar su empresa como medida de conflicto colectivo. En primer lugar, que exista un contexto previo «de huelga o cualesquiera otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo», no cabiendo en modo alguno que el cierre se anticipe en el tiempo a la huelga o a las irregularidades colectivas distintas de ella. En segundo lugar, sobre la base de ese contexto previo, que además concorra cualquiera de los tres grupos de «circunstancias» mencionados en el propio artículo 12.1 del DLRT y ordenados por letras [a), b) y c)], en realidad reconducibles a un solo grupo: «que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción» [letra c)]<sup>79</sup>.

En este grupo encajan, ante todo, los cierres de respuesta frente a irregularidades colectivas distintas de la huelga que impidan gravemente el proceso normal de producción (por ejemplo, frente al trabajo a ritmo lento, frente a la desobediencia colectiva como protesta por una reorganización productiva, frente a la actuación de piquetes coactivos de bloqueo o frente a la actuación de piquetes intimidatorios)<sup>80</sup>. Evidentemente, en todos estos casos no cabe hablar de ninguna dialéctica entre el derecho meramente «cívico» de cierre y el derecho «fundamental» de huelga<sup>81</sup>.

Pero también encajan aquí los cierres de respuesta frente a huelgas<sup>82</sup>, incluso legales, debiendo tenerse en cuenta —si se tratase de huelgas intermitentes— lo siguiente: 1) frente a los períodos propiamente huelguísticos de las huelgas intermitentes, que cabe cerrar —y en este caso, el cierre es «parcial», pues lo padecen sólo los no huelguistas, a quienes se impone sin quererlo ellos la suspensión de sus contratos— cuando «no sea posible dar ocupación efectiva a quienes ejercen su derecho al trabajo», pues «no cabe imponer a la empresa, cuando no existe posibilidad alguna de realizar la más mínima producción que además de los perjuicios inherentes a toda huelga, tenga que soportar gastos generales de explotación totalmente inútiles, y abonar salarios y cuotas de Seguridad Social a aquellos que, por causas no imputables directamente a ella, han de permanecer inactivos»<sup>83</sup>; y 2) frente a los períodos de actividad o intermedios de las huelgas intermitentes —en cuyo caso el cierre es «total»—, que también cabe cerrar si resultase imposible dar ocupación efectiva a los trabajadores durante dichos períodos intermedios, como en el caso, por ejemplo, de huelga

<sup>79</sup> Los otros dos grupos de «circunstancias», ilusorios en la casuística jurisprudencial relativa a cierres patronales «legales» —si no combinados con el grupo c)—, se refieren a «existencia de notorio peligro de violencias para las personas o de daños graves para las cosas» [letra a)], y a «ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca» [letra b)].

<sup>80</sup> Sobre el tema y su jurisprudencia, véase J. MARTINEZ GIRON, «El derecho de cierre patronal y la libertad de empresa», cit., págs. 433 ss.

<sup>81</sup> Lo destaca, por ejemplo, una STSJ País Vasco de 13 marzo 1992 (Ar. 1297), al declarar que «el cierre patronal enjuiciado no se produjo durante un período de huelga sino en un momento de vigencia de *medidas de conflicto colectivo adoptadas por los trabajadores* frente a las cuales la empresa reaccionó adoptando a su vez aquella decisión como medida más drástica dentro del abanico de posibilidades que genéricamente reconoce, para ambas partes, el artículo 37.2 de la Constitución».

<sup>82</sup> Reflexionando sobre «la emergencia de nuevas formas de defensa empresarial frente a las huelgas en un contexto de pérdida de eficacia de éstas», véase W. SANGUINETI RAYMOND, *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2006), págs. 184 ss.

<sup>83</sup> Acerca de todo esto, véase STS de 31 marzo 2000 (Ar. 7403).

intermitente con «repetidas desconvocatorias de los días aislados de huelga..., por cuanto se pretende obtener el salario sin útil prestación de los servicios», consiguiéndose en este tipo de huelga «prolongar sus efectos durante varios días después de su imprevista conclusión por desistimiento»<sup>84</sup>.

En estos casos, la STC 11/1981 —haciendo suya terminología de la doctrina científica francesa de los años sesenta del siglo pasado (*pouvoir de police*)— afirma que «el poder de cierre se le otorga al empresario como lo que se puede llamar un poder de policía» (FJ 22º).

Si concurren estos dos presupuestos, el empresario para poder cerrar su empresa debe seguir el procedimiento establecido en los artículos 13 y 14 del DLRT, ordenado alrededor de tres ideas principales: 1) «el empresario que... procediera al cierre del centro de trabajo, deberá ponerlo en conocimiento de la Autoridad laboral en el término de doce horas» (artículo 13.1); 2) «el cierre de los centros de trabajo se limitará al tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa, o para la remoción de las causas que lo motivaron» (artículo 13.2); y 3) en todo caso, el empresario deberá reabrir «cuando fuera requerido a tales fines por la Autoridad laboral, en el plazo que establezca el propio requerimiento» (artículo 14).

Según la jurisprudencia laboral, la citada puesta en conocimiento en plazo de doce horas es un acto de mera «comunicación», pues «el artículo 13.1 del [DLRT]... no impone a la comunicación empresarial del cierre dirigida a la Autoridad Laboral otro contenido que no sea el de poner tal decisión en conocimiento de ésta»<sup>85</sup>.

Lógicamente, una vez recibida la «comunicación» en cuestión, se abre lo que la jurisprudencia laboral denomina «fase de comprobación de causas»<sup>86</sup>, orientada a comprobar la autoridad laboral no sólo el cumplimiento por el empresario de los requisitos «de fondo» legalmente exigidos para poder cerrar<sup>87</sup>, sino también y eventualmente —esto es, supuesto que tales requisitos se diesen— a mediar ante los trabajadores, al efecto de poder acortar la duración del cierre patronal comunicado.

Tras esta fase, cabe ya el eventual «requerimiento» de la autoridad laboral al empresario para que reabra, pero teniendo en cuenta que el mismo —como cualquier otro acto administrativo— ha de ser motivado, de manera que si la autoridad laboral procedió a contestar la comunicación de cierre de la empresa «de inmediato... y utilizando una formulación cuasi ritual, sin dar a conocer el proceso de razonamiento que singularizara y determinase... las decisiones adoptadas», entonces sólo cabe concluir que se le produjo a la empresa verdadera «indefensión material»<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Cfr. STCT de 8 julio 1988 (Ar. 4881); también, SsTCT de 30 noviembre 1981 (Ar. 7052) y 11 octubre 1985 (Ar. 5895), y SsTSJ Castilla y León (Burgos) de 6 febrero 1992 (Ar. 574) y Andalucía (Sevilla) de 5 diciembre 2000 (Ar. 2767).

<sup>85</sup> Por todas, STCT de 10 octubre 1987 (Ar. 21263).

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> Así los califica, por ejemplo, STS de 31 marzo 2000 (Ar. 7403).

<sup>88</sup> Al respecto, STS (Sala 3ª) de 23 abril 1990 (Ar. 4864), a propósito de un caso en que «la Sociedad actora ante la huelga intermitente de sus empleados... y ante la posibilidad de daños graves a las instalaciones, por las paradas y arranques de la maquinaria y cuantiosos gastos adicionales a los derivados del ejercicio del derecho de huelga procede a comunicar a la Autoridad Laboral el cierre patronal».

Si el cierre se ajusta a la regulación que acaba de describirse y, por tanto, es calificable de «legal», produce exactamente los mismos efectos contractuales y de Seguridad Social que una huelga lícita, pues el DLRT afirma que «el cierre patronal, efectuado dentro de los términos establecidos en el presente Real Decreto-ley, producirá respecto al personal afectado los efectos previstos en los párrafos 1 [no extinción del contrato de trabajo], 2 [suspensión del contrato de trabajo sin derecho a cobrar el salario] y 3 [alta especial en la Seguridad Social] del artículo 6º del mismo» (artículo 12.2).

La jurisprudencia laboral admite la posibilidad, en caso de cierres «legales» frente a irregularidades colectivas distintas de la huelga, de que el empresario —aunque el cierre haya sido «total»— abone sus salarios a los trabajadores no participantes en dichas irregularidades, sin que ello constituya discriminación<sup>89</sup>.

Por el contrario, si el cierre no se ajustase a esa regulación y, por tanto, fuese calificable de «ilegal», entonces el empresario —además de poder ser administrativamente sancionado— incurre en *mora accipiendi*, pues dichas posibles sanciones administrativas «se entienden sin perjuicio de la obligación empresarial de reabrir el centro de trabajo ilícitamente cerrado y de abono a los trabajadores que hayan dejado de prestar sus servicios como consecuencia del cierre del centro de trabajo los salarios devengados durante el período de cierre ilegal»<sup>90</sup>.

Según la jurisprudencia laboral, tienen el carácter de cierres «ilegales» los cierres patronales informales o encubiertos, como en el caso de «la medida decretada por la empresa de reincorporación escalonada al trabajo durante dos días, una vez concluida la huelga, que afectó a 180 trabajadores»<sup>91</sup>.

En la actualidad, la única infracción administrativa del empresario tipificada en la LISOS y expresamente relativa al cierre patronal es la «muy grave», sancionable con multa de como máximo 90.151,82 euros, consistente en «la negativa del empresario a la reapertura del centro de trabajo en el plazo establecido, cuando fuera requerida por la autoridad laboral competente en los casos de cierre patronal» (artículo 8.9)<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Al respecto, véanse SsTCT de 23 junio 1986 (Ar. 5339) y 10 octubre 1987 (Ar. 21263).

<sup>90</sup> Así lo dispone, fuera ya del capítulo II de su Título I, el artículo 15, párrafo 2º, del DLRT.

<sup>91</sup> Véanse SsTCT de 24 marzo 1986 (Ar. 2014) y 29 enero 1987 (Ar. 2047).

<sup>92</sup> A este precepto hay que entender realizada la remisión que el artículo 15, párrafo 1º, del DLRT efectúa, literalmente, al «artículo 33 de la Ley de Relaciones Laborales». Sobre este tema, véase *infra*, Tema 35, §9 *in fine*.



---

## TEMA 33

### INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCION DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Concepto y clases de conflictos colectivos. §2. La conciliación, la mediación y el arbitraje. §3. La solución extrajudicial de conflictos colectivos económicos. §4. La solución extrajudicial de conflictos colectivos jurídicos. §5. Los arbitrajes obligatorios.

§1. En su acepción más básica, «conflicto colectivo» es la expresión antónima de «convenio colectivo». En efecto, del mismo modo que consenso y conflicto se oponen, si no existe convenio colectivo, bien de hecho —porque materialmente no lo hay, pero queriendo que lo haya alguna de sus posibles partes—, bien de derecho —porque, aún habiéndolo materialmente, las partes del mismo no están de acuerdo acerca de su sentido o significado—, lo que inexorablemente se origina entonces es dicha clase de conflicto.

La expresión se remonta por lo menos a la Real Orden de 2 julio 1909, sobre Instrucciones para el Servicio de Estadísticas de las Huelgas, relativa al deber de comunicar el alcalde, aparte las huelgas declaradas en su término municipal, también «cualquiera discusión o *conflicto de carácter colectivo*, entre patronos y obreros, por causa del trabajo» (artículo 1)<sup>1</sup>.

Es una expresión constitucional, pues la utiliza el artículo 37.2 de la CE, al reconocer el «derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de *conflicto colectivo*». Cuando se insertó en este precepto, es claro que la expresión «conflicto colectivo» se manejaba con el significado que por aquel entonces tenía, y que todavía sigue teniendo. Según este significado de siempre, se trata de un género de conflictos de trabajo, que comprende dos especies, que son los conflictos colectivos «económicos» o de intereses y los conflictos colectivos «jurídicos».

---

<sup>1</sup> Según ponía luego de relieve la propia norma, esa «discusión o conflicto de carácter colectivo» comprendía tanto «la preparación o declaración de la huelga» (artículo 2, párrafo 1º, número 5º), como «el caso de que uno o varios patronos hubieren resuelto el despido colectivo de sus obreros» (artículo 2, párrafo 2º). Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, IELSS (Madrid, 1985), pág. 167.

En 1978, la distinción entre ambos tipos de conflictos colectivos tenía una sólida tradición marcada por la serie de «Decretos» franquistas, sobre «conflictos colectivos de trabajo», de los años 1962<sup>2</sup>, 1970<sup>3</sup> y 1975<sup>4</sup>. Al promulgarse la CE, el tema aparecía regulado en el Título II del DLRT (artículos 17 a 26), también con la rúbrica «Conflictos Colectivos de Trabajo».

Evidentemente el contrapunto de los «conflictos colectivos» son los «conflictos individuales» de trabajo. A ambos alude hoy el artículo 91 del ET, párrafos 2º («controversias colectivas») y 5º («controversias de carácter individual»), el artículo 2.2.d) de la LOLS («conflictos individuales y colectivos»), el artículo 9.5 de la LOPJ («tanto en conflictos individuales como colectivos») y el artículo 1 de la LPL («conflictos tanto individuales como colectivos»).

La exposición de motivos del recién citado Decreto de 1962 —al parecer, redactada por M. ALONSO OLEA— constituye un referente clásico acerca de lo que debía entenderse por los pares conflictos individuales-colectivos y jurídicos-económicos<sup>5</sup>.

Los «económicos» son los conflictos colectivos orientados a modificar (y usualmente, mejorar) el marco regulador de las condiciones de trabajo existente en un determinado momento, normalmente contenido en un convenio colectivo. En cambio, los «jurídicos» son los conflictos colectivos meramente orientados a interpretar ese mismo marco jurídico regulador de las condiciones de trabajo.

Ambos significados de la expresión fueron constitucionalizados por la STC 11/1981, de 8 abril, al referirse con toda naturalidad a los «conflictos derivados de discrepancias sobre interpretación», y luego, a que «dentro del conjunto de los llamados conflictos para modificar las condiciones de trabajo, era uno de ellos —y tal vez el más significativo— el determinado por el fracaso de las negociaciones del convenio colectivo» (FJ 24º).

§2. Cuando el citado artículo 37.2 de la CE habla del «derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar *medidas* de conflicto colectivo», también hay que tener en cuenta que la palabra constitucional «medidas» posee, a su vez, un doble significado, con el que simultáneamente pretende aludirse: 1) a los instrumentos de presión, pero distintos de la huelga —específicamente mencionada y regulada aparte, en el artículo 28.2 de la CE—, utilizables para alterar el equilibrio de fuerzas existente entre las partes de un conflicto colectivo; y 2) a los instrumentos de solución de este mismo tipo de conflictos.

El primero de dichos significados lo explicitó la STC 11/1981, de 8 abril, al afirmar que «el constituyente quiso separar el derecho de huelga del resto de las posibles medidas

<sup>2</sup> Cfr. Decreto 2354/1962, de 20 septiembre.

<sup>3</sup> Cfr. Decreto 1376/1970, de 22 mayo.

<sup>4</sup> Cfr. Decreto-ley 4/1975, de 22 mayo.

<sup>5</sup> En ella se afirmaba lo siguiente: «la colectividad del conflicto no es más que un género dentro del que caben numerosas especies; puede tratarse de un conflicto individual puro y simple que las circunstancias generalizan, o puede tratarse de un conflicto verdaderamente colectivo en el sentido de que afecte a intereses de categorías profesionales o al conjunto o grupos de trabajadores al servicio de una empresa. Por otro lado, difiere en su naturaleza el conflicto que versa sobre la aplicación de una norma existente, sea estatal, sea contenida en un Convenio Colectivo, del que precede al establecimiento de la misma norma colectiva» (párrafo 9º).

de conflicto», y además, que «ha incluido el “lock-out” entre las medidas generales de conflicto en el art. 37» (FJ 22º)<sup>6</sup>.

El segundo aparece explicitado en la STC 217/1991, de 14 noviembre, según la cual entre las «medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE)... se encuentran... las de crear medios propios y autónomos para solventarlo».

Estos instrumentos de solución de los conflictos colectivos pueden ser, también a su vez, de dos grandes tipos: judiciales y extrajudiciales. Ambos se caracterizan por la necesaria intervención de un tercero, distinto de las partes del conflicto colectivo, que es precisamente el sujeto a quien corresponde dar solución al mismo. Si este tercero no es ningún juez que actúe siguiendo los trámites de un proceso judicial, sino otro sujeto distinto, se habla entonces de procedimientos o instrumentos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos.

Acerca de los instrumentos «judiciales» para la solución de conflictos colectivos, una reiterada jurisprudencia constitucional sobre legitimación de los sindicatos para plantear «judicialmente» conflictos colectivos, que se inicia ya en 1982<sup>7</sup>, acabó provocando que la LOLS debiese afirmar que «el ejercicio de la actividad sindical... comprenderá, en todo caso..., el planteamiento [judicial] de conflictos individuales y colectivos»[artículo 2.2.d)], que forma parte del «contenido esencial» de la libertad sindical, de que gozan todos los sindicatos.

En cambio, «participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo» —expresión con la que pretende aludirse a los citados procedimientos «extrajudiciales»— forma parte del «contenido adicional» de la libertad sindical, pues la LOLS sólo reconoce este otro derecho a los sindicatos más representativos de ámbito estatal [artículo 6.3.d)], a los sindicatos más representativos de Comunidad Autónoma (artículo 7.1, párrafo 2º) y a los sindicatos mera o simplemente representativos (artículo 7.2), pero no a los demás.

Tradicionalmente, estos instrumentos extrajudiciales se vienen identificando con la conciliación, la mediación y el arbitraje. En la conciliación interviene un tercero imparcial (o «conciliador»), que meramente intenta acercar las posiciones de ambas partes en conflicto. En la mediación, en cambio, el tercero imparcial (o «mediador») da un paso más, pues realiza una propuesta de solución del conflicto, aunque esta propuesta no vincule a ninguna de las partes. En fin, en el arbitraje el tercero imparcial (o «árbitro») emite una propuesta de solución del conflicto, pero que sí vincula ya a las partes del mismo —por haberse comprometido previa y voluntariamente a aceptar dicha propuesta—, la cual se conoce tradicionalmente con el nombre de «laudo»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Sobre esto, véase *supra*, Tema 32, §7.

<sup>7</sup> Cfr. STC 70/1982, de 29 noviembre.

<sup>8</sup> Véase M.A. BALLESTER PASTOR, *El arbitraje laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1993), págs. 17 ss.

Indudablemente contribuyó mucho a la popularización de toda esta terminología la promulgación del Real Decreto-ley 5/1979, de 26 enero, creando el «Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación» (IMAC), como organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo, luego suprimido como tal organismo autónomo en 1985, aunque mantenga sus funciones como servicio administrativo de mediación, arbitraje y conciliación o SMAC (eventualmente transferido a las Comunidades Autónomas)<sup>9</sup>, encargado de atender, entre otras funciones, la conciliación obligatoria previa al proceso laboral<sup>10</sup>.

**§3.** La conciliación, la mediación y el arbitraje son instrumentos especialmente idóneos para resolver conflictos colectivos «económicos», dado que los jueces estatales siempre han carecido de competencia para crear normas sectoriales y, por tanto, para poder resolver dicha concreta clase de conflictos colectivos.

Sólo en etapas de mucha confusión jurídica y política pudo llegar a otorgarse competencia al juez para zanjar conflictos colectivos «económicos», imponiendo por sentencia a las partes del conflicto colectivo en cuestión un convenio colectivo, como ocurrió en la Italia fascista de los años veinte y treinta del siglo pasado<sup>11</sup>.

En la España franquista, este tipo de conflictos lo resolvía la Administración laboral, pero nunca la Jurisdicción de Trabajo, imponiendo a las partes —que habían fracasado al negociar un convenio colectivo— los entonces denominados «laudos de obligado cumplimiento»<sup>12</sup>.

Se trata de un tema mínima y asistemáticamente regulado en nuestra legislación laboral, por causa sobre todo de que nunca fueron promulgadas las dos leyes cuya promulgación prevé la CE, en sus artículos 28.2 y 37.2, a propósito de la regulación del derecho de huelga y del derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo. Al respecto, nuestra legislación laboral meramente se limita a indicar lo siguiente<sup>13</sup>: 1) que el acuerdo obtenido por ambas partes del concreto conflicto colectivo «económico» de que se trate, ante un conciliador o ante un mediador —al que voluntariamente se hubieran sometido previamente—, así como el laudo emanado por un árbitro —al que también se hubiesen sometido voluntariamente,

<sup>9</sup> Véase *infra*, Tema 34, §1.

<sup>10</sup> Véase *infra*, Tema 40, §2. Sobre el tema, véase D. LANTARON BARQUIN, *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova (Valladolid, 2003), págs. 225 ss.

<sup>11</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «Reflexiones sobre el cierre patronal y la huelga como formas de lucha ritual», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 3 (1999), págs. 759 ss.

<sup>12</sup> Traza la historia de este tema la citada STC 11/1981 (FJ 24º). Véase J. MONTALVO CORREA, *Las normas de obligado cumplimiento. Un estudio sobre el intervencionismo del Estado en la negociación colectiva en España*, ENAP (Madrid, 1972), págs. 21 ss.

<sup>13</sup> Aunque parezca ya histórico el arbitraje previsto en la disposición transitoria 6ª del ET, a propósito del fracaso en la negociación de convenios colectivos sectoriales estatales de sustitución de las viejas reglamentaciones de trabajo y ordenanzas laborales (declaradas caducadas en 31 diciembre 1995), todavía continúa dictándose ocasionalmente. Sobre el laudo de 2000 cubriendo el vacío dejado por la caducidad de la ordenanza laboral del trabajo en el campo de 1975, véase *supra*, Tema 11, §5. Además, véase *infra*, Tema 34, §3.

suscribiendo ambas partes el correspondiente compromiso arbitral—, tendrá la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo; y 2) que los convenios colectivos pueden incluir cláusulas regulando procedimientos arbitrales para resolver una muy concreta clase de conflictos colectivos «económicos», que son los ocurridos tras fracasar las negociaciones llevadas a cabo para estipular los acuerdos, por definición «colectivos», previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 del ET.

El primero de dichos aspectos aparece regulado en el artículo 24 del DLRT —a propósito del denominado procedimiento administrativo de conflicto colectivo<sup>14</sup>—, según el cual «en la comparecencia [subsiguiente al planteamiento de conflicto colectivo de trabajo], la Autoridad laboral intentará la avenencia entre las partes», teniendo en cuenta que «los acuerdos serán adoptados por mayoría simple de las representaciones de cada una de las mismas», y que «dicho acuerdo tendrá *la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo*» (párrafo 1º); además, «las partes podrán designar uno o varios Arbitros», teniendo en cuenta que «en tal caso, éstos, que cuando sean varios habrán de actuar conjuntamente, deberán dictar su laudo en el término de cinco días», y que «la decisión que adopten tendrá *la misma eficacia que si hubiera habido acuerdo entre las partes*» (párrafo 2º).

En cuanto al segundo, el ET afirma lo siguiente: «los convenios colectivos podrán regular... procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 de esta Ley; los laudos arbitrales que a estos efectos puedan dictarse tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el período de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los Convenios» (artículo 85.1).

Los interlocutores sociales intentan, especialmente desde 1994, paliar todas estas insuficiencias de la legislación laboral, negociando —al amparo de lo que dispone el artículo 83.3 del ET, a propósito de los «acuerdos sobre materias concretas»— acuerdos interprofesionales para la solución extrajudicial de conflictos de trabajo<sup>15</sup>. En esta línea, se ha estipulado ya un total de dieciocho acuerdos interprofesionales, de los cuales diecisiete son de ámbito autonómico, y el restante, de ámbito estatal. Este último es actualmente el denominado «Tercer Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC-III)»<sup>16</sup>. Fue suscrito

<sup>14</sup> Obviamente, en la parte de esta regulación —común, en principio, para la resolución de conflictos colectivos tanto «económicos» como «jurídicos»— no declarada inconstitucional por la citada STC 11/1981.

<sup>15</sup> Sobre la evolución del tema, a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, véase J. MARTINEZ GIRON, «Medios de solución de conflictos colectivos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo*, núm. 13 (1998), págs. 130 ss.

<sup>16</sup> Se ordenó su registro, depósito y publicación por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 12 enero 2005 (cfr. BOE de 29 enero 2005). Se denomina «tercer» acuerdo porque reemplazó al «Segundo Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC-II)», cuya vigencia expiró el 31 diciembre 2004. Este reemplazó, a su vez, al primer «Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales» (ASEC), cuya vigencia expiró el 31 diciembre 2000. Véase *supra*, Tema 28, §2 *in fine*.

—con fecha de entrada en vigor de 30 enero 2005 y hasta 31 diciembre 2008<sup>17</sup>— por las asociaciones sindicales y organizaciones empresariales más representativas a nivel estatal, y prevé la *mediación* y el *arbitraje* como medios de solución de conflictos colectivos «económicos», en los tres siguientes supuestos: 1) «conflictos ocasionados por discrepancias surgidas durante la negociación de un Convenio Colectivo u otro acuerdo o pacto colectivo»<sup>18</sup>; 2) «conflictos que den lugar a la convocatoria de una huelga o que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga»<sup>19</sup>; y 3) «conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41, 47 y 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores»<sup>20</sup>.

Los procedimientos de mediación y arbitraje regulados en el ASEC-II son gestionados por una «fundación» de composición paritaria, denominada «Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje» (SIMA), tutelada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y financiada con cargo a partidas consignadas en las Leyes de Presupuestos del Estado<sup>21</sup>.

En todas las Comunidades Autónomas existe el respectivo acuerdo interprofesional autonómico de solución extrajudicial de conflictos de trabajo<sup>22</sup>.

**§4.** La conciliación, la mediación y el arbitraje tienen, en cambio, una importancia secundaria cuando se prevé su utilización para resolver conflictos colectivos «jurídicos». Ello se debe a que los jueces estatales —a diferencia de lo que ocurre con los conflictos colectivos «económicos»— sí tienen competencia para resolver este otro tipo de conflictos colectivos, por los trámites de un proceso laboral especial de gran tradición en España, que es el denominado por la LPL proceso laboral especial «de conflictos colectivos» (artículos 151 a 160)<sup>23</sup>.

Acerca de dicho proceso laboral especial, regulado por vez primera en la LPL de 1963, el TC afirma hoy elogiosamente que «este procedimiento vino a alterar su finalidad última

<sup>17</sup> Cfr. su artículo 2.2, en el que también se prevé su prórroga «a partir de tal fecha, por sucesivos períodos de cinco años en caso de no mediar denuncia expresa de alguna de las partes con una antelación mínima de seis meses a la terminación de cada período».

<sup>18</sup> Artículo 4.1.b).

<sup>19</sup> Artículo 4.1.c).

<sup>20</sup> Artículo 4.1.d).

<sup>21</sup> Cfr. Resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 abril 2005 (BOE de 13 mayo 2005).

<sup>22</sup> En este conjunto de diecisiete acuerdos interprofesionales autonómicos se siguen dos modelos distintos: de un lado, los orientados (caso de los acuerdos vasco o gallego) sólo a la solución de los conflictos colectivos —al igual que ocurre con el ASEC-III (cfr. su artículo 4.3)—, y de otro lado, los orientados a la solución de conflictos tanto individuales (eso sí, con importantes excepciones) como colectivos (caso del acuerdo catalán). Véase D. LANTARON BARQUIN, *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, cit., págs. 989 ss.

<sup>23</sup> Véase *infra*, Tema 41, §4.

más allá de su continuidad, con la consagración del sistema constitucional de relaciones de trabajo, pasando a conformarse como instrumento de la autonomía colectiva, columna vertebral de aquel»<sup>24</sup>.

El ASEC-III y restantes diecisiete acuerdos interprofesionales autonómicos, antes mencionados, también prevén la utilización de instrumentos extrajudiciales para la solución de este otro tipo de conflictos colectivos<sup>25</sup>. Pero resultan inoperantes en su objetivo de desjudicializar la solución de los conflictos colectivos «jurídicos», a pesar de la batería de preceptos de apoyo insertados en 1990 y en 1994, tanto en el ET como en la LPL, y supuestamente orientados a fomentar la consecución de ese fin<sup>26</sup>. En efecto, no constituyen ninguna alternativa eficaz al proceso laboral especial «de conflictos colectivos», fundamentalmente por tres razones.

Cabe, sin embargo, anotar en el haber de los citados acuerdos interprofesionales que hayan logrado parcialmente la «desadministrativización» de la conciliación obligatoria previa a la presentación de la demanda de conflicto colectivo (a cargo del SMAC o sus equivalentes autonómicos transferidos), al amparo de lo dispuesto en los artículos 63 y 154.1 de la LPL<sup>27</sup>, sustituyendo por sus respectivos procedimientos extrajudiciales la conciliación que debe realizarse, en principio, «ante el servicio administrativo correspondiente»<sup>28</sup>. El que esta sustitución sea sólo parcial fuerza todavía a distinguir entre procedimientos «privados»

<sup>24</sup> Cfr. STC 178/1996, de 12 noviembre. Más jurisprudencia constitucional elogiosa al respecto, en J. MARTINEZ GIRON, «Medios de solución de conflictos colectivos», cit., pág. 136.

<sup>25</sup> Así, en el ASEC-III se afirma que «serán susceptibles de someterse a los procedimientos previstos en este Acuerdo... los conflictos colectivos de interpretación y aplicación definidos de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral» [artículo 4.1.a)].

<sup>26</sup> Se trata de los artículos 33.9, 85.1, 85.3.e) y 91, párrafos 2º a 5º, y de la disposición adicional 13ª, todos del ET; y también, de los artículos 63, 65.3 y 154.1, y de la disposición adicional 7ª, todos de la LPL. Estos injertos suponían el reconocimiento de todas las insuficiencias de la legislación hasta entonces existente sobre el tema y, especialmente, del artículo 8.1 del DLRT («los Convenios Colectivos podrán establecer normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de los conflictos que den origen a la huelga») y del artículo 91 del ET-1980. Sobre el tema, véase J. CRUZ VILLALON, *El arbitraje laboral en la reforma legislativa*, Tirant lo blanch (Valencia, 1995), págs. 11 ss.

<sup>27</sup> Según este precepto, «será requisito necesario para la tramitación del proceso el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente [SMAC, CMAC, etc.] o ante los órganos de conciliación que puedan establecerse a través de los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

<sup>28</sup> En este sentido, el ASEC-III afirma que «la mediación ante el SIMA sustituye a la conciliación administrativa previa a los efectos previstos en los artículos 63 y 154 de la Ley de Procedimiento Laboral» (artículo 8, párrafo 2º). Pero la sustitución no es completa, sino sólo parcial. De ahí que en el «Acuerdo Tripartito en materia de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales», cuyo registro, depósito y publicación ordenó la citada Resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 abril 2005, se afirme que «el Servicio Administrativo de Mediación Arbitraje y Conciliación, con sede en la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *mantendrá sus competencias y funciones* respecto de aquellos supuestos no incluidos en el ámbito de aplicación del ASEC-III, bien por los propios términos de éste o bien por pertenecer a sectores, subsectores o empresas que no hayan ratificado o se hayan adherido al Acuerdo, y en tanto no lo hagan» (artículo 4).

y «públicos» (estos últimos también calificables de «oficiales») para la solución extrajudicial de conflictos de trabajo<sup>29</sup>.

Además, igualmente debe anotarse en su haber el que reforzasen de algún modo el papel de las comisiones paritarias de los convenios colectivos, en cuanto que trámite que obligatoriamente puede también preceder al planteamiento de demanda de conflicto colectivo<sup>30</sup>.

En primer lugar, porque el escrito de parte instando la puesta en marcha de procedimientos extrajudiciales carece de la eficacia propia de una demanda dirigida a un órgano judicial, en el sentido de que no obliga a la otra parte del conflicto —precisamente por causa del carácter estrictamente «voluntario» que tienen todos estos procedimientos extrajudiciales<sup>31</sup>— a tener que pasar por ninguna solución extrajudicial del conflicto<sup>32</sup>, mientras que la demanda iniciadora del proceso laboral especial «de conflictos colectivos» obliga una vez planteada, como cualquier otra demanda, a tener que pasar necesariamente, guste o no guste, por la solución judicial del correspondiente conflicto colectivo «jurídico». En segundo lugar, porque los principios rectores de los procedimientos extrajudiciales —esto es, «gratuidad, celeridad, igualdad procesal, audiencia de las partes, contradicción e imparcialidad»<sup>33</sup>— resultan ser exactamente los mismos principios a que se ajusta la tramitación del proceso laboral especial «de conflictos colectivos». En tercer lugar, frente a la irreprochable profesionalidad de los jueces y magistrados de lo Social, dedicados en exclusiva a enjuiciar y resolver conflictos de trabajo, porque hay que suponer que las listas de mediadores y árbitros ofertadas a las partes en conflicto por el ASEC-II<sup>34</sup>, y demás acuerdos autonómicos

<sup>29</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «Procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos individuales de trabajo: experiencias y perspectivas», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 4 (2000), pág. 347, y bibliografía allí citada.

<sup>30</sup> La regla general al respecto, establecida en el ASEC-III, es que «en los conflictos derivados de la interpretación y aplicación de un Convenio Colectivo será preceptiva la intervención previa de la Comisión Paritaria del mismo, sin la cual no podrá dársele trámite» (artículo 10.1, párrafo 1º), teniendo en cuenta que «en caso de que la Comisión Paritaria no tenga atribuidas competencias en materia de solución de conflictos, la parte promotora de la mediación o el arbitraje podrá solicitarlos directamente ante el SIMA, acreditando que ha agotado el trámite previsto... ante la Comisión Paritaria» (artículo 10.3). Sobre el tema, véase STC 217/1991, de 14 noviembre, y *supra*, Tema 30, §2.

<sup>31</sup> La voluntariedad de los procedimientos de mediación y arbitraje previstos, por ejemplo, en el ASEC-III es clara. En efecto, en relación con la mediación, afirma que «será obligatoria... en todo caso, siempre que la demande una de las partes del conflicto» (artículo 8, párrafo 2º), pero sólo porque las partes pueden rechazar luego libremente («aceptarán o rechazarán de manera expresa») las propuestas realizadas por el mediador (cfr. artículo 15.3). En relación con el arbitraje —dado que el laudo, en cambio, sí vincula inexorablemente—, afirma que «el arbitraje... sólo será posible cuando ambas partes, de mutuo acuerdo, lo soliciten por escrito» (artículo 8, párrafo 3º).

<sup>32</sup> Sobre sus formalidades, que «guardan un parecido irresistible con las del escrito de demanda» (cfr. J. MARTINEZ GIRON, «Medios de solución de conflictos colectivos», cit., pág. 135), véase ahora artículos 14.2 y 20.1 del ASEC-III.

<sup>33</sup> Cfr. artículo 8, párrafo 2º, del ASEC-III.

<sup>34</sup> Cfr. sus artículos 14.4, a propósito de las listas de mediadores, y 20.3, a propósito de las listas de árbitros.



mencionados, no se refieren a profesionales de la solución extrajudicial de conflictos, sino a personas preferentemente dedicadas, como actividad principal suya —de la que, por tanto, viven<sup>35</sup>—, a quehaceres profesionales distintos del de resolver conflictos colectivos.

Por excepción, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social sí pueden reputarse verdaderos profesionales de la conciliación, la mediación y el arbitraje en los conflictos de trabajo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley 42/1997, de 14 noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aunque «la función de arbitraje por parte de la Inspección... será incompatible con el ejercicio simultáneo de la función inspectora por la misma persona que ostenta la titularidad de dicha función sobre las empresas sometidas a su control y vigilancia» (artículo 3.3.3).

Téngase en cuenta, además, que el pleito —y por tanto, la solución judicial del conflicto— es la razón de ser y de existir del laborista dedicado al ejercicio libre de su profesión, ya se trate de abogado o graduado social<sup>36</sup>.

Por todo ello, algún autor concluye que los instrumentos de solución extrajudicial de conflictos colectivos sólo resultarán de verdad eficaces cuando se adopte, entre otras medidas, la de «supresión del proceso judicial de conflictos colectivos»<sup>37</sup>.

**§5.** Además de los instrumentos citados para la solución extrajudicial de conflictos colectivos, que son voluntarios por su propia naturaleza, tanto el DLRT como el ET prevén también la existencia de arbitrajes obligatorios, al efecto de imponer a las partes la solución de ciertos conflictos colectivos de trabajo, tanto «económicos» como «jurídicos».

La intervención de la comisión paritaria de un convenio colectivo sectorial, en los procedimientos subsidiarios de descuelgue salarial a que se refiere el artículo 82.3, párrafos 2º y 3º del ET, no tiene ningún carácter de arbitraje obligatorio, pues tanto si hay acuerdo en el seno de la comisión paritaria como si no lo hay, cabe replantear luego libremente el asunto ante los tribunales laborales por la vía del proceso laboral especial «de conflictos colectivos»<sup>38</sup>.

En general, nuestros tribunales laborales miran con aversión el arbitraje obligatorio creado por convenio colectivo, especialmente si pretende imponerse para resolver conflictos individuales de trabajo, por causa de la violación que ello implicaría del derecho de tutela judicial efectiva del trabajador, del artículo 24 de la CE<sup>39</sup>.

Así, respecto de los que normalmente serán conflictos colectivos «económicos», el DLRT afirma que «el Gobierno, a propuesta del

<sup>35</sup> Sobre la «profesión de árbitro» en los Estados Unidos (y sobre su retribución), véase L.J. COOPER y D.R. NOLAN, *Labor Arbitration: A Coursebook*, West Publishing Co. (St.Paul-Minn., 1994), págs. 18 ss.

<sup>36</sup> Acerca de todas estas razones, véase J. MARTINEZ GIRON, «Medios de solución de conflictos colectivos», cit., págs. 135-136.

<sup>37</sup> Véase J. CRUZ VILLALON, «Presentación», *Temas Laborales*, núm. 70 [«Monográfico sobre Mediación y Arbitraje en los Conflictos Laborales en homenaje al Profesor Don Manuel Alonso Olea»] (2003), pág. 19.

<sup>38</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «Artículo 82.3, párrafos 2º y 3º», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XII-vol. 1º, EDERSA (Madrid, 2001), págs. 45-46.

<sup>39</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «Procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos individuales de trabajo: experiencias y perspectivas», cit., págs. 354-355.

Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar la reanudación de la actividad laboral..., de modo definitivo, mediante el establecimiento de un arbitraje obligatorio» (artículo 10, párrafo 1º). En este caso, es clara la obligatoriedad, al no existir siquiera compromiso arbitral que deban suscribir ambas partes en conflicto.

La citada STC 11/1981 declaró constitucional esa «facultad que se le reconoce al gobierno de instituir un arbitraje obligatorio como vía de terminación de la huelga», pues «no por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro y es medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos como los que el precepto describe» (FJ 19º).

Respecto de lo que el artículo 76 del ET denomina «*r e c l a m a c i o n e s en materia electoral*» —planteadas con ocasión de la celebración de elecciones a representantes legales o unitarios de los trabajadores—, es evidente que también resulta obligatorio el procedimiento arbitral tan prolijamente regulado en ese mismo precepto, al efecto de resolver las reclamaciones jurídicas en cuestión, de tan notorio interés colectivo. En efecto, aquí el «escrito» de parte iniciando el procedimiento arbitral posee exactamente la misma eficacia que la «demanda» de iniciación de un proceso judicial, puesto que obliga a todos los interesados en la correspondiente reclamación electoral a estar y pasar por lo que el árbitro del caso —designado, en principio, por acuerdo sindical «unánime»<sup>40</sup>— resuelva a través de su laudo<sup>41</sup>.

Esta obligatoriedad se explica porque se trata de un procedimiento arbitral ideado, a instancia de las asociaciones sindicales más representativas a nivel estatal, con el propósito de eliminar la competencia que desde 1980 y hasta 1994 ejercían los tribunales laborales, resolviendo —por los trámites de un proceso laboral especial, desaparecido precisamente en 1994<sup>42</sup>— estos pleitos tan polémicos, en los que muy frecuentemente los sindicatos eran las partes en conflicto<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. artículo 76.3 del ET.

<sup>41</sup> La LPL regula en sus artículos 127 a 132 un proceso laboral especial para la impugnación de estos laudos. Sobre él, véase *infra*, Tema 41, §4.

<sup>42</sup> Últimamente regulado en los artículos 127 a 136 de la LPL-1990, bajo la rúbrica «Materia electoral».

<sup>43</sup> Sobre el tema, véase D. LANTARON BARQUIN, *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, cit., págs. 383 ss.

---

PARTE QUINTA

---

**DERECHO ADMINISTRATIVO LABORAL**

---



---

**TEMA 34**

**LOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS LABORALES**

---

**Xosé Manuel Carril Vázquez**

**Sumario:** §1. La autoridad laboral. §2. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social. §3. La participación institucional.

§1. Aunque de origen franquista, la expresión «autoridad laboral» sigue teniendo todavía una actualidad incuestionable, puesto que la utilizan repetidamente nuestras leyes laborales más importantes (esto es, el ET, la LPL y la LISOS). Con ella, pretende aludirse en nuestra legislación a la Administración pública ordinaria actuante en temas laborales. Y en este sentido, «autoridad laboral» se contrapone: 1) de un lado, a «autoridad gubernativa», puesto que esta última —tal y como la concibe la legislación laboral, como en el caso, por ejemplo, del DLRT, a propósito de las huelgas que afecten a los servicios esenciales para la comunidad— no ejerce potestades administrativas ordinarias, sino verdaderas potestades de gobierno<sup>1</sup>; y 2) de otro lado, a «autoridad judicial» (esto es, a Jueces y Magistrados), que tampoco ejerce las citadas potestades administrativas ordinarias, sino el poder jurisdiccional del Estado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado<sup>2</sup>.

La expresión «autoridad laboral» aparece utilizada en más de 40 ocasiones, en el ET; en más de 20 ocasiones, en la LPL; y en más de 15 ocasiones, en la LISOS. No la emplean, en cambio, las leyes administrativas de carácter general.

La Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, afirma que «el auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la *Autoridad Laboral* recaída en un

---

<sup>1</sup> Véase *supra*, Tema 32, §6. Con terminología que no parece precisa, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero (modificada por la Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 diciembre, 11/2003, de 29 septiembre, y 14/2003, de 20 noviembre), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, atribuye a la «autoridad gubernativa» la imposición de las sanciones por infracciones administrativas establecidas en la propia Ley Orgánica, indicando al efecto que «autoridad gubernativa» es el «Subdelegado del Gobierno» o el «Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales» (artículo 55.2).

<sup>2</sup> Véanse, en el ET, artículos 51.5, párrafo 2º; 53.4, párrafo 1º; y 53.5, párrafo 1º. En la LPL, artículo 145bis.1.

expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo» (artículo 64.7, párrafo 2º)<sup>3</sup>.

Acerca de sus orígenes franquistas, baste indicar que la Ley de convenios colectivos sindicales de 24 abril 1958 afirmaba, por ejemplo, que «en el plazo máximo de quince días hábiles, a partir de su recepción por la *autoridad laboral* competente, ésta deberá aprobar el convenio, declarar la nulidad de lo actuado por defecto esencial no subsanable o devolverlo sin aprobación, expresando a la Organización sindical las razones de su decisión» (artículo 13, párrafo 1º).

Durante el franquismo, como es lógico, la única «autoridad laboral» existente era la del Estado (ya central, correspondiente a los órganos centrales del Ministerio de Trabajo, ya provincial, correspondiente a las Delegaciones Provinciales del propio Ministerio de Trabajo). Ahora bien, tras la CE, esta situación cambió radicalmente, en un doble sentido: 1) de un lado, porque la «autoridad laboral» postconstitucional fue perdiendo progresivamente multitud de competencias que ejercía la «autoridad laboral» franquista, pero que eran incompatibles con el nuevo marco de relaciones laborales diseñado por la CE<sup>4</sup>; y 2) de otro lado, porque la «autoridad laboral» postconstitucional se desdobló, a su vez, en dos «autoridades laborales» distintas, la del Estado o estatal y la de las Comunidades Autónomas o autonómica. Esta última, fue detrayéndole competencias a la «autoridad laboral» estatal<sup>5</sup>, sobre la base firme —sentada por hasta diecinueve SsTC, de las cuales casi la mitad fueron falladas entre 1981 y 1989— de que las competencias de «ejecución» de la «Legislación laboral» correspondían, lógicamente en sus territorios respectivos, a «los órganos de las Comunidades Autónomas», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.7ª de la CE.

El punto de inflexión en el citado proceso de detracción de competencias por parte de la «autoridad laboral» autonómica a la «autoridad laboral» estatal, especialmente la provincial, lo marca la promulgación del Real Decreto 2725/1998, de 18 diciembre<sup>6</sup>.

En la jurisprudencia constitucional sobre interpretación de lo que sea «ejecución de la legislación laboral» se aprecia una cierta evolución en favor de las competencias ejecutivas de la «autoridad laboral» autonómica. Así, por ejemplo, la afirmación del TC de que la resolución administrativa de extensión de un convenio colectivo «tiene la naturaleza propia

<sup>3</sup> Además, véase su artículo 64.6, párrafo 2º.

<sup>4</sup> Véase F. GONZALEZ DE LENA ALVAREZ, «La intervención de la Administración en las relaciones laborales. Recopilación de posibles actuaciones administrativas», *Relaciones Laborales*, 1990-I, págs. 973 y ss.

<sup>5</sup> Como afirma A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Tecnos (Madrid, 2005), pág. 246, la regla general es hoy que «el Estado conserva en todo caso (y los Estatutos de Autonomía se encargan de recalcarlo) las competencias en materia de migraciones internas y exteriores, fondos nacionales y de empleo y, por supuesto, la “alta inspección” que sobre la actuación administrativa autonómica corresponde al Estado».

<sup>6</sup> Sobre esta norma, véase *supra*, Tema 6, §4 *in fine*.

de una norma estatal»<sup>7</sup>, fue luego rectificada por el propio TC, en el sentido de que «el acto de extensión no aparece integrado en el concepto de legislación y sí en el de ejecución... de... la esfera competencial de las Comunidades Autónomas»<sup>8</sup>.

El ET todavía conserva algún residuo de injustificado intervencionismo de la «autoridad laboral», más propio de tiempos pasados que de los actuales. Es el caso, por ejemplo, de su artículo 81, según el cual «las posibles discrepancias [entre el empresario y los representantes legales o unitarios de los trabajadores, sobre locales y tablón de anuncios] se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo» (inciso tercero)<sup>9</sup>.

Lógicamente, la legislación laboral se ejecuta por la «autoridad laboral» dictando (de oficio o a instancia de parte interesada) actos administrativos aplicativos de la misma, a enmarcar en los tres grandes apartados clásicos en los que se diversifica todo tipo de actuación administrativa. Así, en el ámbito de la actuación administrativa de policía, la «autoridad laboral» puede conceder o denegar autorizaciones (por ejemplo, para que el empresario proceda a efectuar despidos colectivos, previa tramitación ante ella del correspondiente expediente administrativo de regulación de empleo)<sup>10</sup> o puede imponer sanciones administrativas a los empresarios para reprimir las infracciones que estos cometan de las leyes del orden social (a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo sancionador)<sup>11</sup>. En el ámbito de la actuación administrativa de fomento, se enmarca la concesión de subvenciones a los diversos sujetos protagonistas de las relaciones laborales, y especialmente —en ejecución de la importantísima política administrativa de fomento del empleo— la concesión de subvenciones a los empresarios para crear nuevos puestos de trabajo fijos, mediante la actuación complementaria de las «autoridades laborales» estatal y autonómicas. En fin, en cuanto a la actuación administrativa de servicio público<sup>12</sup>, resulta clave la gestión que la «autoridad laboral» —la autonómica, desde 2003— efectúa de los «Servicios Públicos de Empleo», ejecutando las legalmente denominadas

<sup>7</sup> Véase STC 17/1986, de 4 febrero.

<sup>8</sup> Véase STC 86/1991, de 25 abril, reiterada por la STC 102/1991, de 13 mayo. Sobre el tema, véase J. GARATE CASTRO, «Sobre la naturaleza jurídica del acto de extensión de un convenio colectivo. A propósito de la TC S 86/1991 de 25 abril», *Relaciones Laborales*, II (1991), págs. 521 y ss.

<sup>9</sup> Sobre la progresiva eliminación de las tradicionalmente exorbitantes competencias de la «autoridad laboral» franquista para actuar como tercero dirimente en litigios laborales, véase J. MARTINEZ GIRON, «Eventuales excepciones extravagantes a las reglas generales sobre distribución de competencias, en el marco del contrato de trabajo, entre las jurisdicciones contencioso-administrativa y laboral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIV (1993), págs. 130 y ss.

<sup>10</sup> Véase *infra*, Tema 36, §2.

<sup>11</sup> Véase *infra*, Tema 36, §2.

<sup>12</sup> Sobre los SMACs, en cuanto que servicio público de conciliación, véase *supra*, Tema 33, §2.

«políticas activas», orientadas a «mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo»<sup>13</sup>.

En cuanto a la actuación administrativa de policía, la jurisprudencia constitucional confirma, por ejemplo, que «la imposición de las sanciones por incumplimiento de la legislación laboral en función de la gravedad de las infracciones, como ejecución de la legislación laboral, corresponde, dentro de su territorio, a la [Comunidad Autónoma]»<sup>14</sup>.

Por su parte, el reiterado reconocimiento por el TC de la constitucionalidad de la política autonómica de fomento del empleo, mediante la concesión de subvenciones a los empresarios para que creen empleos con cargo a los presupuestos autonómicos<sup>15</sup>, ha llevado al Estado a incluir una cláusula estereotipada en sus propios programas estatales anuales de fomento del empleo —cláusula contenida, a partir de 2004, en las sucesivas leyes anuales de presupuestos generales del Estado—, relativa a que «las bonificaciones aquí previstas no podrán, en concurrencia con otras medidas de apoyo público establecidas para la misma finalidad [esto es, las medidas de apoyo autonómicas], superar el 60 por ciento del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica»<sup>16</sup>.

Por supuesto, para poder desarrollar todo este cúmulo de competencias ejecutivas laborales, la jurisprudencia constitucional reconoció tempranamente a las Comunidades Autónomas capacidad para dictar «reglamentos de organización» —en cuanto que distintos de los reglamentos «ejecutivos» o de desarrollo de la legislación laboral estatal, que las Comunidades Autónomas no pueden dictar<sup>17</sup>—, los cuales «no aparecen incluidos... dentro del concepto de legislación [laboral estatal]», pues «afectan a la mera estructuración interna de la organización administrativa [autonómica]»<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> El traspaso a las Comunidades Autónomas de las citadas «políticas activas» (véase *supra*, Tema 9, §3) fue precedido del impacto, incluso social, que supuso la STC 95/2002, de 25 abril (posteriormente reiterada por las SsTC 190/2002, de 17 octubre; y 230/2003, de 18 diciembre), acerca de la inconstitucionalidad parcial del «Acuerdo Tripartito en materia de formación continua de trabajadores ocupados...de 1992».

<sup>14</sup> Véase STC 249/1988, de 20 diciembre, según la cual «la autoridad competente para imponer la sanción por obstrucción [a la actuación de la Inspección de Trabajo] habrá de determinarse en función de la materia respecto a la cual se produce la actuación de la Inspección de Trabajo y respecto a la que se hayan producido los hechos constitutivos de la infracción», de manera que «si aquella materia es competencia de la Comunidad Autónoma, el conocimiento de la hoy llamada “Acta de infracción por obstrucción a la labor inspectora” y la resolución consiguiente corresponderá a la Comunidad Autónoma». Esta doctrina se completa con la de la STC 195/1996, de 28 noviembre, que afirma «la potestad sancionadora del País Vasco... excluyendo, en consecuencia, la del Estado, para declarar la concreta existencia de infracciones y sancionar aquellas que no guardan relación con el régimen económico de la Seguridad Social», lo que es el caso de los «supuestos en que la potestad punitiva recae sobre actos instrumentales respecto al nacimiento y mantenimiento de la obligación de contribuir (inscripción, afiliación, altas y bajas, etc.)», pues «en tales supuestos... la potestad ejecutiva para la imposición de las sanciones que procedan pertenece también a la Comunidad Autónoma».

<sup>15</sup> Véanse, por ejemplo, STC 39/1982, de 30 junio (aunque declara inconstitucional la posibilidad de que la Comunidad Autónoma cree nuevas infracciones administrativas laborales de los empresarios); y también, STC 360/1993, de 3 diciembre (aunque declara inconstitucional la creación por reglamentos autonómicos de «dos nuevos supuestos de resolución y extinción del contrato, no previstos en la Ley o Estatuto, independientes de la autonomía de la voluntad contractual»).

<sup>16</sup> Sobre esto último, véase *supra*, Tema 13, §4.

<sup>17</sup> Véase *supra*, Tema 2, §5.

<sup>18</sup> Véase STC 18/1982, de 4 mayo, a propósito de la constitucionalidad del Decreto autonómico vasco sobre «creación y organización del Registro de Convenios Colectivos de Trabajo» en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma.



§2. Distinta de la «autoridad laboral» estatal o autonómica, aunque complemento necesario de la misma, es la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La norma fundamental sobre la misma es la Ley 42/1997, de 14 noviembre, de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>19</sup>. En cumplimiento del convenio núm. 81 de la OIT de 1947, relativo a la inspección de trabajo en la industria y el comercio —en el que se afirma que «siempre que sea compatible con la práctica administrativa del Miembro, la inspección del trabajo deberá estar bajo la vigilancia y control de una autoridad central»<sup>20</sup>—, la Ley 42/1997 garantiza la autonomía de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, afirmando: 1) de un lado, que «el sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social dependerá orgánicamente de dicha Autoridad Central y funcionalmente de la Administración competente por razón de la materia de los asuntos en que intervenga», de manera que «los funcionarios de dicho Sistema de Inspección, en el desarrollo de su actividad, dependerán funcionalmente, por tanto, de la Administración General del Estado o de la Autonomía correspondiente, en función de la materia en que actúen» (artículo 18.2); y 2) de otro lado, que «la Inspección de Trabajo y Seguridad Social... se realizará en su totalidad por funcionarios de nivel técnico superior y habilitación nacional pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social..., cuya situación jurídica y condiciones de servicio les garanticen la independencia técnica, objetividad e imparcialidad que prescriben los Convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo»<sup>21</sup>.

Aunque en el seno de la Unión Europea no existe ninguna Inspección comunitaria de Trabajo, sí existen en su seno intentos serios de avanzar por el camino de una futura armonización de las legislaciones y prácticas nacionales relativas a los servicios, asimismo nacionales, de Inspección de Trabajo de los diversos Estados miembros. Lo prueba la Decisión de la Comisión de 12 julio 1995 (95/319/CE), por la que se crea un «Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo», por la que se impone el objetivo de «favorecer la aplicación

<sup>19</sup> Desarrollada por Real Decreto 138/2000, de 4 febrero, que aprueba el reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En sentido moderno, nuestra Inspección de Trabajo quedó conformada con la promulgación de la Ley 39/1962, de 21 julio, de ordenación de la Inspección de Trabajo, en la que se previó la integración en el Cuerpo Nacional de Inspección de Trabajo de los funcionarios pertenecientes al antiguo Cuerpo Nacional de Inspección Técnica de Previsión Social. Sobre este último Cuerpo Nacional y sus antecedentes, véase L. SAN MIGUEL ARRIBAS, *La Inspección del Trabajo*, IEP (Madrid, 1952), págs. 81 y ss.

<sup>20</sup> Véase su artículo 4.

<sup>21</sup> Artículo 2.1.

efectiva y equivalente del Derecho comunitario en materia de salud y seguridad en el trabajo, gracias fundamentalmente a una cooperación más estrecha entre los sistemas nacionales de inspección de trabajo» (artículo 2.3)<sup>22</sup>.

Según la Ley 42/1997, «la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se estructura en una Autoridad Central y, territorialmente, en Inspecciones Provinciales agrupadas en cada Comunidad Autónoma» (artículo 15.3), existiendo dos órganos de coordinación entre las diversas Administraciones públicas implicadas, que son: 1) la «Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales», a través de la cual «la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas arbitrarán las medidas necesarias para garantizar los mecanismos de cooperación requeridos para el ejercicio de las funciones de esta Ley» (artículo 16); y 2) las «Comisiones Territoriales», pues «bajo la presidencia de la autoridad correspondiente de la respectiva Comunidad Autónoma, en el ámbito territorial de la misma, existirá la Comisión Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como órgano de cooperación bilateral para facilitar el cumplimiento de los cometidos propios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» (artículo 17.4), que son las que establecen «los objetivos y programas de actuación ordinaria de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en sus distintas áreas funcionales» (artículo 17.2).

Téngase en cuenta, allí donde actúan profesionalmente, que los ingenieros de minas ejercen en materia de prevención de riesgos laborales las competencias atribuidas a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social<sup>23</sup>, según confirma la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales<sup>24</sup>.

Según la propia Ley 42/1997, las funciones atribuidas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social comprenden tres tipos distintos de cometidos —formando parte los tres de lo que la Ley 42/1997 denominada genéricamente «función inspectora»—, especificados en el artículo 3 de la misma, a saber: «de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos» (apartado 1), «de asistencia técnica» (apartado 2), y «de arbitraje, conciliación y mediación» (apartado 3). Aunque todos estos cometidos son importantes, el más trascendental de todos es, sin duda, el del apartado 1, esto es, vigilar y exigir el cumplimiento de toda la legislación social. Lo prueba el hecho de que el mismo consume el grueso del contenido del ya de por sí larguísimo artículo 3 de la Ley 42/1997, apareciendo dividido en cinco apartados (cada uno de los cuales se divide, a su vez, en diversos subapartados), relativos a que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social vigila y exige el cumplimiento de las normas en materia de «ordenación del trabajo y

<sup>22</sup> Este «Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo» aparece expresa y repetidamente aludido en el citado reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000 (cfr., por ejemplo, sus artículos 29.2 y 47.8).

<sup>23</sup> Véanse SsTS de 14 enero 2000 (Ar. 977) y 17 enero 2000 (Ar. 1429).

<sup>24</sup> Véase su artículo 7.2 y su disposición derogatoria única, d), párrafo 3º.

relaciones sindicales» (apartado 1.1), «prevención de riesgos laborales» (apartado 1.2), «sistema de la Seguridad Social» (apartado 1.3), «empleo y migraciones» (apartado 1.4) y «cualesquiera otras normas cuya vigilancia se encomiende específicamente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en particular, las relativas a cooperativas y otras fórmulas de economía social, así como a las condiciones de constitución de sociedades laborales» (apartado 1.5).

La eminencia de este cometido de vigilancia y exigencia del cumplimiento de toda la legislación social explica las continuas referencias de la LISOS a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en más de 25 ocasiones).

Dada la hiperespecialización que el ejercicio eficaz de esta función inspectora exige, la Ley 42/1997 afirma que «las Administraciones General del Estado y de las Comunidades Autónomas que hayan recibido el traspaso de los servicios del Estado en materia de ejecución de la legislación laboral adoptarán, en sus respectivos ámbitos de competencias, las medidas necesarias para garantizar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesarios a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» (artículo 2.3, inciso primero).

A pesar de que el citado convenio núm. 81 de la OIT impone la exigencia, por lo demás lógica, de que «el número de inspectores del trabajo será suficiente para garantizar el desempeño efectivo de las funciones del servicio de inspección»<sup>25</sup>, lo cierto es que en España la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social —vista la fenomenal masa de competencias que tiene atribuida— se ha visto completamente desbordada, desde hace ya muchos años<sup>26</sup>. De ahí la creación —en 1984— de un cuerpo de funcionarios auxiliares de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social<sup>27</sup>, actualmente denominados «Subinspectores de Empleo y Seguridad Social», cuyas muchas limitaciones resultan evidentes, puesto que —además de carecer, en principio, de competencias para vigilar y exigir el cumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales<sup>28</sup>— sólo pueden levantar por sí mismos actas de infracción por infracciones leves, teniendo las

<sup>25</sup> Véase su artículo 10, párrafo 1º.

<sup>26</sup> La citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, encarece a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social «especialmente», entre otras varias cosas, «comprobar el cumplimiento... efectivo de la normativa en materia de autorización de trabajo de extranjeros» (artículo 67.3).

<sup>27</sup> Al respecto, la Ley 42/1997 afirma que «el Cuerpo de Controladores Laborales, creado por la disposición adicional novena, tres, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, pasará a denominarse Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social como cuerpo del Grupo B, en los términos del artículo 25 de la citada Ley, con habilitación nacional» (disposición adicional 2ª, párrafo 1º).

<sup>28</sup> No aparecen mencionadas en el prolijo artículo 8.2 de la Ley 42/1997, a salvo la posibilidad, eso sí, de que puedan realizar «cuantas otras funciones de similar nivel y naturaleza les fueren encomendadas por los responsables de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el desarrollo de la misma» (artículo 8.2.6).

restantes que ser «visadas por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social del que técnicamente dependan»<sup>29</sup>. No debería olvidarse, por todo ello, la admonición contenida en la STC 195/1996, de 28 noviembre, relativa a que una Comunidad Autónoma «se dote de su propio servicio de inspección» de Trabajo, de manera que «éste pueda actuar en el ámbito competencial que le corresponda».

Al respecto, la Ley 42/1997 sólo prevé que mediante acuerdo entre la Administración General del Estado y la de cada Comunidad Autónoma se pueda producir «la adscripción orgánica de funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la Administración Autonómica» (artículo 17.3), de manera que si en estos mismos acuerdos «se dispusiera la transferencia de funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ésta se realizará por los procedimientos establecidos en el respectivo Estatuto de Autonomía para el traspaso de servicios» (disposición adicional 7ª).

La propia Ley 42/1997 prevé, además, que «las Comunidades Autónomas con competencias legislativas plenas en materia de orden social podrán atribuir la función inspectora a funcionarios distintos de los enumerados en el artículo 2 [esto es, Inspectores y Subinspectores], en la Ley que regule cada materia y para el ámbito de la misma» (disposición adicional 6ª).

**§3.** La «participación institucional» es un fenómeno mixto, que interesa al Derecho Administrativo —aparece genéricamente regulado en la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, a propósito de la composición de los órganos colegiados<sup>30</sup>—, pero que también interesa al Derecho del Trabajo, puesto que la LOLS afirma que «la mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica, tanto de *participación institucional* como de acción sindical»<sup>31</sup>. Se trata del derecho de los sindicatos —en todo caso, los que sean más representativos— a incardinarse en la estructura organizativa de las Administraciones públicas (esto es, a formar parte de sus «órganos», por definición colegiados), especialmente en las Administraciones públicas que tienen que ver con asuntos laborales o sociales. Como se ve, supone un verdadero salto cualitativo respecto de la mera intervención de los sindicatos, al modo

<sup>29</sup> Véase artículo 8.4, párrafo 2º, de la Ley 42/1997.

<sup>30</sup> Véase su artículo 22.2, párrafo 1º, según el cual «los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquellos compuestos por representaciones de distintas Administraciones Públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento».

<sup>31</sup> Véase su artículo 6.1. Sobre el tema, véase H. ALVAREZ CUESTA, *La mayor representatividad sindical*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad (León, 2006), págs. 95 y ss.

de un mero trámite administrativo más, en los «procedimientos» de adopción de decisiones por parte de dichas concretas Administraciones públicas, lo que permite contraponer, de un lado, la verdadera «participación» institucional u orgánica de los sindicatos, y de otro lado, la mera «consulta» adjetiva o procedimental a los mismos.

Este último es el caso, por ejemplo, previsto en el artículo 27.1 del ET, según el cual «el Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional»; o también, del regulado en el artículo 2.2, inciso segundo, del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 junio, relativo a que «con anterioridad a la aprobación del proyecto de Ley anual de Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno consultará a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la cuantía del IPREM»<sup>32</sup>.

Según la jurisprudencia constitucional, el derecho de «participación institucional» reconocido a los sindicatos más representativos por la LOLS<sup>33</sup> se integra en el «contenido adicional» de la libertad sindical protegida por el artículo 28.1 de la CE, pues «constituye un derecho o facultad adicional que los Sindicatos pueden recibir del legislador, sin ser parte del núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical pero que engrosa su núcleo esencial»<sup>34</sup>. Según la propia jurisprudencia constitucional, este derecho —que trae causa de lo dispuesto en el artículo 129.1 de la CE— les permite a los sindicatos desarrollar «estrictamente funciones de representación de los intereses de los trabajadores o de la población asalariada en el seno de Entidades u Organismos que formen parte de la estructura organizativa de la Administración Pública (lo que es, en rigor, lo que constituye participación institucional)»<sup>35</sup>.

Según la LOLS —sobre la base de que «la condición de más representativo o representativo de un sindicato se comunicará en el momento de ejercer las funciones o facultades correspondientes, aportando el sindicato interesado la oportuna certificación expedida a su requerimiento por la oficina pública establecida el efecto»—, «en materia de participación institucional se entenderá por momento de ejercicio el de constitución del órgano y, en su caso, el de renovación de sus miembros. En el supuesto de que el órgano correspondiente no tenga prevista una renovación periódica de los representantes sindicales, el sindicato interesado podrá solicitar en el mes de enero, y cada tres años a partir de esa fecha, su participación en el órgano correspondiente, aportando certificación acreditativa de su capacidad representativa» (disposición adicional 1ª).

Esta participación de los sindicatos en la estructura orgánica de las Administraciones públicas puede alcanzar muy diversos grados, en atención

<sup>32</sup> Acerca del salario mínimo interprofesional y del «IPREM», véase *supra*, Tema 16, §3.

<sup>33</sup> En este concreto punto, la constitucionalidad de la LOLS fue confirmada por la STC 98/1985, de 29 julio, afirmando —«en cuanto a la representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras Entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista [artículo 3.6.a)]»— que «debe entenderse que la Ley se limita a establecer la capacidad representativa de los sindicatos que tengan el carácter de más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma..., pero no impide que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización, integren además en sus propios órganos a otros sindicatos que no tengan esta consideración legal».

<sup>34</sup> Véase STC 184/1987, de 18 noviembre; en idéntico sentido, STC 39/1986, de 31 marzo.

<sup>35</sup> Véase SsTC 7/1990, de 18 enero; y 32/1990, de 26 febrero.

a la exclusividad o no de su participación en los órganos administrativos correspondientes<sup>36</sup>. Así, cabe hablar de una participación institucional elemental o sólo de primer grado, caracterizada porque los sindicatos la comparten con muy distintos tipos de asociaciones y entidades no sindicales (organizaciones empresariales, cámaras agrarias, cofradías de pescadores, organizaciones de cooperativas, organizaciones de consumidores y usuarios, etc.), como en el caso del Consejo Económico y Social, que es —según la Ley 21/1991, de 17 junio, de creación del mismo— «un órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral»<sup>37</sup>, adscrito «al Ministerio de Trabajo»<sup>38</sup>. También cabe hablar de una participación institucional mucho más exclusivista o de grado superior, caracterizada porque los únicos interlocutores de las Administraciones públicas en los órganos colegiados correspondientes son precisamente los sindicatos, como ocurre en el caso del Consejo Superior de la Función Pública, regulado en la Ley 30/1984, de 2 agosto, de medidas para la reforma de la función pública<sup>39</sup>. Y cabe hablar, por último, de una participación institucional de grado intermedio —sin duda, la más frecuentemente contemplada en nuestra legislación relativa a la participación institucional de los sindicatos<sup>40</sup>—, en el que aparecen como interlocutores orgánicos de las Administraciones públicas los comúnmente denominados «interlocutores sociales», esto es, no sólo los sindicatos de trabajadores, sino también las organizaciones de empresarios, como en el caso de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo<sup>41</sup>, a nivel estatal, y de los Consejos autonómicos de Relaciones Laborales, en muy diversas Comunidades Autónomas<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «El derecho de participación institucional de las organizaciones sindicales y patronales europeas, y su formalización última en 2003 como “Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo”», *IUSTEL.Revista General de Derecho Europeo* [on line], núm. 2 (2003), págs. 1 y ss (del texto impreso).

<sup>37</sup> Véase su artículo 1.2.

<sup>38</sup> Véase su artículo 1.3. Sobre el tema, J.L. GARCIA RUIZ, *El Consejo Económico y Social. Génesis constituyente y parlamentaria*, CES (Madrid, 1994), págs. 41 y ss.

<sup>39</sup> Véase su artículo 7.1.d).

<sup>40</sup> Sobre el tema, virtualmente exhaustivo, véase A. MARTIN VALVERDE, F. RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ y J. GARCIA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 14ª ed., Tecnos (Madrid, 2005), págs. 756 y 757.

<sup>41</sup> Sobre ella, véase *supra*, Tema 17, §2.

<sup>42</sup> Sobre estos Consejos, incluso regulados por Leyes autonómicas, véase *supra*, Tema 2, §5. Acerca del existente en nuestra Comunidad Autónoma, véase C. FERREIRO REGUEIRO, «El Consejo Gallego de Relaciones Laborales», *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 5 (1992), págs. 61 y ss. Con una visión de conjunto sumamente útil, véase asimismo R. AGUILERA IZQUIERDO, «El Consejo Económico y Social nacional, los Consejos Económicos y Sociales autonómicos y los Consejos de Relaciones Laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 90 (1998), págs. 563 y ss.

La norma reguladora de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos es el Real Decreto 2976/1983, de 9 noviembre<sup>43</sup>. Según esta norma, está formada por su presidente, seis representantes de la Administración del Estado, seis representantes de las organizaciones sindicales más representativas y seis representantes de las asociaciones empresariales más representativas<sup>44</sup>, y tiene por función genérica «el asesoramiento y consulta en orden al planteamiento y determinación del ámbito funcional de los convenios»<sup>45</sup>. A partir de 15 junio 2006, esta Comisión Consultiva «asumirá funciones de observatorio de la negociación colectiva que englobará la información, el estudio, la documentación y la difusión de la misma»<sup>46</sup>. Según jurisprudencia laboral unificada, los tribunales laborales no son competentes para conocer de la impugnación de los acuerdos de esta Comisión, adoptados al amparo de la disposición transitoria 6ª del ET, decidiendo someter a arbitraje cuestiones relacionadas con la regulación de materias en las que se haya producido vacío como consecuencia de la caducidad de las ordenanzas laborales<sup>47</sup>.

El derecho de participación institucional de las organizaciones empresariales más representativas aparece regulado en la disposición adicional 6ª del ET<sup>48</sup>. La constitucionalidad de esta norma fue confirmada por la STC 57/1989, de 16 marzo, pues «no impide que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización, integren además en sus propios Organismos a otras asociaciones empresariales que no tengan esa condición legal de mayor representatividad a nivel estatal»<sup>49</sup>.

Lógicamente, al igual que los sindicatos nacionales ostentan el derecho de participación en instituciones nacionales, a los sindicatos internacionales ha acabado reconociéndoseles —con el precedente lejano del tripartismo de la OIT<sup>50</sup>— el derecho de participación en los órganos colegiados de las Administraciones públicas internacionales<sup>51</sup>. En el caso del Derecho de la Unión Europea, ello ocurre incluso al más alto nivel. Lo prueba la Decisión del Consejo de 6 marzo 2003, por la que se crea la denominada «Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo», compuesta «por representantes, de máximo nivel, de la Presidencia en ejercicio del Consejo, de las dos Presidencias siguientes, de la Comisión y de los interlocutores sociales», al efecto de «garantizar,

<sup>43</sup> Promulgado al amparo de lo prevenido en la disposición final 8ª del ET-1980. Sobre el tema, véase F. VALDES DAL-RE, «La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 17 (1984), págs. 5 y ss.

<sup>44</sup> Véase su artículo 4.

<sup>45</sup> Véase su artículo 1.2; más en detalle, su artículo 2. La constitucionalidad de este último precepto fue confirmada por la STC 17/1986, de 4 febrero.

<sup>46</sup> Cfr. disposición adicional 7ª.1 del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.

<sup>47</sup> Al respecto, por todas, véase *STSud* de 18 diciembre 2000 (Ar. 822 de 2001).

<sup>48</sup> A ella remite la disposición adicional 1ª.2 de la LOLS.

<sup>49</sup> Sobre el concreto sistema de medición de la mayor representatividad de las organizaciones empresariales, véase *supra*, Tema 27, §3 *in fine*.

<sup>50</sup> Véase *supra*, Tema 8, §2.

<sup>51</sup> Sobre el tema, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, *Asociaciones sindicales y empresariales de carácter internacional*, Comares (Granada, 2003), págs. 111 y ss.

respetando el Tratado y las competencias de las Instituciones y órganos de la Comunidad, la concertación permanente entre el Consejo, la Comisión y los interlocutores sociales»<sup>52</sup>.

Los interlocutores sociales en cuestión «estarán distribuidos en dos delegaciones iguales, una que contará con diez representantes de los trabajadores y la otra con diez representantes de los empresarios», correspondiendo «la coordinación técnica de la delegación de los trabajadores... a la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y la de la delegación de los empresarios a la Unión de Confederaciones Industriales y Empresariales de Europa (UNICE)»<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «El derecho de participación institucional de las organizaciones sindicales y patronales europeas, y su formalización última en 2003 como “Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo”», cit., pág. 4 (del texto impreso).

<sup>53</sup> Sobre la CES y la UNICE, véase *supra*, Tema 27, §5.



---

**TEMA 35**

**INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. La LISOS. §2. Los principios del Derecho Administrativo social sancionador. §3. El principio de legalidad. §4. El principio de tipicidad. §5. El principio de irretroactividad. §6. El principio de responsabilidad. §7. El principio de proporcionalidad. §8. El principio de prescriptibilidad. §9. El principio «*non bis in idem rem*».

§1. Como su propio nombre indica, la LISOS —que entró en vigor el día 1 enero 2001— es la norma reguladora de las «infracciones y sanciones en el orden social».

La LISOS dedica a la regulación de este tema «sustantivo» el grueso de su contenido, esto es, sus siete primeros capítulos, del total de ocho de que consta (artículos 1 a 50, sobre un total de 54 artículos)<sup>1</sup>.

Se denomina ley de «*infracciones y sanciones*» para poner de relieve que la potestad sancionadora que regula la ejercita aquí la Administración laboral, en cuanto que poder público<sup>2</sup>; y por tanto, con la finalidad de diferenciarla con claridad de la potestad sancionadora privada que el empresario (público o privado) tiene sobre sus trabajadores, regulada en el ET con la rúbrica «*faltas y sanciones de los trabajadores*» (artículo 58)<sup>3</sup>.

Esta contraposición resultaba muy clara en el ET-1980, en el que el artículo 57 (con la rúbrica «*infracciones laborales de los empresarios*») se contraponía al artículo 58 (que ya poseía la citada rúbrica «*faltas y sanciones de los trabajadores*»).

---

<sup>1</sup> El capítulo VIII, sobre el «Procedimiento sancionador» (artículos 51 a 54), se analiza *infra*, Tema 36, §2. Una completa exégesis de la LISOS, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinador), J.R. MERCADER UGUINA, C. TOLOSA TRIBIÑO y R. MARTIN JIMENEZ, *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2003), págs. 19 ss.

<sup>2</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «Eventuales excepciones extravagantes a las reglas generales sobre distribución de competencias, en el marco del contrato de trabajo, entre las jurisdicciones contencioso-administrativa y laboral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIV (1998), págs. 148 ss.

<sup>3</sup> Véase *supra*, Tema 18, §4.

Se denomina, además, ley de infracciones y sanciones «en el orden social» para poner de relieve que las infracciones en cuestión no se refieren sólo a las infracciones de las normas laborales en sentido estricto, sino a las infracciones de todas las normas (laborales y no laborales) susceptibles de ser aplicadas de algún modo por los tribunales laborales, esto es, por los tribunales del «orden social» de la jurisdicción.

Lo confirmó expresamente la Ley 8/1988, de 7 abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social —antecedente inmediato de la LISOS vigente—, en cuya exposición de motivos se indicaba, por contraposición a la regulación del tema en el viejo artículo 57 del ET-1980 (que procedía a derogar), que «orden social» era «expresión y delimitación que se toma en paralelo con la establecida en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial»<sup>4</sup>.

§2. A pesar de este paralelismo nominal, la LISOS es una norma de Derecho Administrativo puro, puesto que el control del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración laboral, a que la propia LISOS se refiere, no corresponde a los tribunales laborales, sino a los tribunales de lo contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

La previsión de que los tribunales laborales conociesen de «las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social», contenida en el artículo 3.2.a) de la LPL, nunca llegó a hacerse efectiva, al haber incumplido el Gobierno el plazo a que se refiere el artículo 3.3 de la propia LPL<sup>5</sup>.

Ahora bien, aunque las infracciones y sanciones en el orden social resulten ser —incluso procesalmente hablando— verdaderas infracciones y sanciones de naturaleza administrativa, también es cierto que se trata de infracciones y sanciones administrativas «especiales», por causa precisamente de aparecer reguladas en la LISOS. En efecto, frente al Derecho Administrativo sancionador «común» o general —contenido, en lo esencial, en la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común<sup>6</sup>—, la LISOS tiene el carácter de Derecho Administrativo

<sup>4</sup> Sobre dicha Ley, véase J. GARCIA BLASCO, *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, Civitas (Madrid, 1989), págs. 31 ss.

<sup>5</sup> Por excepción, el artículo 96.2 de la LGSS afirma que «las resoluciones relativas a sanciones que las Entidades de las prestaciones impongan a los trabajadores y beneficiarios de prestaciones, conforme a lo establecido en el artículo 47 de la [LISOS]..., serán recurribles ante los órganos jurisdiccionales del orden social, previa reclamación ante la Entidad Gestora competente en la forma prevista en el artículo 71 [de la LPL]». Al respecto, véase J. MARTINEZ GIRON, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VAZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 1ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2005), págs. 240-241.

<sup>6</sup> Cfr. su Título IX (artículos 127 a 138), rubricado «De la potestad sancionadora».

sancionador «especial», aplicándose en el espacio cubierto por ella, en consecuencia, la Ley 30/1992 sólo como Derecho supletorio o subsidiario de primer grado.

Esta afirmación de que se trata de Derecho supletorio «de primer grado» la efectúa la jurisprudencia para contraponer el Derecho Administrativo sancionador «común» al Derecho Penal, que es —respecto de la LISOS— sólo Derecho supletorio «de segundo grado»<sup>7</sup>.

En cualquier caso, y dado su carácter de verdadera norma de Derecho Administrativo —no sólo desde el punto de vista procesal, sino también materialmente hablando—, resulta lógico que la LISOS sujete la potestad sancionadora «especial» de la Administración laboral a exactamente los mismos principios por los que se rige la potestad sancionadora «común» del conjunto de las Administraciones públicas<sup>8</sup>. Se trata de principios enunciados en la Ley 30/1992<sup>9</sup>, y que esta norma reconduce a los siete siguientes: el principio de legalidad (cfr. *infra*, §3), el principio de tipicidad (cfr. *infra*, §4), el principio de irretroactividad (cfr. *infra*, §5), el principio de responsabilidad (cfr. *infra*, §6), el principio de proporcionalidad (cfr. *infra*, §7), el principio de prescriptibilidad (cfr. *infra*, §8) y, por último, el principio «*non bis in idem rem*» (cfr. *infra*, §9).

§3. El principio de legalidad significa, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, que la potestad sancionadora tiene que estar atribuida a la Administración pública precisamente por una norma con rango de ley formal.

Según la Ley 30/1992, «la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida en [los artículos 25.1 y 25.3 de] la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este Título» (artículo 127.1).

Evidentemente la LISOS cumple con esta exigencia, puesto que formalmente se trata de un «Real Decreto Legislativo» que contiene un texto refundido de leyes, aprobado por el Gobierno al amparo

<sup>7</sup> En este sentido, por ejemplo, véase STS (Sala 3ª) de 9 junio 1999 (Ar. 6394), según la cual «en ausencia de norma específica en contra dentro del ordenamiento sancionador administrativo en la materia [social] o del común administrativo, es adecuado a Derecho aplicar como norma subsidiaria de segundo grado los principios del derecho penal dada la semejanza de la materia regulada en él y en el Administrativo sancionador».

<sup>8</sup> Véase A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinador), L. CORDERO SAAVEDRA, B. GUTIERREZ-SOLAR CALVO y R. MARTIN JIMENEZ, *Derecho sancionador público del Trabajo*, Colex (Madrid, 2001), págs. 85 ss.

<sup>9</sup> Cfr. el Capítulo I de su Título IX (artículos 127 a 133), expresamente rubricado «Principios de la potestad sancionadora».

de lo dispuesto en el artículo 82.5 de la CE, allí donde afirma que «la autorización para refundir textos legales» puede incluir «la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos».

En el caso de la LISOS, actuó como ley formalmente delegante la Ley «de acompañamiento» de la de Presupuestos Generales del Estado para 2000<sup>10</sup>.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, su promulgación supuso un paso adelante evidente, al haber operado la refundición de hasta catorce normas distintas todas con rango de ley, promulgadas entre 1988 y 1999<sup>11</sup>. En cualquier caso, desde su entrada en vigor —el 1 enero 2001, como se dijo—, la LISOS viene padeciendo continuas modificaciones, propiciadas por la muy especial materialización que en ella se efectúa del principio de tipicidad, a ver seguidamente.

Las razones de seguridad jurídica en cuestión aparecen expresamente invocadas en STC 195/1996, de 28 noviembre, relativa a la inconstitucionalidad parcial de la originaria versión de la LISOS de 1988 —inconstitucionalidad que fue el detonante de la promulgación de la LISOS vigente—, según la cual «a la vista de la complejidad de las cuestiones analizadas, y de la entidad del fallo que los razonamientos anteriores conducen a pronunciar, corresponde al legislador estatal reelaborar la Ley impugnada, si lo estima conveniente en aras del respeto y clarificación del orden constitucional de competencia y en beneficio de la *seguridad jurídica*, imprescindible en materia sancionadora» (FJ 17°).

**§4.** El principio de tipicidad significa, siempre en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, que las infracciones y sanciones tienen que estar delimitadas y definidas también por una norma con rango de ley formal.

Según la Ley 30/1992, «sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley» (artículo 129.1, párrafo 1°); además, «únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley» (artículo 129.2).

Muy condicionada por la doctrina de una STS (Sala 3ª) de 1986, la LISOS lleva a cabo una materialización completamente exagerada de

<sup>10</sup> Lo reconoce expresamente su breve exposición de motivos, al afirmar que «el legislador, a través de la disposición adicional primera de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, autoriza al Gobierno para elaborar, en el plazo de nueve meses desde su entrada en vigor, un texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas, las distintas disposiciones legales que enumera».

<sup>11</sup> Un cuidado análisis de las mismas, en F. CAVAS MARTINEZ, «La tutela sancionadora en materia laboral: de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el texto refundido de la ley de infracciones y sanciones en el orden social (I)», *Aranzadi Social*, t. V (2000), págs. 236 ss.

este principio. En efecto, al no tener reglamentos de desarrollo de carácter sustantivo<sup>12</sup>, se ve obligada a realizar una minuciosa y pormenorizada descripción de más de doscientas infracciones distintas —cuya tipificación constituye el grueso del contenido de la propia LISOS (artículos 5 a 38)—, dando lugar esta prolija serie de infracciones a una especie de visión «en negativo» del conjunto de deberes impuestos por las normas sustantivas (laborales, sean legales, reglamentarias o convencionales<sup>13</sup>; de Seguridad Social, etc.) encuadrables en el citado «orden social»<sup>14</sup>. Lógicamente, esto implica que cualquier alteración de tales deberes sustantivos, frecuentísima en los tiempos que corren, acarree la consiguiente modificación del tenor literal de la LISOS.

La sentencia contencioso-administrativa en cuestión, que fue STS (Sala 3ª) de 10 noviembre 1986 (Ar. 6647), declaró nulo —a instancia de la CEOE— el Real Decreto 2347/1985, de 4 diciembre, de desarrollo del escueto artículo 57 del ET-1980 en materia de infracciones laborales de los empresarios —por contrario a los principios de legalidad y tipicidad del artículo 25.1 de la CE—, lo que provocó la derogación de dicho precepto estatutario y la promulgación de la primera versión de la LISOS de 1988. Se trata, sin embargo, de una sentencia en la que se afirmaba que «hay que admitir la posibilidad de que por vía que podemos denominar reglamentaria se pueda de algún modo complementar algún limitado espacio no totalmente agotado en el precepto legislativo en el que se apoye»<sup>15</sup>.

La cifra citada de más de doscientas infracciones formalmente tipificadas en la LISOS resulta engañosa, pues no es infrecuente que una sola infracción formal englobe diversas infracciones distintas de carácter material<sup>16</sup>, eventualmente protectoras —cada una de ellas— de «bienes jurídicos» distintos<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Aparte lo indicado en su disposición adicional 1ª (sobre «actualización del importe de las sanciones»), sólo prevé la existencia de un reglamento de desarrollo, pero de carácter adjetivo —que todavía no ha sido promulgado—, al afirmar que «corresponde al Gobierno dictar el Reglamento de procedimiento especial para la imposición de sanciones del orden social» (artículo 51.1). Sobre el reglamento vigente, véase *infra*, Tema 36, §2.

<sup>13</sup> Con carácter general, véase artículo 5.1 de la LISOS, que considera «infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas».

<sup>14</sup> Por excepción, es la propia LISOS la norma creadora de las «infracciones por obstrucción a la labor inspectora» (artículo 50), carentes de un referente «sustantivo» claro fuera de la propia LISOS, si se prescinde de la Ley 42/1997, de 14 noviembre, de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (cfr. *infra*, Tema 36, §2).

<sup>15</sup> Esta doctrina la recoge hoy la Ley 30/1992, al afirmar que «las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes» (artículo 129.3).

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, el artículo 7.5 considera infracción grave, en materia de relaciones laborales, «la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores».

<sup>17</sup> Al respecto, véase STS (Sala 3ª) de 9 junio 1999 (Ar. 6394), a propósito de la infracción hoy tipificada en el artículo 8.4 de la LISOS, según el cual constituye infracción muy grave del empresario, en materia de relaciones laborales, «la transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral».

Debe tenerse en cuenta, además, que la LISOS no tiene carácter exhaustivo en la tipificación de infracciones que efectúa, pues considera «infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social» (artículo 1.1). Esta última afirmación tiene pleno sentido jurídico, al menos respecto de las leyes sociales con rango formal de ley «orgánica» —como es el caso de las leyes de extranjería—, vista la prohibición constitucional de que el Gobierno pueda llegar a refundir normas que posean dicho peculiar rango<sup>18</sup>.

Sólo por razones de mera inercia histórica se explica que el artículo 37 de la LISOS continúe tipificando «infracciones en materia de permisos de trabajo de extranjeros», cuando las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador aparecen contenidas en el Título III de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 noviembre)<sup>19</sup>.

Completamente inexplicable resulta, en cambio, que las infracciones y sanciones contenidas en los artículos 24, 25 y 27 de la Ley 14/1994, de 1 junio, de empresas de trabajo temporal (añadidos a la misma por la disposición final 1ª de la Ley 45/1999, de 29 noviembre), no fuesen refundidas por el Gobierno en el articulado de la LISOS.

**§5.** El principio de irretroactividad, que el Derecho Administrativo sancionador comparte integralmente con el Derecho Penal, significa que sólo «serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa»<sup>20</sup> y, además, que «las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor»<sup>21</sup>.

Aunque las modificaciones padecidas por la LISOS se orientan, como regla, a ampliar el catálogo de infracciones que contiene, resulta pertinente recordar que, en algún caso, también han procedido a eliminar infracciones administrativas del empresario tradicionalmente muy reprimidas por la Administración laboral —lo que evidentemente abre camino al juego de la retroactividad—, como en el caso, por ejemplo, de la supresión —con fecha de efectos de 1 enero 2002<sup>22</sup>— de la infracción relativa a la falta de existencia de «libro de matrícula» en el centro de trabajo<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Véase artículo 82.1 de la CE.

<sup>19</sup> Acerca de eventuales antinomias entre ambas regulaciones, véase F. CAVAS MARTINEZ, *op.cit.*, págs. 235-236.

<sup>20</sup> Cfr. artículo 128.1 de la Ley 30/1992.

<sup>21</sup> Cfr. artículo 128.2 de la Ley 30/1992.

<sup>22</sup> Cfr. artículo 37.2 de la Ley 24/2001, de 27 diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, derogando el artículo 22.3 de la LISOS. Sobre el tema, véase M. P. MILLOR ARIAS, «La supresión del libro de matrícula del personal», *Círculo de Dirigentes*, núms. 50-51 (2002), págs. 28 y ss.

<sup>23</sup> Acerca de la represión inflexible de esta infracción, véase STS (Sala 3ª) de 15 septiembre 1998 (Ar. 6518 de 1999).

§6. En la LISOS, al igual que en el Derecho Administrativo sancionador común y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal, no rige el principio de culpabilidad, sino el principio de responsabilidad o de mera antijuridicidad de la conducta. Esto significa que la infracción se considera cometida con independencia de cuál sea la culpa o negligencia del sujeto infractor, pudiendo ser sancionadas «por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los mismos *aun a título de simple inobservancia*»<sup>24</sup>.

Al respecto, la jurisprudencia rechaza el alegato de que «para que exista infracción y por tanto sanción, la conducta no ha de ser solamente antijurídica sino también culpable», pues «las circunstancias concurrentes de la situación en que se encontraba la empresa [infractora], podrán afectar a la graduación de la sanción pero no alteraban la realidad de haber cometido la infracción valorada»<sup>25</sup>.

Por ello mismo, también a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal, cabe que la LISOS afirme que de la infracción cometida pueden llegar a responder solidariamente con el sujeto materialmente infractor otros sujetos distintos<sup>26</sup>.

En estos casos, al sujeto infractor la LISOS lo llama «responsable principal», afirmando que «en los supuestos en que exista posible responsable solidario, se hará constar tal circunstancia, la fundamentación jurídica de dicha responsabilidad y los mismos datos exigidos para el *responsable principal*» [artículo 53.1.d)].

Al respecto, resulta paradigmática la imposición de responsabilidad solidaria al empresario principal, respecto de las infracciones administrativas cometidas por sus contratistas y subcontratistas para realizar obras o servicios correspondientes a la propia actividad de dicha empresa principal (contratistas y subcontratistas que son, por tanto, los «responsables principales»), en los supuestos que mencionan los artículos 23.2, párrafo 3º, y 42.3 de la LISOS<sup>27</sup>.

La LISOS efectúa una casuística y, en ocasiones, repetitiva enumeración de los distintos sujetos responsables de las infracciones que regula. Entre estos sujetos, los más importantes son los siguientes: 1) en materia de

<sup>24</sup> Cfr. artículo 130.1 de la Ley 30/1992.

<sup>25</sup> Cfr. STS (Sala 3ª) de 9 mayo 2000 (Ar. 4304).

<sup>26</sup> Sobre el tema, el artículo 130.3 de la Ley 30/1992 afirma que «cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan» (párrafo 1º); y además, que «serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores» (párrafo 2º).

<sup>27</sup> Sobre el tema, con un análisis histórico revelador, véase A.J. VALVERDE ASENCIO, *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1997), págs. 19 ss. En relación con los grupos de empresas y evidenciando las carencias de la LISOS en la regulación del tema, véase STS (Sala 3ª) de 1 julio 2000 (Ar. 6484).

relaciones laborales, únicamente el empresario, pero no el trabajador<sup>28</sup>; 2) en materia de prevención de riesgos laborales —de nuevo con exclusión del trabajador—, el empresario, las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a la empresa, las entidades auditoras y formativas en dicha materia, y los promotores y propietarios de obra y autónomos que trabajen en ella<sup>29</sup>; y 3) en materia de Seguridad Social, los empresarios, trabajadores, beneficiarios y entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social<sup>30</sup>.

El artículo 2 de la LISOS, que es un precepto condicionado por el carácter de texto refundido de muy distintas leyes que la propia LISOS tiene, contiene una enumeración aparentemente exhaustiva de todos esos «sujetos responsables», agrupándolos por «materias» a lo largo de los once prolijos apartados de que consta.

§7. Como correctivo del recién mencionado principio de responsabilidad, el principio de proporcionalidad exige en sustancia «guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada»<sup>31</sup>.

La LISOS menciona la «gravedad del hecho» citada, aludiendo a que la proporcionalidad exige tener en cuenta «la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado» (artículo 1.3).

En la LISOS, sobre la base de que la sanción por antonomasia en ella prevista es la multa administrativa<sup>32</sup>, dicho principio de proporcionalidad se guarda: 1) clasificando las sanciones en leves, graves y muy graves, en consonancia con el carácter igualmente leve, grave o muy grave de la infracción reprimida<sup>33</sup>; 2) afirmando que las sanciones, ya leves, graves o muy graves, «podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo»<sup>34</sup>; y 3) estableciendo, a efectos de la objetivación de cada uno de estos tres grados, que deberán tenerse en cuenta diversos «criterios de objetivación» —atenuantes o agravantes<sup>35</sup>—, entre los que destacan la «negligencia e intencionalidad del sujeto infractor», la «cifra de negocios de la empresa» o el «número de trabajadores... afectados»<sup>36</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. artículo 5.1.

<sup>29</sup> Cfr. artículo 5.2.

<sup>30</sup> Cfr. artículos 2.2 y 20.1.

<sup>31</sup> Cfr. artículo 131.3 de la Ley 30/1992.

<sup>32</sup> Véase A. BLASCO PELLICER, *Sanciones administrativas en el orden social*, Tirant lo blanch (Valencia, 1998), págs. 117 ss.

<sup>33</sup> Cfr. su artículo 40.

<sup>34</sup> Cfr. su artículo 39.1.

<sup>35</sup> Cfr. su artículo 39.5.

<sup>36</sup> Cfr. su artículo 39.2. La LISOS contiene, además, criterios de objetivación específicos en materia de prevención de riesgos laborales (artículo 39.3) y en materia de cooperativas (artículo 39.4).



Con toda lógica, la propia LISOS también afirma que estos «criterios de graduación... no podrán utilizarse para agravar o atenuar la infracción cuando estén contenidos en la descripción de la conducta infractora o formen parte del propio ilícito administrativo» (artículo 39.5); y además, que cuando ninguno de tales criterios «se considere relevante..., la sanción se impondrá en el grado mínimo en su tramo inferior» (artículo 39.6, inciso 2º).

Aparte las multas administrativas, la LISOS prevé también la eventual imposición de sanciones principales distintas de ellas (por ejemplo, la pérdida o extinción del derecho a prestaciones de Seguridad Social)<sup>37</sup>, e incluso la imposición de sanciones «accesorias» de las principales (por ejemplo, la pérdida de ayudas o bonificaciones públicas percibidas)<sup>38</sup>.

Siempre según la LISOS, las multas en cuestión no pueden superar, como regla general, la cifra de 90.151,82 euros, en el caso de las sanciones correspondientes a la comisión de infracciones muy graves, si es que se imponen en su grado máximo<sup>39</sup>. Pero esta regla resulta exceptuada: 1) a la baja, cuando se trata de infracciones en materia de cooperativas<sup>40</sup>; y 2) al alza, cuando se trata de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, respecto de las que se prevé la posible imposición de multas por importe de hasta 601.012,10 euros, siempre en el caso de sanciones por la comisión de infracciones muy graves impuestas en su grado máximo<sup>41</sup>.

Estas cuantías máximas resultan, en ocasiones, sólo meramente aparentes, pues no es infrecuente que la LISOS afirme que una misma conducta infractora dará lugar a la comisión de tantas infracciones distintas cuantos sean los trabajadores o beneficiarios de prestaciones afectados [artículos 19.3.b), 22.2, 22.10, 23.2 y 37.1]<sup>42</sup>.

**§8.** El principio de prescriptibilidad impone, respecto de las infracciones administrativas, que no puedan perseguirse una vez transcurrido el correspondiente plazo de prescripción fijado por la ley<sup>43</sup>.

La Ley 30/1992, a diferencia de lo que ocurre con la LISOS, también extiende el juego de este principio a las sanciones administrativas<sup>44</sup>.

En la LISOS, aparece defectuosamente cumplimentado a propósito de las infracciones en materia de relaciones laborales y en materia de

<sup>37</sup> Cfr. su artículo 47.

<sup>38</sup> Cfr. su artículo 46.

<sup>39</sup> Cfr. su artículo 40.1, que se refiere a «las infracciones en materia de relaciones laborales y de empleo, en materia de Seguridad Social..., en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, así como las infracciones por obstrucción».

<sup>40</sup> Aquí el máximo previsto por la LISOS es el de 30.050,61 euros (cfr. su artículo 40.4).

<sup>41</sup> Cfr. su artículo 40.2.

<sup>42</sup> Al respecto, STS (Sala 3ª) de 9 mayo 2000 (Ar. 4304) confirma, en el supuesto de hecho que enjuiciaba, que «existe una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros contratados... y... al haberse referido las actuaciones a 73 trabajadores extranjeros, es claro que procedía apreciar la existencia de 73 infracciones», de manera que en este caso «el límite... lo es para cada infracción y no obviamente por tanto para lo que resulte de la suma de las distintas infracciones sancionadas».

<sup>43</sup> Cfr. artículo 132 de la Ley 30/1992.

<sup>44</sup> Cfr. su artículo 132.1.

Seguridad Social, puesto que —sin distinguir si las infracciones en cuestión son leves, graves o muy graves— impone un único plazo de prescripción de tres años, para la primera de dichas materias<sup>45</sup>, y de cuatro años, para la segunda<sup>46</sup>.

Doctrinalmente se ha denunciado, con razón, que «es muy difícil de explicar por qué el plazo de prescripción de una infracción de las tipificadas en la LISOS no se establece en función de la gravedad de la misma como hace la [Ley 30/1992]... sino sólo bajo la distinción de la materia a que afecta», aparte el hecho de que la imposición de plazos prescriptivos de varios años «no es coherente con [el de] que las faltas [penales] prescriban a los dos meses»<sup>47</sup>.

En cambio, a propósito de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, la LISOS afirma —con mayor corrección jurídica— que «prescribirán... al año las leves, a los tres años las graves y a los cinco años las muy graves, contados desde la fecha de la infracción»<sup>48</sup>.

Refuerza la incongruencia el dato de que la propia LISOS también afirme que «las infracciones a la legislación de sociedades cooperativas prescribirán: las leves, a los tres meses; las graves, a los seis meses; y las muy graves, al año, contados desde la fecha de la infracción»<sup>49</sup>.

**§9.** En fin, siempre en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, el principio «*non bis in idem rem*» significa que «no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento»<sup>50</sup>.

La formulación del principio en estos términos obedece, en buena medida, a la tensión «clásica» entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, viendo incluso algunos penalistas «en el sistema sancionador administrativo un excelente recurso para lograr la despenalización de bastantes infracciones» o, también, «la eventual reproducción de... parte del Derecho Penal en el campo del derecho sancionador»<sup>51</sup>.

La LISOS regula con relativo detalle esta «conurrencia con el orden jurisdiccional penal», sentando la regla general de paralización del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de

<sup>45</sup> Cfr. su artículo 4.1.

<sup>46</sup> Cfr. su artículo 4.2.

<sup>47</sup> Véase J.R. LOPEZ FANDO, «La sanción», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIV (1993), pág. 236.

<sup>48</sup> Cfr. su artículo 4.3.

<sup>49</sup> Cfr. su artículo 4.4.

<sup>50</sup> Cfr. artículo 133 de la Ley 30/1992, reproducido casi al pie de la letra por el artículo 3.1 de la LISOS.

<sup>51</sup> Véase A.J. VALVERDE ASENCIO, *La responsabilidad administrativa del empresario en la relación laboral*, Civitas (Madrid, 1996), pág. 44, y doctrina científica que cita.

la Administración laboral cuando se hayan iniciado o deban iniciarse actuaciones sobre el tema ante los tribunales penales<sup>52</sup>.

Como excepción a esta regla, la iniciación citada de actuaciones penales —siempre según la LISOS— «no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal»<sup>53</sup>.

La persistencia en el incumplimiento ya sancionado, tema muy defectuosamente regulado en la LISOS y que no cabe confundir con la «reincidencia»<sup>54</sup>, impide —por aplicación del principio «*non bis in idem rem*»— volver a imponer al sujeto contumaz, precisamente porque ya ha sido sancionado, una nueva sanción sobre lo mismo.

Ha constatado esta imposibilidad, a propósito de la negativa empresarial a proceder a la reapertura del centro de trabajo ordenada por la Administración laboral en los casos de cierre patronal —negativa ahora tipificada como infracción en el artículo 8.9 de la LISOS—, una reiteradísima jurisprudencia contencioso-administrativa, según la cual «cometida la infracción ésta queda agotada en su resultado, se ha consumado y la sanción no puede dar lugar a nuevas y sucesivas sanciones en tanto en cuanto no se vuelvan a repetir los presupuestos legales previstos que dan lugar a la infracción»<sup>55</sup>.

Al respecto, la LISOS meramente se limita a indicar —con patente ineficacia cuando el infractor contumaz ha sido ya sancionado— que «se sancionará en el máximo de la calificación que corresponda toda infracción que consista en la persistencia continuada de su comisión» (artículo 39.7).

---

<sup>52</sup> Cfr. artículo 3.2 de la LISOS. Según jurisprudencia laboral unificada, este precepto «no puede interpretarse como que afecta a los expedientes para la imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad», pues la cuantía de su importe «es compatible, por mandato legal, con las que puedan derivarse de la causa penal» (STSud de 25 octubre 2005 [Ar. 7938]).

<sup>53</sup> Cfr. su artículo 3.4.

<sup>54</sup> Esta última aparece regulada en el artículo 41 de la LISOS, según el cual «existe reincidencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta», pero siempre que «la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza» (apartado 1); en tal caso, «la cuantía de las sanciones... podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder, en ningún caso, de las cuantías máximas previstas... para cada clase de infracción» (apartado 2).

<sup>55</sup> Cfr., rectificando doctrina anterior de la propia Sala, SsTS (Sala 3ª) de 25 enero 1984 (Ar. 202), 26 enero 1984 (Ar. 209), 30 marzo 1984 (Ar. 1638), 16 mayo 1984 (Ar. 2894), 26 octubre 1984 (Ar. 5054), 17 noviembre 1984 (Ar. 5632), 1 diciembre 1984 (Ar. 6234), 3 diciembre 1984 (Ar. 6305) y 10 diciembre 1984 (Ar. 6430).



---

**TEMA 36**

**LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS LABORALES**

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. La Ley 30/1992 y los procedimientos administrativos laborales. §2. Los procedimientos para dictar actos administrativos sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral. §3. Los procedimientos para dictar actos administrativos no sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral.

§1. Los «órganos administrativos laborales», de que antes se trató, forman parte de la Administración pública. Por eso mismo, les resulta plenamente aplicable lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, cuando afirma que «los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho», entre otros supuestos, si «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados» [artículo 62.1.e)]. El procedimiento legalmente establecido para que actúen los «órganos administrativos laborales» es, con carácter general, el que regula la propia Ley 30/1992, en su Título VI («De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos»), artículos 68 a 101<sup>1</sup>. Ahora bien, la misma Ley 30/1992 prevé la existencia de procedimientos administrativos especiales —sobre todo en sus disposiciones adicionales—, entre los que se cuentan algunos procedimientos administrativos laborales. La clasificación de estos últimos debe efectuarla un laboralista ateniéndose estrictamente a lo dispuesto en el artículo 3.1.c) de la LPL<sup>2</sup>, que permite distinguir dos tipos netamente diferenciados de procedimientos administrativos laborales: 1) los procedimientos para dictar

---

<sup>1</sup> Véase F. VALDES DAL-RE, «El ámbito de aplicación del procedimiento administrativo común en los procedimientos administrativos laborales», *Relaciones Laborales*, I (1994), págs. 28 y ss.

<sup>2</sup> Véase R. MARTIN JIMENEZ, *Los actos administrativos laborales y su control jurisdiccional*, CES (Madrid, 2001), págs. 83 y ss.

actos administrativos sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral (cfr. *infra*, §2); y 2) los procedimientos para dictar actos administrativos no sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral (cfr. *infra*, §3).

Así, en materia de Derecho individual del Trabajo, rige plenamente la Ley 30/1992 para instar la solicitud a que se refiere el artículo 6.4 del ET, según el cual «la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo *se autorizará* en casos excepcionales *por la autoridad laboral*, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana», teniendo en cuenta que «el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados»<sup>3</sup>.

Por su parte, en materia de Derecho colectivo del Trabajo, también rige la Ley 30/1992 respecto del requerimiento a que se refiere el artículo 14 del DLRT, a propósito del cierre patronal, allí donde afirma que el empresario deberá reabrir el centro «cuando fuera requerido a tales fines por la Autoridad laboral, en el plazo que establezca el propio requerimiento»<sup>4</sup>.

Y lo mismo puede decirse con relación a lo que es la médula de la Seguridad Social (como se sabe, las prestaciones), pues «la tramitación de las prestaciones y demás actos en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, que no tengan carácter recaudatorio o sancionador se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades en ella previstas para tales actos en cuanto a impugnación y revisión de oficio, así como con las establecidas en la presente disposición adicional o en otras disposiciones que resulten de aplicación»<sup>5</sup>.

**§2.** Los procedimientos para dictar actos administrativos sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral son procedimientos administrativos especiales, caracterizados porque los resuelve la «autoridad laboral» y, además, porque el acto administrativo que los resuelve sólo puede impugnarse —una vez agotada la vía administrativa— ante los tribunales de lo contencioso-administrativo. Lo confirma expresamente el artículo 3.1 de la LPL, al indicar que «no conocerán los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social», entre otros supuestos, «de las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral» [apartado c)]. De entre estos procedimientos administrativos laborales —especiales, desde el punto de vista de la tramitación que prevé la Ley 30/1992, pero nada especiales, desde el punto de vista de la materia contenciosa judicial a que pueden dar lugar—, los más importantes son dos.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero (modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 diciembre, 11/2003, de 29 septiembre, y 14/2003, de 20 noviembre), sobre derechos y

<sup>3</sup> Sobre esto, véase *supra*, Tema 12, §2.

<sup>4</sup> Sobre esto último, véase *supra*, Tema 32, §7.

<sup>5</sup> Cfr. disposición adicional 25ª.1 de la LGSS.

libertades de los extranjeros en España y su integración social, les exige a los extranjeros extracomunitarios carentes de residencia permanente la correspondiente autorización administrativa para trabajar, antes generalmente llamada «permiso de trabajo» y ahora «autorización de trabajo»<sup>6</sup>. Según el reglamento de esta Ley Orgánica, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre, existen como regla dos modalidades de autorización temporal de trabajo por cuenta ajena —«inicial» y de «renovación»—, para cuya tramitación deben observarse unos complejos trámites de procedimiento, regulados en sus artículos 49 a 54, en los que se sienta la regla general de que las competencias para resolver «serán ejercidas por los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y por los Subdelegados del Gobierno en las provincias» (disposición adicional 1ª.1). En esta misma norma reglamentaria se confirma que la competencia para conocer de la impugnación de las resoluciones administrativas en cuestión, una vez agotada la vía administrativa, corresponde a los tribunales contencioso-administrativos<sup>7</sup>.

Mucho menos importantes son el procedimiento administrativo de tramitación de solicitud de autorización para constituir una ETT, regulado en el artículo 2 de la Ley 14/1994, de 1 junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, y en los artículos 1 a 6 («autorizaciones administrativas») del Real Decreto 4/1995, de 13 enero, de desarrollo de la misma; o también, el procedimiento administrativo de extensión de convenios colectivos regulado en el Real Decreto 718/2005, de 20 junio, promulgado como consecuencia de la reforma operada en el artículo 92.2 del ET por la Ley 24/1999, de 6 julio<sup>8</sup>.

En primer lugar, el que la Ley 30/1992 denomina «procedimiento administrativo sancionador por infracciones en el orden social»<sup>9</sup>. Sus líneas maestras aparecen trazadas en la Ley 42/1997, de 14 noviembre, de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social —que lo califica expresamente de «procedimiento administrativo especial»<sup>10</sup>—, y también, en la LISOS, habiéndose dictado en desarrollo de la primera de dichas leyes el Real Decreto 928/1998, de 14 mayo, por el que se aprueban todos los detalles de las líneas maestras en cuestión, que son tres. La primera, relativa a la *iniciación* del expediente, que comienza siempre «por acta [de infracción] de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» —que puede ser acta ordinaria de infracción, acta de infracción por obstrucción o acta de infracción con estimación de perjuicios económicos

<sup>6</sup> Cfr. disposición adicional única de la Ley Orgánica 14/2003. Téngase en cuenta, según el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 4/2000, enmendada, que «la residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles».

<sup>7</sup> Cfr. su disposición adicional 10ª. Sobre este delicadísimo y difícil tema, la monografía clásica en nuestra literatura reciente es M. RAMOS QUINTANA, *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos (Madrid, 1989), págs. 17 y ss.

<sup>8</sup> Acerca de este procedimiento (regulado en torno a los trámites clásicos y menos clásicos de iniciación, instrucción, subsanación y preparación, informes de la patronal y sindicatos más representativos, informe de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o equivalente autonómico, resolución, registro, depósito y publicación), véase F. MANRIQUE LOPEZ, «Adhesión y extensión de los convenios colectivos (En torno al artículo 92)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), págs. 1608 y ss.

<sup>9</sup> Véase A. BLASCO PELLICER, *El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, Tirant lo blanch (Valencia, 1997), págs. 47 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. su disposición adicional cuarta.1, inciso segundo.

a los trabajadores<sup>11</sup>—, levantada tras una fase previa de comprobación suscitada generalmente por «visita» de la Inspección a los centros de trabajo (que nunca se preavisa)<sup>12</sup>, bien de propia iniciativa, bien por «denuncia» (teniendo en cuenta que nunca se da curso a la denuncia anónima)<sup>13</sup>. La segunda, relativa a las alegaciones o descargo del sujeto supuestamente infractor, dado que «el acta será notificada por la citada Inspección al sujeto o sujetos responsables, que dispondrá de un plazo de quince días para formular las alegaciones que estime pertinentes en defensa de su derecho, ante el órgano competente para dictar la resolución»<sup>14</sup>. Y la tercera, relativa a la resolución del expediente —competencia exclusiva de la «autoridad laboral», que normalmente será la autonómica<sup>15</sup>—, teniendo en cuenta que «dictará la resolución motivada que proceda en el plazo de diez días desde el momento en que finalizó la tramitación del expediente, bien confirmando, modificando o dejando sin efecto la propuesta del acta»<sup>16</sup>, y además, que la notificará «a los interesados, advirtiéndoles de los recursos que correspondan contra ellas, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlas»<sup>17</sup>.

Como indica su propio nombre, las actas *ordinarias* de infracción son aquellas en que la Inspección hace constar «la infracción o infracciones presuntamente cometidas, con expresión del precepto o preceptos [de la LISOS] vulnerados, y su calificación»<sup>18</sup>. Por su parte, las actas de infracción *por obstrucción* se levantan para reprimir «las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores de

<sup>11</sup> Sin perjuicio de lo que a continuación se dice acerca de estos tres tipos de actas, véase E. GONZALEZ BIEDMA, *La Inspección de Trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Aranzadi (Pamplona, 1999), págs. 225 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. artículo 14 de la Ley 42/1997.

<sup>13</sup> En efecto, «no se tramitarán las denuncias anónimas, las que se refieran a materias cuya vigilancia no corresponde a esta Inspección, las que manifiestamente carezcan de fundamento o resulten ininteligibles, ni las que coincidan con asuntos de que conozca un órgano jurisdiccional» [artículo 9.1.f), inciso tercero, del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998].

<sup>14</sup> Cfr. artículo 52.1.b) de la LISOS.

<sup>15</sup> Según el artículo 48.5 de la LISOS, «el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social, cuando corresponda a la Administración de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de ejecución de la legislación del orden social, se ejercerá por los órganos y con los límites de distribución que determine cada Comunidad Autónoma». Sobre la tramitación del expediente sancionador a que se refiere el artículo 18.3 del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998 —según el cual «el Inspector o Subinspector que practicó el acta ... asumirá las funciones de instructor»—, la STC 51/2006, de 16 febrero, declara que dicho precepto «vulnera las competencias de la Generalidad de Cataluña ..., toda vez que en aquellos casos en que la competencia sancionadora corresponda, por razón de la materia, a la Generalidad de Cataluña, corresponderá igualmente a ésta la determinación del órgano encargado de la instrucción del expediente sancionador».

<sup>16</sup> Cfr. artículo 20.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998.

<sup>17</sup> Cfr. artículo 21.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998.

<sup>18</sup> Véase artículo 14.1.c) del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998; más sintéticamente, artículo 53.1 de la LISOS.



Empleo y Seguridad Social»<sup>19</sup>, pudiendo calificarse como «leves, graves o muy graves»<sup>20</sup>. En fin, «cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social que levante el acta considere que de la presunta infracción se derivan *perjuicios económicos para los trabajadores* afectados, y a los efectos de lo previsto en el artículo 146.a) del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, podrá incluirlos en el acta consignándolos, en tal caso, con los requisitos exigidos para la validez de las demandas»<sup>21</sup>.

Como es tradicional en nuestro Derecho, las afirmaciones fácticas contenidas en estas actas gozan de «presunción de certeza»<sup>22</sup>, afirmando al respecto la Ley 42/1997, que «los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción ... observando los requisitos legales pertinentes tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados»<sup>23</sup>.

La Inspección puede levantar también «actas de advertencia y recomendación», de conformidad «con lo previsto en los artículos 17.2 del Convenio 81 de la OIT y 22.2 del Convenio 129 de la OIT, ratificados por el Estado español por Instrumentos de 14 de enero de 1960 y 11 de marzo de 1971, respectivamente, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores ..., en vez de iniciar un procedimiento sancionador»<sup>24</sup>, teniendo en cuenta que «tal advertencia o requerimiento se comunicará por escrito o mediante diligencia en el Libro de Visitas al sujeto responsable, señalando las irregularidades o deficiencias apreciadas con indicación del plazo para su subsanación bajo el correspondiente apercibimiento»<sup>25</sup>.

Una STS (Sala 3ª) de 10 febrero 2003 (Ar. 2262), a instancia de la «organización sindical Unión Progresista de Inspectores de Trabajo», declaró ilegal el artículo 3.3 del Reglamento aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 febrero, de desarrollo de la Ley 42/1997, que afirmaba que «las actuaciones inspectoras en centros o dependencias de la Administración pública se preavisarán a quien se encuentre al frente del centro a inspeccionar»<sup>26</sup>.

En cuanto a las resoluciones de estos procedimientos administrativos sancionadores, la regla general es que contra ellas «se podrá interponer recurso ordinario en el plazo de un mes ante el órgano superior competente por razón de la materia ..., cuya resolución agotará la vía administrativa», teniendo en cuenta —también como regla— que «el recurso ordinario se regirá por lo establecido por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»<sup>27</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. artículo 50.2 de la LISOS.

<sup>20</sup> Calificación que se efectúa «en atención a la naturaleza del deber de colaboración infringido y de la entidad y consecuencias de la acción u omisión obstructora sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» (artículo 50.1 de la LISOS).

<sup>21</sup> Cfr. artículo 14.3 del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998. Sobre el precepto citado de la LPL, véase *infra*, Tema 41, §3.

<sup>22</sup> Sobre el tema, véase M.A. GARCIA RUBIO, *La presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo*, Tirant lo blanch (Valencia, 1999), págs. 17 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. su disposición adicional cuarta.2, párrafo primero. En idéntico sentido, artículo 53.2 de la LISOS y artículo 15 del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998, en el que también se afirma que «las actas extendidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tienen naturaleza de documentos públicos».

<sup>24</sup> Cfr. artículo 49 de la LISOS.

<sup>25</sup> Cfr. artículo 11.5 del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998.

<sup>26</sup> Este fallo obligó a promulgar el Real Decreto 464/2003, de 25 abril, por el que se modifica el Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, aprobando el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado.

<sup>27</sup> Acerca de todo esto, véase artículo 23 del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998.

En segundo lugar, el procedimiento administrativo legalmente denominado —como en tiempos del franquismo— «expediente de regulación de empleo» o ERE<sup>28</sup>. En realidad, no existe un solo expediente de regulación de empleo, sino varios tipos de ellos, de los cuales el expediente modelo es el que se refiere a la obtención de autorización administrativa para que el empresario pueda proceder a realizar un «despido colectivo», regulado en los apartados 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13, 14 y 15 del artículo 51 del ET —desarrollado por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 43/1996, de 19 enero—, cuyas líneas maestras son cinco. La primera, relativa a la solicitud de autorización administrativa por el empresario, pues «el procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente»<sup>29</sup>. La segunda, coetánea de la primera, se refiere a «la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores»<sup>30</sup>, que «tendrá una duración no inferior a treinta días naturales»<sup>31</sup> y en el que «las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo»<sup>32</sup>. La tercera, inmediatamente subsiguiente a la primera, es la fase de comprobación de la solicitud por la autoridad laboral, al efecto de ver si la misma reúne o no los requisitos legalmente exigidos, teniendo en cuenta que la empresa en este ERE modelo ha debido «acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan» —reglamentariamente denominado «plan de acompañamiento social»—, en el que se contemplen «las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados»<sup>33</sup>. La cuarta se refiere a la finalización del período de consultas con acuerdo, en cuyo caso «el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo»<sup>34</sup>, procediendo esta última «a dictar resolución en el plazo de quince días naturales autorizando la extinción de las relaciones laborales»<sup>35</sup>. Y la quinta y última, de carácter alternativo a la anterior,

<sup>28</sup> Véase J.J. FERNANDEZ DOMINGUEZ, *Expedientes de regulación de empleo*, Trotta (Madrid, 1993), págs. 19 y ss.

<sup>29</sup> Artículo 51.2, párrafo primero, inciso segundo, del ET. Téngase en cuenta que «los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la incoación del expediente a que se refiere el presente artículo, si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación» (artículo 51.9, párrafo primero, del ET).

<sup>30</sup> Artículo 51.2, párrafo primero, inciso segundo, del ET.

<sup>31</sup> Artículo 51.4, párrafo primero, del ET.

<sup>32</sup> Artículo 51.4, párrafo tercero, del ET.

<sup>33</sup> Artículo 6.1.c) del Reglamento aprobado por Real Decreto 43/1996. Sobre el tema, véase J.M. SERRANO GARCIA, *El Plan Social en los Despidos Colectivos*, Lex Nova (Valladolid, 2002), págs. 31 y ss.

<sup>34</sup> Artículo 51.4, párrafo quinto, del ET.

<sup>35</sup> Artículo 51.5, párrafo primero, del ET.

relativa a la finalización del período de consultas sin acuerdo, en cuyo caso «la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial»<sup>36</sup>, teniendo en cuenta que a todas las resoluciones administrativas que dicte la autoridad laboral les resulta aplicable la Ley 30/1992, «en particular en materia de recursos»<sup>37</sup>, y además, que las que agoten la vía administrativa sólo pueden impugnarse ante los tribunales contencioso-administrativos<sup>38</sup>.

La expresión «expediente de regulación de empleo», que utiliza repetidamente el artículo 51 del ET, se popularizó tras la promulgación del Decreto 3090/1972, de 2 noviembre, sobre política de empleo. Antes de esta norma, se hablaba en España de «expedientes de crisis», tramitados al amparo del Decreto de 26 enero 1944, sobre crisis de trabajo<sup>39</sup>.

Aparte el ERE modelo recién descrito —aplicable no sólo al caso del «despido colectivo»<sup>40</sup>, sino también a los de decisión de no continuar la actividad empresarial por extinción de la personalidad jurídica del contratante<sup>41</sup> o tras la adquisición judicial de la empresa<sup>42</sup>—, cabe hablar al menos de hasta otros cinco tipos distintos de EREs, que son: 1) el ERE aplicable para solicitar autorización de despido colectivo en empresas de menos de 50 trabajadores, en el que se acortan los plazos del período de consultas y se aligera la documentación que el empresario debe presentar con su solicitud, puesto que no hace falta aquí «plan de acompañamiento social»<sup>43</sup>; 2) el ERE de solicitud de autorización para la «suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»<sup>44</sup>; 3) el ERE para la «extinción y suspensión de relaciones de trabajo por fuerza mayor», al efecto de que esta última sea «constatada» por la autoridad laboral, sin período de consultas a los representantes de los trabajadores<sup>45</sup>; 4) el ERE de empresario «concurtido», respecto del que el artículo 64.1 de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, afirma que «los expedientes de ... suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el Juez de lo Mercantil la solicitud de declaración de concurso, se tramitarán ante éste [en vez de ante la autoridad laboral] por las reglas establecidas en el presente artículo»; y 5) el ERE tramitado al amparo de un plan de reconversión y reindustrialización<sup>46</sup>, aprobado en ejecución de la Ley 27/1984, de 26 julio, sobre reconversión y reindustrialización, cuya vigencia prorrogó la disposición adicional 42<sup>a</sup> de la Ley 21/1986, de 26 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987, «siempre y cuando la Comunidad Económica Europea declare admisible el otorgamiento de ayudas».

<sup>36</sup> Artículo 51.6, párrafo primero, del ET.

<sup>37</sup> Artículo 51.13, párrafo primero, del ET.

<sup>38</sup> Véanse artículos 3.2.b) y 3.3 de la LPL.

<sup>39</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «Despidos colectivos: libertad de empresa y acción administrativa en España», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial (Madrid, 1993), pág. 795.

<sup>40</sup> Véase *supra*, Tema 24, §7.

<sup>41</sup> Véase artículo 49.1.g) del ET y artículo 21 del Reglamento aprobado por Real Decreto 43/1996.

<sup>42</sup> Véase artículo 51.11 del ET.

<sup>43</sup> Véase artículo 51.4 del ET.

<sup>44</sup> Véase artículo 47.1 del ET. Sobre el tema, el artículo 20 del Reglamento aprobado por Real Decreto 43/1996 impone dos especialidades, pues «la duración del período de consultas será, en todo caso, de quince días naturales» [apartado a)], y además, «la documentación justificativa de la concurrencia de la causa alegada requerirá necesariamente la acreditación de que se trata de una situación coyuntural de la empresa» [apartado b)].

<sup>45</sup> Previsto en los artículos 47.2 del ET (para la suspensión) y 51.12 del ET (para la extinción), y sumariamente desarrollado en los artículos 17, 18 y 19 del Reglamento aprobado por Real Decreto 43/1996.

<sup>46</sup> Para la historia completa de este tema, véase G. GARCIA BECEDAS, *Reconversiones industriales y ordenamiento laboral*, Tecnos (Madrid, 1989), págs. 13 y ss.

Dado que la LGSS afirma que se encuentra en situación legal de desempleo el trabajador «cuando se suspenda [o se extinga] su relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal»<sup>47</sup>, resulta lógico que el ET imponga que «la autoridad laboral comunicará la iniciación del expediente a la entidad gestora de la prestación por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las causas motivadoras del expediente, y cuantos otros resulten necesarios para resolver fundamentamente»<sup>48</sup>.

A pesar de haber habido acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, la autoridad laboral no tiene por qué autorizar el mismo, pues el ET afirma que «si la autoridad laboral apreciase, de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo remitirá, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad»<sup>49</sup>.

A pesar de no tratarse de ningún ERE, el Reglamento aprobado por Real Decreto 43/1996 también regula el «procedimiento de actuación administrativa en materia de traslados colectivos»<sup>50</sup>, al efecto de formalizar la actuación de la autoridad laboral de suspensión por hasta seis meses de una decisión empresarial de traslado colectivo, a que se refiere el artículo 40.2 del ET<sup>51</sup>.

**§3. Los procedimientos para dictar actos administrativos no sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral son también procedimientos administrativos especiales, pero caracterizados porque el acto administrativo que los resuelve sólo puede impugnarse ante los tribunales laborales. Estos otros procedimientos administrativos laborales pueden clasificarse, a su vez, en dos apartados.**

En este otro grupo genérico de procedimientos encajaría el procedimiento de conflicto colectivo regulado en los artículos 21 a 25.a) del DLRT, puesto que indudablemente se trata de un procedimiento «administrativo» laboral<sup>52</sup>. Ocurre, sin embargo, que es un procedimiento administrativo *sui generis*, pues aquí la «autoridad laboral» no actúa como Administración pública ordinaria, sino más bien como un conciliador («la autoridad laboral intentará la avenencia entre las partes»), aunque de lo actuado puede darse traslado a los tribunales laborales —sólo a instancia de alguna de las partes— iniciándose así de oficio el correspondiente proceso laboral especial de conflictos colectivos<sup>53</sup>.

El primero se refiere a aquellos procedimientos en los que la «autoridad laboral» es la Administración pública actuante. Tal es el caso, por ejemplo, del procedimiento para instar

<sup>47</sup> Cfr. sus artículos 208.1.1.a) y 208.1.2.

<sup>48</sup> Cfr. su artículo 51.3, párrafo segundo.

<sup>49</sup> Cfr. su artículo 51.5, párrafo segundo. Sobre el correspondiente proceso laboral especial de oficio, véase *infra*, Tema 41, §3.

<sup>50</sup> Véanse sus artículos 22 a 26.

<sup>51</sup> Véase *supra*, Tema 21, §4.

<sup>52</sup> Críticamente, calificándolo de «obsoleto procedimiento administrativo», véase M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Civitas (Madrid, 2005), pág. 1088.

<sup>53</sup> Véase *infra*, Tema 41, §3.

el registro de actas electorales en las elecciones a representantes legales o unitarios de los trabajadores, regulado en los artículos 21 a 27 del reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, aprobado por Real Decreto 1844/1994, de 9 septiembre. Aquí, la resolución administrativa denegando el registro de las mismas sólo puede impugnarse ante los tribunales laborales, por los trámites del proceso laboral especial previsto al respecto en la LPL<sup>54</sup>.

En este mismo apartado encajaría el procedimiento de registro y depósito de convenios colectivos regulado por el Real Decreto 1040/1981, de 22 mayo, en la medida en que si la «autoridad laboral» deniega el registro en cuestión, debe proceder a plantear el correspondiente proceso laboral especial de oficio ante los tribunales laborales<sup>55</sup>.

El segundo se refiere a aquellos procedimientos administrativos en los que la Administración pública actuante no es la «autoridad laboral», a pesar de lo cual la resolución administrativa correspondiente sólo puede impugnarse ante los tribunales laborales. De entre estos otros procedimientos administrativos laborales —especiales, desde el punto de vista de la tramitación que prevé la Ley 30/1992, y especiales, además, desde el punto de vista de la materia contenciosa judicial a que pueden dar lugar—, los más importantes son tres. En primer lugar, el que la Ley 30/1992 llama «reclamación previa a la vía judicial laboral»<sup>56</sup>, regulada con todo lujo de detalles en los artículos 69 a 73 de la LPL, y de inexcusable utilización cuando el empresario es una Administración pública, la cual resuelve este procedimiento administrativo previo precisamente en concepto de verdadero empresario del reclamante (en modo alguno, como si fuese la «autoridad laboral»). En segundo lugar, el procedimiento administrativo para el reconocimiento de prestaciones por el Fondo de Garantía Salarial o FOGASA, regulado en los artículos 20 a 29 del Real Decreto 505/1985, de 6 marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial —preceptos agrupados bajo la rúbrica «Procedimiento»—, según los cuales este organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo actúa de oficio (en ocasiones, previa remisión al mismo de resolución firme de la «autoridad laboral») o instado por los trabajadores interesados, siendo impugnables las reso-

<sup>54</sup> Véase *infra*, Tema 41, §4.

<sup>55</sup> Véase *supra*, Tema 29, §5.

<sup>56</sup> Cfr. sus artículos 125 y 126. Sobre el tema, véase N. DE NIEVES NIETO, *La reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Tirant lo blanch (Valencia, 2002), págs. 13 y ss.

luciones dictadas por el Secretario general del propio FOGASA, previo agotamiento de esta peculiar vía administrativa, únicamente ante los tribunales laborales. En tercer lugar, la vía administrativa previa a la judicial laboral para reclamar al Estado salarios de tramitación en juicios demorados por despido, expresamente exigida por el artículo 117 de la LPL, y regulada en el viejo Real Decreto 924/1982, de 17 abril, sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido, que es una norma a manejar con sumo cuidado, dada la multitud de enmiendas implícitas que viene padeciendo desde su ya lejana promulgación.

En efecto, este Real Decreto (que todavía habla de la «Magistratura de Trabajo») sienta la regla general de que el reclamante es «el trabajador», cuando según la LPL la regla general es que el reclamante sea «el empresario»<sup>57</sup>. Además, afirma que esta reclamación previa ha de plantearse «ante la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social», debiendo entenderse hoy que ha de plantearse ante la Subdelegación del Gobierno en la provincia de que se trate o ante la Delegación del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales<sup>58</sup>. En fin, tampoco juega «el plazo de treinta días hábiles desde la firmeza de la sentencia» a que se refiere su artículo 2, pues el TS en unificación de doctrina ha declarado que resulta aquí aplicable el plazo de prescripción de un año del artículo 59 del ET<sup>59</sup>.

En cuanto al Real Decreto 505/1985, también es manifiesta su ilegalidad cuando afirma que las resoluciones resolviendo el recurso ordinario frente a las resoluciones del Secretario General del FOGASA, literalmente, «podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa»<sup>60</sup>, pues la LPL afirma rotundamente —y esta afirmación se remonta ya a la Ley 20/1988, de 14 julio, de reforma parcial de la LPL-80— que «los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan ... contra el Fondo de Garantía Salarial, en los casos en que le atribuya responsabilidad la legislación laboral»<sup>61</sup>.

A propósito de la reclamación administrativa previa a la vía judicial laboral —en materia laboral<sup>62</sup>—, y en plena concordancia con lo que dispone el artículo 125.2 de la Ley 30/1992, la LPL afirma que «denegada la reclamación o transcurrido un mes sin haber sido notificada la resolución, el interesado podrá formalizar la demanda ante el Juzgado o la Sala competente, a la que acompañará copia de la resolución denegatoria o documento acreditativo de la presentación de la reclamación uniendo copia de todo ello para la entidad demandada»<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. artículo 116 de la LPL.

<sup>58</sup> Sobre la desaparición de las citadas «Direcciones Provinciales» en 1999, véase *supra*, Tema 6, §4.

<sup>59</sup> Véase *infra*, Tema 37, §2.

<sup>60</sup> Cfr. su artículo 29.2.

<sup>61</sup> Cfr. su artículo 2.f). Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «Eventuales excepciones extravagantes a las reglas generales sobre distribución de competencias, en el marco del contrato de trabajo, entre las jurisdicciones contencioso-administrativa y laboral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIV (1993), págs. 151 y ss.

<sup>62</sup> Para las reclamaciones en materia de Seguridad Social, la correspondiente vía administrativa previa la regula el artículo 71 de la LPL.

<sup>63</sup> Cfr. su artículo 69.2.

---

PARTE SEXTA

---

**DERECHO PROCESAL LABORAL**

---





**TEMA 37**

**LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD DE ACCIONES**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. La naturaleza material de los plazos de prescripción y caducidad para el ejercicio judicial de acciones. §2. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo. §3. La caducidad de la acción de despido. §4. La caducidad de la acción para impugnar decisiones empresariales sobre movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo. §5. Otros plazos de caducidad para el ejercicio de acciones judiciales laborales.

§1. Al igual que ocurre en el resto del ordenamiento jurídico, también la legislación laboral impone plazos para solicitar la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos que reconoce, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones ante los tribunales laborales. A pesar de que estos plazos se refieren al ejercicio judicial de las acciones, se trata de plazos materiales o sustantivos —no de plazos procesales—, que por ello mismo deberían aparecer fijados sólo en las leyes sustantivas (señaladamente, en el ET), aunque luego resulte que también aparecen reproducidos o, incluso, regulados *ex novo* en las leyes procesales (lo que, con alguna frecuencia, ocurre en el caso de la LPL). Al respecto y al igual que en otras ramas del ordenamiento jurídico, la legislación sustantiva laboral también fija plazos de prescripción y plazos de caducidad, para el ejercicio de las acciones en cuestión<sup>1</sup>.

Acerca del carácter material de los plazos para el ejercicio de acciones ante cualesquiera tribunales, incluido el propio TC, resultó decisivo en lo laboral el ATC 125/1987, de 4 febrero, en el que se afirma —refiriéndose al artículo 183 de la LOPJ— que «tanto este precepto como el artículo 257 de la LEC [de 1881], se refieren a actuaciones judiciales, a plazos procesales, y el de iniciación de un proceso mediante el ejercicio de las correspondientes acciones, es un plazo sustantivo al que no alcanza por ello la normativa procesal citada»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase J.L. GIL Y GIL, *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, Comares (Granada, 2000), págs. 24 ss.

<sup>2</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «Prescripción y caducidad de acciones (En torno al artículo 59)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), págs. 1212-1213.

Ahora bien, la más reciente jurisprudencia laboral unificada ha declarado que «pese a que la caducidad para el ejercicio de la acción por despido tenga carácter material o sustantivo, ello no impide que se trate de un supuesto de caducidad atípica y “sui generis”», por lo que en su cómputo han de excluirse todos los días mencionados en el artículo 182 de la LOPJ —en la redacción que le dio la Ley Orgánica 19/2003, de 23 diciembre—, que son los «sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad»<sup>3</sup>.

La LPL se refiere con naturalidad al plazo «fijado en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción» (artículo 241.1), y procede a fijar en congruencia con esta afirmación el plazo para el ejercicio de la acción ejecutiva<sup>4</sup>. Pero las concordancias entre ella y el ET no se mantienen sistemáticamente, como luego se verá, a propósito de cierta clase de plazos de caducidad para el ejercicio de otras acciones judiciales laborales<sup>5</sup>. La jurisprudencia constitucional confirma que no cabe regular estos plazos por convenio colectivo, declarando que «la materia relativa al plazo para impugnar las sanciones ante el órgano jurisdiccional... no es susceptible de ser alterado por la autonomía colectiva»<sup>6</sup>.

Por supuesto, la prescripción y la caducidad de las acciones laborales son distintas, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque la prescripción admite interrupciones —de manera, una vez levantada la causa de interrupción, que el plazo se reabre de nuevo en toda su extensión—, mientras que la caducidad sólo tolera suspensiones —por ello, una vez alzada la causa de suspensión, el plazo sigue corriendo sólo por el tiempo que reste del mismo—, afirmando al respecto la LPL, con toda pulcritud jurídica: 1) que «la presentación de solicitud de conciliación [preprocesal administrativa ante el SMAC] suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción»<sup>7</sup>; 2) que «la reclamación [administrativa] previa [a la vía judicial laboral] interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá los de caducidad»<sup>8</sup>; y 3) que «la solicitud de designación de abogado por el turno de oficio por los trabajadores y los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social comportará la suspensión de los plazos de caducidad o la interrupción de la prescripción de acciones»<sup>9</sup>. En segundo lugar, de acuerdo con reiterada jurisprudencia laboral, porque la caducidad puede apreciarse de oficio por los tribunales laborales —aunque sólo en los procesos laborales de instancia, nunca en vía de recurso—, mientras que la prescripción sólo puede

<sup>3</sup> Cfr. STSud de 23 enero 2006 (Ar. 347).

<sup>4</sup> Véase *infra*, Tema 43, §2.

<sup>5</sup> *Infra*, §5.

<sup>6</sup> Véase STC 201/1992, de 19 noviembre.

<sup>7</sup> Artículo 65.1.

<sup>8</sup> Artículo 73.

<sup>9</sup> Artículo 21.4.

apreciarse a instancia de parte interesada, mediante el oportuno ejercicio en el juicio de la defensa o excepción material de prescripción<sup>10</sup>.

El ET no es tan pulcro como la LPL, pues dice, por ejemplo, que «el plazo de caducidad quedará *interrumpido* por la presentación de solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente» (artículo 59.3, párrafo 2º).

La LPL afirma, además, que «si se estimase la declinatoria, el demandante podrá deducir su demanda ante el órgano territorialmente competente, y si la acción estuviese sometida a plazo de caducidad, se entenderá suspendida desde la presentación de la demanda hasta que la sentencia que estime la declinatoria quede firme» [artículo 14.a), párrafo 2º].

Por supuesto, a los plazos de prescripción de las acciones judiciales laborales «les son de aplicación, como es lógico, las causas de interrupción previstas en el artículo 1973 del Código Civil»<sup>11</sup>.

Ahora bien, a pesar de estas diferencias, la naturaleza material o sustantiva de ambos tipos de plazos implica que si los tribunales laborales apreciase caducidad (de oficio o a instancia de parte) o prescripción (sólo a instancia de parte) de la acción ejercitada, ello supondría desestimar la demanda y entrar a resolver el fondo del asunto —pues se trata de plazos materiales, recuérdese, no de plazos procesales—, dejándolo juzgado e impidiendo, en consecuencia, poder volver a plantearlo en otro proceso distinto.

Si se plantease el tema en este otro proceso distinto, cabría oponer en él las excepciones procesales de cosa juzgada o litispendencia, según que el asunto se hubiese enjuiciado en firme o no; todo ello, a diferencia de lo que ocurre cuando el fallo de la sentencia —de contenido meramente procesal— absuelve en la instancia, anula actuaciones con reposición de los autos al trámite de admisión de la demanda o absuelve de esta última<sup>12</sup>.

**§2.** Según el artículo 59.1 del ET, «las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año»<sup>13</sup>. Este plazo anual de prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo tiene el carácter de una cláusula de cierre, que impide aplicar en lo laboral lo dispuesto en el artículo 1964 del Código

<sup>10</sup> Acerca de esta jurisprudencia, véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y Seguridad Social*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 173 ss.

<sup>11</sup> Por todas, STS de 26 enero 2005 (Ar. 3158).

<sup>12</sup> Acerca de todas estas distinciones, insuperable, véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y Seguridad Social*, cit., págs. 143 ss.

<sup>13</sup> Esta norma, contenida ya en el ET-1980, confirma el alejamiento del ordenamiento laboral respecto del civil, pues recuérdese que el artículo 1967.3º del Código Civil —y en la misma línea, la LCT-1944 (artículo 83)— sentaba la regla de la prescripción trienal, al afirmar que «por el transcurso de tres años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento» de la obligación «de pagar a los menestrales, criados y jornaleros el importe de sus servicios».

Civil, acerca de que prescribirán a los quince años las acciones que no tengan señalado ningún concreto plazo de ejercicio. Al respecto, la jurisprudencia laboral afirma que no impiden extraer dicha conclusión «las expresiones que utiliza este artículo en el que se habla de “las acciones derivadas del contrato de trabajo”, pues el término “derivadas” no puede ser interpretado con un rigor extremado, sino con un mínimo de flexibilidad y de sentido racional, debiendo ser considerado como equivalente a acciones relativas o que guardan alguna conexión con el contrato de trabajo».

Esta última declaración aparece contenida en una STSud de 30 marzo 1996 (Ar. 2503), varias veces reiterada<sup>14</sup>, a propósito del plazo de ejercicio de la acción para exigir el cumplimiento de un precontrato de trabajo («nos hallamos ante una oferta o promesa de contrato»).

Según jurisprudencia laboral unificada posterior, a propósito del plazo para reclamar al Estado el pago de salarios de tramitación en juicios demorados por despido, sólo cabe aplicar «la prescripción de un año prevenida en el artículo 59.1 del ET» —y ello, a pesar de ser «cierto que la acción comentada se dirige contra la Administración del Estado, en cuanto tal, no como parte empleadora en un contrato de trabajo»—, pues resulta «indiscutible que la obligación dicha encuentra su origen en ese contrato, y lo único que exige el referido artículo 59.1 para que sus mandatos entren en juego, es que se trate de acciones derivadas de tal contrato, siendo indiferente por completo a este fin el hecho de que el sujeto pasivo de la obligación que se reclama... sea o no empresario»<sup>15</sup>.

En la misma línea, poniendo fin a reiterada jurisprudencia de suplicación que declaraba aplicable el artículo 1964 del Código Civil a la acción del empresario sobre desalojo de vivienda ocupada por el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, una STSud de 23 noviembre 2000 (Ar. 1432 de 2001) afirma que «esta acción como derivada del contrato de trabajo, ha de ser ejercitada en un plazo prudencial, que por razones de lógica no podrá superar el de un año que... señala el artículo 59.1 del ET».

Aunque —a propósito del momento inicial de cómputo o *dies a quo* de este plazo— la regla general sea que el año empieza a contarse desde la «terminación» del contrato de trabajo<sup>16</sup>, el artículo 59.2 del ET matiza luego que el año se cuenta «desde el día en que la acción pudiera ejercitarse», en los dos supuestos siguientes. En primer lugar, «si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas», como en el caso de las acciones para exigir el pago de salarios (típicas obligaciones de tracto sucesivo), cuya prescripción anual comienza en el momento mismo en que se produjo el correspondiente devengo. En segundo lugar,

<sup>14</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «Prescripción y caducidad (En torno al artículo 59)», cit., pág. 1206.

<sup>15</sup> Véase STSud de 23 abril 1996 (Ar. 3400).

<sup>16</sup> Véase artículo 59.1, párrafo 1º, del ET. A estos efectos, el párrafo 2º del propio precepto afirma que se considerará terminado el contrato «el día en que expire el tiempo de duración convenido o fijado por disposición legal o convenio colectivo» [apartado a)], o «el día en que termine la prestación de servicios continuados, cuando se haya dado esta continuidad por virtud de prórroga expresa o tácita» [apartado b)].

«si la acción se ejercita para exigir... el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato», que es el caso de la acción para pedir al Juez de lo Social la resolución del contrato de trabajo por incumplimiento grave del empresario, al amparo de lo dispuesto en el artículo 50 del ET, puesto que no cabe ejercitar esta acción si ya se hubiese extinguido el contrato de trabajo<sup>17</sup>.

Según reiterada jurisprudencia laboral unificada, este último es asimismo el caso de la acción de impugnación de la categoría profesional atribuida *ab initio* por el empresario al trabajador<sup>18</sup>.

Acercas de la eficacia interruptiva sobre las deudas salariales del ejercicio de una acción declarativa, la mejor doctrina afirma que «resulta preciso tener muy en cuenta: 1) ante todo, si la sentencia declarativa antecedente fuese de *carácter colectivo*, que entonces: a) prescriben todas las obligaciones de tracto sucesivo anteriores al año a contar desde la fecha en que se ejerció la acción declarativa colectiva antecedente; b) para las posteriores a ese año, se reanuda la prescripción desde la fecha de notificación de la sentencia colectiva antecedente, si fuese firme, y c) este plazo prescriptorio reanudado se interrumpe, a su vez, por el ejercicio de la acción de cosa juzgada [esto es, la subsiguiente acción individual de condena], aunque no por el de otras acciones distintas, como es el caso, por ejemplo, del de indebido ejercicio de la *actio iudicati*; y 2) si la sentencia declarativa antecedente fuese, en cambio, de *carácter individual*, entonces no se aplican las reglas recién transcritas, de manera que las concretas obligaciones de tracto sucesivo reclamadas irán prescribiendo... desde el momento en que se produjo el correspondiente devengo»<sup>19</sup>.

Estas reglas se refieren a acciones individuales, judicialmente ejercitadas por quienes son parte del contrato individual de trabajo, existiendo reiterada jurisprudencia laboral relativa a que el plazo de prescripción de un año del artículo 59.1 del ET no se aplica a las acciones colectivas, ejercitadas por quienes son o podrían llegar a ser parte de un convenio colectivo y encaminadas, en consecuencia, a formalizar procesalmente un conflicto colectivo jurídico.

En estos casos, y supuesto siempre que se trate —como es usual— de acciones colectivas «declarativas», cabe ejercitar la acción mientras permanezca vigente la norma legal, convencional o consuetudinaria, o la decisión o práctica de empresa, cuya interpretación y aplicación constituyen el objeto del correspondiente conflicto colectivo<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Con cita de reiterada jurisprudencia de suplicación al respecto, véase J. MARTINEZ GIRON, «Prescripción y caducidad (En torno al artículo 59)», cit., pág. 1214, nota 73.

<sup>18</sup> Véanse SsTSud de 14 junio 1996 (Ar. 5165), 4 octubre 1996 (Ar. 7450), 18 octubre 1996 (Ar. 7776), 22 abril 1997 (Ar. 3488) y 23 junio 1998 (Ar. 5786).

<sup>19</sup> Véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y Seguridad Social*, cit., pág. 215. Confirmando este parecer doctrinal, véase SsTSud de 24 julio 2000 (Ar. 7193) y de 24 noviembre 2004 (Ar. 7957).

<sup>20</sup> Al respecto, véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y Seguridad Social*, cit., pág. 174.

**§3.** Según el artículo 59.3, párrafo 1º, del ET, «el ejercicio de la acción contra el despido... caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido», teniendo en cuenta que en este caso «los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos».

Esta misma norma aparece reproducida, aunque no exactamente con las mismas palabras, por el artículo 103.1 de la LPL. En su día, el TC confirmó que el plazo de caducidad en cuestión también se aplicaba a la impugnación de un despido nulo por violación de derechos fundamentales y libertades públicas, pues «si bien es cierto que los derechos fundamentales son permanentes e imprescriptibles, ello es compatible con que para reaccionar frente a cada lesión concreta el ordenamiento limite la vida de la correspondiente acción»<sup>21</sup>.

En la hipótesis de los trabajadores fijos-discontinuos, el artículo 15.8 del ET modula el *dies a quo* de cómputo del plazo, afirmando que «los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria» (párrafo 1º, inciso 3º).

En casos de «despido tácito», el plazo empieza a correr a partir del momento en que existan hechos concluyentes reveladores de la intención inequívoca del empresario de poner fin al contrato de trabajo, como «la falta de ocupación efectiva y el impago de salarios», aunque «no... exista inequívocamente el despido por no dar ocupación la empresa al trabajador durante dos, tres o diez días ni... [porque] en lo referente al salario, se deje de pagar uno o dos meses si... no se le da de baja en la Seguridad Social»<sup>22</sup>.

Evidentemente, aquí resulta preciso utilizar la palabra «despido» en sentido amplio —esto es, refiriéndolo a toda extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario, cualquiera que sean sus

<sup>21</sup> STC 15/1985, de 5 febrero. Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «La Constitución y el despido», en el volumen *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), pág. 465.

<sup>22</sup> Al respecto, véase STSJ Andalucía (Granada) de 2 noviembre 2001 (Ar. 167 de 2002). Una STSud de 16 noviembre 1998 (Ar. 9747) resume la jurisprudencia laboral sobre el tema anterior a ella, en los siguientes términos: «a) “El despido, al igual que el abandono, requiere voluntad resolutoria consciente del empresario, que si bien cabe entender existe cuando los actos u omisiones concurrentes permitan presumir voluntad en tal sentido, excluye tal conclusión en supuestos... en que dichos actos denotan de manera inequívoca la ausencia de la mencionada voluntad rescisoria, aunque manifiestan incumplimiento contractual, ante el que el trabajador puede reaccionar en los términos que permite el marco jurídico aplicable”... b) “Para que pueda apreciarse la figura del despido tácito —en contraposición al expreso, documentado o no— es necesario que la decisión extintiva empresarial se derive de hechos concluyentes reveladores de la intención inequívoca de la empresa de poner fin a la relación jurídico-laboral, tratándose en definitiva de situar claramente en el tiempo la decisión resolutoria de la empresa y, en su caso, la inactividad impugnatoria del trabajador, a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica”... c) “Si bien la jurisprudencia examina con recelo la figura del despido tácito, que se pretende deducir de conductas equívocas de la empresa, por contrariar los principios de buena fe, básico en las relaciones contractuales y generar situaciones de inseguridad al trabajador, que, nunca, deben beneficiar a quien las ha provocado, su realidad y operatividad no deben excluirse, conforme también constante jurisprudencia, cuando existan hechos que revelen inequívocamente la voluntad empresarial de poner fin a la relación contractual”». Sobre el tema, véase J. CABEZA PEREIRO, «El despido tácito», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 64 (1994), págs. 297 ss.

motivos, disciplinarios o no<sup>23</sup>—, pues el ET aclara que este plazo de caducidad de veinte días hábiles también se aplica al caso de la «resolución de contratos temporales»<sup>24</sup>, afirmando asimismo al respecto la LPL, por su parte, que «el plazo para ejercitar la decisión de impugnación de la decisión extintiva [por causas objetivas] será de veinte días, que en todo caso comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo»<sup>25</sup>.

Según la propia LPL, este mismo plazo se aplica igualmente al caso de la impugnación de sanciones disciplinarias distintas del despido, pues «el trabajador podrá impugnar la sanción que le hubiere sido impuesta mediante demanda que habrá de ser presentada dentro del plazo señalado en el artículo 103 de esta Ley» (artículo 114.1).

Aunque sólo tolera suspensiones —como verdadero plazo de caducidad que es—, cabe por excepción la posibilidad de interrupción de este concreto plazo (con nuevo cómputo, por tanto, del total de veinte días hábiles), en un solo caso. Ocurre cuando el trabajador hubiese cometido un error de carácter excusable en la identificación del empresario, demandando por despido a quien aparentaba serlo (o «empresario aparente»), pero sin que en realidad fuese el verdadero empresario suyo. En este caso, la LPL afirma que «si se promoviese demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase en el juicio que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quien sea el empresario» (artículo 103.2).

Para concretar si el error cometido le resulta o no imputable al trabajador, cabe utilizar tres reglas prácticas, deducibles de reiteradísima jurisprudencia, a saber: 1) comprobar si el trabajador tenía o no suficientes elementos de conocimiento, desde el principio, para saber quién era el empresario que le despedía (por ejemplo, contrato de trabajo, nóminas o carta de despido); 2) comprobar si concurren o no circunstancias que pudiesen inducir a error al trabajador, bien imputables al propio empresario verdadero no demandado (por ejemplo, empresario que falsea al despedir su propia identidad o, también, si la carta de despido o las nóminas resultaban equívocas, en punto a la identificación del mismo), bien al empresario aparente demandado (por ejemplo, atribuirse públicamente la condición de empresario, de

<sup>23</sup> Véase *supra*, Tema 25, §2.

<sup>24</sup> Artículo 59.3, párrafo 1º, inciso 1º.

<sup>25</sup> Artículo 121.1, inciso 1º. Según el inciso 2º de este mismo precepto, «el trabajador podrá anticipar el ejercicio de su acción a partir del momento en que reciba la comunicación empresarial de preaviso». Además, el artículo 121.2 de la propia LPL afirma que «la percepción por el trabajador de la indemnización ofrecida por el empresario o el uso del permiso para buscar nuevo puesto de trabajo no enervan el ejercicio de la acción ni suponen conformidad con la decisión empresarial».

buena fe o con plena conciencia de que no lo era); y 3) examinar la conducta preprocesal y procesal de los empresarios verdadero y aparente, al efecto de comprobar si violaron o no el deber de realizar todo esfuerzo razonable para deshacer el error padecido por el trabajador despedido. Por supuesto, se presume *iuris et de iure* que el error era invencible, si también lo cometió el Juez de lo Social; esto es, si condenó en la instancia al sujeto demandado por el trabajador, resultando luego este sujeto absuelto en vía de recurso, por ostentar otro la condición de verdadero empresario<sup>26</sup>.

Según jurisprudencia laboral unificada, para que el artículo 103.2 de la LPL ampare el error relativo a la vía preprocesal seguida por el trabajador (por ejemplo, si presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, resultando que su empresario era una Administración pública), es preciso que por la Administración pública en cuestión, cuando menos, «no se haya indicado al litigante la vía impugnatoria previa oportuna»<sup>27</sup>.

**§4.** El artículo 59.4 del ET extiende este mismo plazo de caducidad de veinte días hábiles al caso de la impugnación individual de decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo. En efecto, afirma que «lo previsto en el apartado anterior será de aplicación a las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo», aunque aquí «el plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del período de consultas». Según reiterada jurisprudencia laboral unificada, este plazo se aplica no sólo a las acciones impugnatorias individuales ejercitadas por la vía del proceso laboral especial específicamente habilitado al efecto<sup>28</sup>, sino también a las colectivas ejercitadas por la vía del proceso laboral especial de conflictos colectivos jurídicos<sup>29</sup>.

También según reiterada jurisprudencia laboral unificada, para que opere la caducidad citada de veinte días hábiles resulta imprescindible que el empresario hubiese cumplido escrupulosamente todos los requisitos de procedimiento legalmente exigibles, al efecto de poder adoptar la decisión novatoria (colectiva o individual) impugnada<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Acerca de todas estas posibles modalidades aberrantes, véase J. MARTINEZ GIRON, *El empresario aparente*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 77 ss.

<sup>27</sup> Al respecto, véase STSud (Sala General) de 28 junio 1999 (Ar. 5786); también, STSud de 6 octubre 2005 (Ar. 7181), y jurisprudencia —incluso constitucional— que cita.

<sup>28</sup> Por el artículo 138 de la LPL. Véase *infra*, Tema 41, §6.

<sup>29</sup> Según una STSud de 21 febrero 1997 (Ar. 1571), muchas veces reiterada, «por las dos siguientes decisivas razones: a) porque la caducidad se predica de la acción y ésta se ejerce con el mismo contenido, aunque con distinto ámbito en los dos tipos de procesos; y b) porque la finalidad de la caducidad es evitar la indefinición en situaciones que afectan gravemente a ambas partes, y esta finalidad quedaría burlada si sólo se aplicara a los conflictos individuales». Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «Prescripción y caducidad de acciones (En torno al artículo 59)», cit., pág. 1215.

<sup>30</sup> Véase *supra*, Tema 21, §5 *in fine*.



§5. Al margen de la regulación contenida en el artículo 59 del ET, existen otros plazos de caducidad distintos, también legalmente previstos para el ejercicio de acciones laborales siempre ante los tribunales de este mismo orden jurisdiccional. Se trata de plazos fijados en la LPL —pero no en el ET—, a propósito sobre todo del ejercicio de acciones para la tramitación de cierta clase de procesos laborales especiales. Entre otros<sup>31</sup>, tal es el caso: 1) en materia de impugnación de un laudo arbitral electoral<sup>32</sup>, del «plazo de tres días, contados desde que [quienes tengan interés legítimo, incluida la empresa] tuvieron conocimiento del mismo» (artículo 127.2); 2) en materia de fijación individual o plural de la fecha de disfrute de vacaciones —«cuando la fecha esté precisada en convenio colectivo, o por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, o hubiera sido unilateralmente fijada por aquél»—, del análogo a los señalados en los artículos 59.3 y 59.4 del ET, pues «el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir del en que tuviera conocimiento de dicha fecha, para presentar la demanda en el Juzgado de lo Social» [artículo 125.a)]<sup>33</sup>; y 3) de nuevo este mismo plazo, pero ahora para la tramitación del proceso laboral especial sobre permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares<sup>34</sup>, pues «el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social» [artículo 138bis.a)].

Por disposición expresa de la propia LPL, también son de caducidad los plazos previstos en la misma para la impugnación del acuerdo obtenido en la conciliación administrativa preprocesal, a que se refiere su artículo 67.2 («la acción caducará a los treinta días de aquel en que se adoptó el acuerdo»), y para la impugnación de la avenencia obtenida en conciliación judicial, prevista en su artículo 84.5 («la acción caducará a los quince días de la fecha de su celebración»), aunque en estos casos las acciones en cuestión se tramitan por el cauce del proceso laboral ordinario<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Sobre el plazo para la impugnación judicial de sanciones disciplinarias distintas del despido, véase *supra*, §3.

<sup>32</sup> Acerca de su regulación sustantiva en el ET, véase *supra*, Tema 33, §5.

<sup>33</sup> Según el artículo 125.b), «cuando no estuviera señalada la fecha de disfrute de las vacaciones, la demanda deberá presentarse, al menos, con dos meses de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador».

<sup>34</sup> Recuérdese que la regulación sustantiva de este tema aparece contenida en los apartados 4 a 6 del artículo 37 del ET.

<sup>35</sup> Cfr. STSJ Castilla-La Mancha de 5 julio 2005 (Ar. 2364), a propósito del citado artículo 67.2.



---

**TEMA 38**

**EL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCION**

---

**Jesús Martínez Girón**

**Sumario:** §1. Los tribunales laborales. §2. La competencia material de los tribunales laborales. §3. La competencia funcional de los tribunales laborales. §4. La competencia objetiva de los tribunales laborales. §5. La competencia territorial de los tribunales laborales.

§1. Sobre la base de que la «jurisdicción» es el poder que el Estado ejercita «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado»<sup>1</sup>, la jurisdicción social, laboral o de trabajo —técnicamente denominada «orden social de la jurisdicción»<sup>2</sup>— aparece regulada en la LOPJ. De acuerdo con esta norma, la jurisdicción laboral está integrada por los siguientes cuatro tipos de órganos jurisdiccionales, genérica y popularmente conocidos con el nombre de tribunales laborales<sup>3</sup>.

Esta adjetivación se explica por causa de que la ley de enjuiciamiento en el orden social no se denomina ni ley de enjuiciamiento social, ni tampoco ley reguladora de la jurisdicción social, sino (desde 1958) «ley de procedimiento *laboral*».

En primer lugar, los Juzgados de lo Social, que son órganos jurisdiccionales de carácter unipersonal, radicados en las capitales de provincia, en principio, y servidos por un juez<sup>4</sup>, que es —como la totalidad de jueces y magistrados— independiente, inamovible, responsable y sometido únicamente al imperio de la ley<sup>5</sup>. En segundo lugar, las Salas

---

<sup>1</sup> Cfr. artículo 117.3 de la CE.

<sup>2</sup> La CE utiliza la palabra «órdenes» jurisdiccionales (artículo 123.1), mencionando expresamente la «jurisdicción contencioso-administrativa» [artículo 153.e)].

<sup>3</sup> Sobre el tema, véase M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG y R.M. ALONSO GARCIA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 13<sup>a</sup> ed., Civitas (Madrid, 2004), págs. 51 ss.

<sup>4</sup> Cfr. artículo 92 de la LOPJ.

<sup>5</sup> Cfr. artículo 117 de la CE. Para garantizarlo, el artículo 15 de la LPL fija reglas sobre «abstención» y «recusación» de los jueces y magistrados que sirven en todo tipo de tribunales laborales. Sobre el tema, véase J.I. GARCIA NINET, «De la abstención y recusación de jueces y magistrados. La tutela judicial efectiva a través de la imparcialidad de jueces y magistrados», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2001), págs. 69 ss.

de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que son órganos jurisdiccionales colegiados, servidos por magistrados, radicados en la sede de cada uno de los diecisiete Tribunales Superiores de Justicia autonómicos<sup>6</sup>, también en principio, pues de estas Salas de lo Social autonómicas hay un total de veintiuna en toda España. En tercer lugar, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, también órgano jurisdiccional colegiado, «con sede en la villa de Madrid» y «jurisdicción en toda España»<sup>7</sup>. Y por último, la Sala de lo Social (o Sala 4<sup>a</sup>) del Tribunal Supremo, asimismo órgano jurisdiccional colegiado «con sede en la villa de Madrid» e igualmente con «jurisdicción en toda España»<sup>8</sup>.

Aunque la regla es que «en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de lo Social», cabe también su establecimiento «en poblaciones distintas de la capital de provincia [caso de Vigo, Ferrol o Santiago de Compostela, por ejemplo] cuando las necesidades del servicio o la proximidad a determinados núcleos de trabajo lo aconsejen»<sup>9</sup>.

En principio, existe una sola Sala de lo Social en cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia, salvo en los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía (que tiene tres Salas de lo Social, radicadas en Sevilla, Granada y Málaga)<sup>10</sup>, de Castilla y León (que tiene dos Salas de lo Social, radicadas en Valladolid y Burgos) y de Canarias (que también tiene dos Salas de lo Social, radicadas en Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife)<sup>11</sup>. Todo ello hace el total citado de veintiuna Salas de lo Social autonómicas.

Evidentemente los Juzgados de lo Mercantil no forman parte de la jurisdicción laboral, aunque —en la hipótesis de un empresario «concurtido»— puedan llegar a conocer de determinados asuntos de competencia de los tribunales laborales<sup>12</sup>.

Al igual que ocurre en los restantes órdenes jurisdiccionales (civil, penal y contencioso-administrativo), los tribunales laborales «conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros» (artículo 21.1 de la LOPJ).

La propia LOPJ matiza luego este principio general, dando reglas sobre determinación de la competencia de los tribunales laborales españoles frente a los tribunales laborales extranjeros, en materia de «derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo»

<sup>6</sup> Cfr. artículos 70 a 72 de la LOPJ.

<sup>7</sup> Cfr. artículos 62 y 64 de la LOPJ.

<sup>8</sup> Cfr. artículos 53 y 55 de la LOPJ.

<sup>9</sup> Cfr. artículo 92.1 de la LOPJ.

<sup>10</sup> Según la LPDJ, «a efectos de demarcación judicial, las ciudades de Ceuta y Melilla quedan integradas en la circunscripción territorial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía» (artículo 2.5).

<sup>11</sup> Para la explicación del tema, véase la disposición adicional 3<sup>a</sup> de la LOPJ.

<sup>12</sup> De ahí que la LOPJ afirme que «los juzgados de lo mercantil conocerán de... las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado» (artículo 86ter.2<sup>o</sup>). Cfr., además, artículo 3.1.b) de la LPL. Novedoso y con mucho sentido práctico, véase R. LOPEZ MOSTEIRO, «La competencia objetiva y territorial en los procedimientos laborales de la Ley Concursal», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 167 ss.

(artículo 25.1º), en materia de «control de la legalidad de los convenios colectivos y... pretensiones derivadas de conflictos colectivos» (artículo 25.2º), y en materia de «pretensiones de Seguridad Social» (artículo 25.3º). La jurisprudencia laboral tiende a sostener con criterio amplio, siempre que haya algún punto de conexión «español», la jurisdicción de los tribunales laborales españoles frente a la de los tribunales laborales extranjeros, aunque matizando que una cosa es la legislación procesal aplicable y otra bien distinta la legislación laboral «sustantiva» (eventualmente extranjera) que deban luego aplicar nuestros tribunales laborales<sup>13</sup>.

Aunque por aplicación del Reglamento CE 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, quepa la libre circulación de resoluciones judiciales firmes en el territorio de la Unión Europea, la ejecución en España de sentencias firmes dictadas por tribunales laborales de otros países comunitarios no corresponde a nuestros tribunales laborales, sino a los Jueces de Primera Instancia<sup>14</sup>.

Los conflictos para conocer de determinados asuntos, que eventualmente puedan llegar a plantearse entre los tribunales laborales y la Administración Pública (o «conflictos de jurisdicción»), no aparecen mencionados en la LPL, aunque se resuelven de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38 a 41 de la LOPJ.

**§2.** Sobre la base de que la competencia material es el conjunto de asuntos atribuido sólo a un concreto orden jurisdiccional, la competencia material de los tribunales laborales aparece definida en la LOPJ, afirmando que «conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral» (artículo 9.5)<sup>15</sup>. Esta afirmación genérica aparece luego desarrollada y explicada en los artículos 2 y 3 de la LPL<sup>16</sup>.

La competencia material es cuestión de orden público y, por ello mismo, su falta es apreciable de oficio por los tribunales laborales<sup>17</sup>.

Los «conflictos de competencia» (esto es, los suscitados entre los tribunales laborales y los tribunales de otros órdenes jurisdiccionales distintos) no aparecen regulados en la LPL, que se limita a afirmar que «se regirán por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial» (artículo 12)<sup>18</sup>.

Respecto de las «cuestiones prejudiciales» civiles, penales o contencioso-administrativas (por ejemplo, si hubo o no matrimonio válidamente contraído, a efectos de reclamación de pensión de viudedad; o si hubo o no hurto del trabajador a la empresa, en pleito por despido

<sup>13</sup> Cfr. STSud de 24 abril 2000 (Ar. 5504), declarando inválido un pacto de sumisión expresa a tribunales laborales extranjeros (o «pacto de fuero») contenido en el contrato de trabajo.

<sup>14</sup> Véase ATS de 11 junio 2002 (Ar. 7802), a propósito de ejecución de sentencia dictada por el «Tribunal do Trabalho de Lisboa».

<sup>15</sup> Véase E. LASAOSA IRIGOYEN, *Delimitación competencial entre los órdenes social y civil de la jurisdicción: un estudio jurisprudencial*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2001), págs. 31 ss.

<sup>16</sup> Véase F. CAVAS MARTINEZ y A.V. SEMPERE NAVARRO, *Competencia de la jurisdicción social en la doctrina de unificación (1991-1997)*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 1998), págs. 19 ss.

<sup>17</sup> Véase artículo 5 de la LPL.

<sup>18</sup> Véase C. FERREIRO REGUEIRO, «La STCo 249/1988, de 20 diciembre: un ejemplo de conflictos de competencia en materia laboral», *Dereito. Revista Xurídica da Facultade de Dereito de Santiago de Compostela*, núm. 2 (1993), págs. 347 ss.

del mismo; o si hubo o no modificación legítima de la relación de puestos de trabajo, en pleito sobre despido entablado contra una Administración Pública por amortización de puesto de trabajo), la LPL —sobre la base de que debe tratarse de cuestiones «directamente relacionadas» con los asuntos de competencia (reclamación de pensión, despido, etc.) de los tribunales laborales (artículo 4.1)<sup>19</sup>— sienta la regla general de que «serán decididas en la resolución judicial que ponga fin al proceso», aunque «la decisión que se pronuncie [por parte de los tribunales laborales] no producirá efecto fuera del proceso en que se dicte» (artículo 4.2)<sup>20</sup>.

Desde un punto de vista positivo, el artículo 2 de la LPL desarrolla el artículo 9.5 de la LOPJ a través de diecisiete prolijos apartados —ordenados por letras, de la a) a la p)—, en los que se detalla de qué concretas «cuestiones litigiosas» conocen los tribunales laborales. Estos concretos diecisiete asuntos pueden agruparse en cinco grandes apartados temáticos: 1) pleitos relativos al Derecho individual del Trabajo, que en sustancia son los pleitos «entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo»<sup>21</sup>; 2) pleitos relativos al Derecho colectivo del Trabajo, que son los pleitos sobre cuestiones sindicales [artículo 2.g)<sup>22</sup>, h)<sup>23</sup>, i)<sup>24</sup> y k)<sup>25</sup>], solución de conflictos colectivos [artículo 2.l)] e impugnación de convenios colectivos [artículo 2.m)], que conforman —desde el punto de vista de la competencia objetiva, a ver luego— un grupo de cuestiones litigiosas con una sustantividad muy acusada<sup>26</sup>; 3) pleitos «en materia

<sup>19</sup> Sobre el tema, véase STSud (Sala General) de 10 julio 2000 (Ar. 6898); además, S. GONZALEZ ORTEGA, «Las cuestiones prejudiciales», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, cit., págs. 57 y ss.

<sup>20</sup> Téngase en cuenta, según el artículo 4.3 de la LPL, que «hasta que las resuelva el órgano judicial competente, las cuestiones prejudiciales penales suspenderán el plazo para adoptar la debida decisión sólo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictarla». Cfr., además, artículo 86 de la propia LPL, a propósito de la necesidad de interposición de «querrela», al efecto de que la alegación de falsedad de un documento «de notoria influencia en el pleito» provoque la suspensión del mismo.

<sup>21</sup> Artículo 2.a) de la LPL, con la salvedad —continúa el precepto— de «lo dispuesto en la Ley Concursal». Véanse, además, artículo 2.c) («en la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o convenio colectivo»), artículo 2.ñ) («entre las sociedades cooperativas de trabajo asociado o anónimas laborales y sus socios trabajadores, por su condición de tales») y artículo 2.o) («entre los empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de puesta a disposición»).

<sup>22</sup> Esto es, «sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos, impugnación de sus estatutos y su modificación».

<sup>23</sup> Esto es, «en materia de régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados».

<sup>24</sup> Esto es, «sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones empresariales en los términos referidos en la disposición derogatoria de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, impugnación de sus estatutos y su modificación».

<sup>25</sup> Esto es, «sobre tutela de los derechos de libertad sindical».

<sup>26</sup> Quedan excluidos de ese conjunto de asuntos «colectivos» otros próximos a ellos, aunque también sean de la competencia de los tribunales laborales, como los mencionados en el artículo 2.j) («sobre la responsabilidad de los sindicatos y de las asociaciones empresariales por infracción de normas de la rama social del Derecho») y en el artículo 2.n) («en procesos sobre materias electorales, incluida la denegación de registro de actas electorales, también cuando se refiera a elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas»).

de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo»<sup>27</sup>; 4) pleitos sobre exigencia de responsabilidad al Estado o los organismos de él dependientes, esto es, «contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral»<sup>28</sup>, como en el supuesto, por ejemplo, de los pleitos «contra el Fondo de Garantía Salarial, en los casos en que le atribuya responsabilidad la legislación laboral»<sup>29</sup>; y 5) por último, al modo de cláusula de cierre, pleitos «respecto de cualesquiera otras cuestiones que les sean atribuidas por normas con rango de Ley»<sup>30</sup>.

En esta cláusula de cierre encajarían, por ejemplo, los artículos 38.1 y 38.2 de la Ley 10/1997, de 24 abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria<sup>31</sup>.

Desde un punto de vista negativo, toda esta atribución de competencia material a los tribunales laborales aparece perfilada en el artículo 3 de la LPL. En él se especifican tres grupos de cuestiones que materialmente hablando podrían considerarse de Derecho del Trabajo (individual o colectivo) o de Derecho de la Seguridad Social, pero que no son de competencia de los tribunales laborales, sino de los tribunales contencioso-administrativos<sup>32</sup>. Se trata de los pleitos: 1) sobre «tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho a huelga relativa a los funcionarios públicos»<sup>33</sup>; 2) sobre gestión de la Seguridad Social (instrumental, liquidatoria y recaudatoria), aunque con exclusión de la «gestión de prestaciones de la Seguridad Social», que sigue siendo de competencia de los tribunales laborales<sup>34</sup>; y 3) sobre «impugnación de

<sup>27</sup> Artículo 2.b) de la LPL. Cfr., además, artículo 2.d) («entre los asociados y las Mutualidades, excepto las establecidas por los Colegios Profesionales, en los términos previstos en los artículos 64 y siguientes y en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, así como entre las fundaciones laborales o entre éstas y sus beneficiarios, sobre cumplimiento, existencia o declaración de sus obligaciones específicas y derechos de carácter patrimonial, relacionados con los fines y obligaciones propios de esas entidades»). Sobre el tema, véase E. LASAOSA IRIGOYEN, «Competencia jurisdiccional. Mutualidades de Previsión Social vinculadas a Colegios Profesionales», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, cit. págs. 35 ss.

<sup>28</sup> Artículo 2.e) de la LPL.

<sup>29</sup> Artículo 2.f) de la LPL. Es asimismo el caso de la reclamación al Estado de salarios de tramitación por juicios demorados de despido, regulada en los artículos 116 a 119 de la LPL.

<sup>30</sup> Artículo 2.p) de la LPL.

<sup>31</sup> Acerca de este tema, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, «Derecho comparado y comunitario sobre negociación colectiva y grupos de empresas», en el vol. *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociadas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), pág. 118.

<sup>32</sup> Acerca de los litigios materialmente laborales atribuidos a los Juzgados de lo Mercantil, véase *supra*, §1.

<sup>33</sup> Cfr. artículo 3.1.a) de la LPL.

<sup>34</sup> Cfr. artículo 3.1.b) de la LPL.

disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral»<sup>35</sup>, como las impugnaciones de «resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social»<sup>36</sup> o las impugnaciones de «resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos»<sup>37</sup>.

Respecto de estos dos últimos tipos de impugnaciones, la incompetencia de los tribunales laborales es consecuencia del incumplimiento por el Gobierno, de que ya se habló, del plazo a que se refiere el artículo 3.3 de la LPL<sup>38</sup>.

Respecto de la tutela de los derechos de libertad sindical (que incluye la del derecho de huelga) del personal estatutario al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, recuérdese que ya se dijo que los asuntos contenciosos relativos a este tipo de personal han dejado de ser de competencia de los tribunales laborales<sup>39</sup>.

La citada excepción relativa a la «gestión instrumental» de la Seguridad Social la justifica sumariamente la Ley 52/2003, de 10 diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, afirmando sólo que «se introducen [modificaciones] en la Ley de Procedimiento Laboral, para residenciar en el orden contencioso-administrativo el conocimiento de todas las pretensiones relativas a las relaciones jurídicas instrumentales (inscripción, altas, bajas, cotización y recaudación)»<sup>40</sup>. Por su parte, la tradicional excepción relativa a la «gestión recaudatoria» de la Seguridad Social, según confirma la jurisprudencia laboral, exige una interpretación «en sentido amplio», que comprenda «todos los actos de declaración de la deuda y de fijación de su importe (liquidación)», así como la «recaudación en período voluntario (decisiones sobre aplazamientos y fraccionamientos de pago, recargos, devoluciones de cuotas, etc.)» y la «recaudación en vía ejecutiva», y por tanto, la materia regulada en «los artículos 20, 23 y 25 a 32 de la Ley General de la Seguridad Social»<sup>41</sup>.

**§3.** Sobre la base de que la competencia funcional se refiere a los grados e instancias en que se diversifica la jurisdicción, la competencia funcional de los tribunales laborales aparece regulada en los artículos 6, 7, 8 y 9 de la LPL, en perfecta congruencia con lo que al respecto dispone la LOPJ<sup>42</sup>. De acuerdo con estas normas, la jurisdicción laboral se diversifica en tres grados sucesivos. En el primer grado (o grado de conocimiento inicial de los asuntos) intervienen los Juzgados de lo Social, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de

<sup>35</sup> Cfr. artículo 3.1.c) de la LPL.

<sup>36</sup> Cfr. artículo 3.2.a) de la LPL.

<sup>37</sup> Cfr. artículo 3.2.b) de la LPL.

<sup>38</sup> Véase *supra*, Tema 36, §1.

<sup>39</sup> Véase *supra*, Tema 4, §5.

<sup>40</sup> Exposición de motivos, párrafo último.

<sup>41</sup> Véase STSud (Sala General) de 29 abril 2002 (Ar. 5683).

<sup>42</sup> Cfr. sus artículos 59, 67, 75 y 93.



lo Social de la Audiencia Nacional, que actúan en este primer grado como órganos jurisdiccionales de primera y «única» instancia<sup>43</sup>. En el segundo grado (o grado de conocimiento de un asunto en vía de recurso) intervienen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que resuelven en este segundo grado recursos «extraordinarios» frente a resoluciones de los órganos jurisdiccionales actuantes en el primer grado y única instancia de la jurisdicción laboral —si se tratase de recursos «ordinarios» (como el recurso de apelación, inexistente en lo laboral), habría que hablar entonces de segundo grado y, también, de segunda instancia—, ya se trate de los Juzgados de lo Social (en cuyo caso el recurso «extraordinario» lo resuelven las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia)<sup>44</sup>, ya se trate de estas últimas Salas autonómicas o de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (en cuyo caso el recurso «extraordinario» lo resuelve la Sala de lo Social del Tribunal Supremo)<sup>45</sup>. En el tercer grado (o grado de conocimiento de un asunto en vía de recurso contra el recurso) sólo interviene la Sala de Social del Tribunal Supremo, al efecto de resolver recursos «extraordinarios» frente a las resoluciones de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en el segundo grado de la jurisdicción laboral (esto es, cuando resuelven recursos «extraordinarios» frente a las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social en el primer grado y única instancia)<sup>46</sup>.

La competencia funcional es cuestión de orden público y, por ello mismo, su falta es apreciable de oficio por los tribunales laborales<sup>47</sup>, incluso por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, aunque actúe en el tercer grado de la jurisdicción<sup>48</sup>.

Cuando existía el Tribunal Central de Trabajo (extinguido, según se vio, en 1989)<sup>49</sup>, la jurisdicción laboral también se ajustaba a los principios de instancia única y triple grado de jurisdicción. En efecto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo actuaba entonces como órgano de tercer grado, al resolver recursos en interés de la ley frente a todas las sentencias dictadas por el Tribunal Central de Trabajo como órgano de segundo grado, con excepción de las que este último dictaba (también como órgano de segundo grado) en materia de conflictos colectivos<sup>50</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. artículos 6, 7.a) y 8 de la LPL.

<sup>44</sup> Cfr. artículo 7.b) de la LPL.

<sup>45</sup> Cfr. artículo 9.a) de la LPL, remitiendo implícitamente a la regulación del recurso de casación ordinaria (artículos 203 a 215 de la LPL).

<sup>46</sup> Cfr. artículo 9.a) de la LPL, remitiendo implícitamente a la regulación del recurso de casación para la unificación de doctrina (artículos 216 a 226 de la LPL).

<sup>47</sup> Cfr. artículo 5.1 de la LPL.

<sup>48</sup> Cfr. SsTSud de 21 marzo 2000 (Ar. 2873) y 27 junio 2000 (Ar. 6622).

<sup>49</sup> Véase *supra*, Tema 6, §5.

<sup>50</sup> Sobre el citado recurso en interés de la ley, véase también *supra*, Tema 6, §5.

§4. Sobre la base de que la competencia objetiva se refiere a la distribución de asuntos entre los órganos jurisdiccionales de diverso tipo actuantes en el primer grado de la jurisdicción, la competencia objetiva de los tribunales laborales aparece regulada en los artículos 6, 7 y 8 de la LPL, de nuevo concordantes con lo que al respecto dispone la LOPJ<sup>51</sup>. Estos preceptos se refieren a la distribución de asuntos entre los tres tipos distintos de órganos jurisdiccionales actuantes en el primer grado e instancia única de la jurisdicción laboral (esto es, los Juzgados de lo Social, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional). Los asuntos cuyo conocimiento comparten estos tres tipos de órganos no son todos los mencionados en los diecisiete apartados de que ya se dijo que consta el citado artículo 2 de la LPL, sino sólo los asuntos relativos al Derecho colectivo del Trabajo (que son, recuérdese, los pleitos sobre cuestiones sindicales [artículo 2.g), h), i) y k) de la LPL], solución de conflictos colectivos [artículo 2.l) de la LPL] e impugnación de convenios colectivos [artículo 2.m) de la LPL]). Por esta razón, la LPL —matizando la regla general de que «los Juzgados de lo Social conocerán de *todos* los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social» (artículo 6)— afirma lo siguiente: 1) que «las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán... en única instancia de los procesos sobre las cuestiones a que se refieren los párrafos g), h), i), k), l) y m) del artículo 2 cuando extiendan sus efectos a un *ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma*» [artículo 7.a)]; y 2) que «la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia de los procesos a que se refieren los párrafos g), h), i), k), l) y m) del artículo 2, cuando extiendan sus efectos a un *ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma*» (artículo 8).

La más reciente jurisprudencia laboral defiende enérgicamente el carácter subsidiario de la competencia objetiva de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, frente a la competencia objetiva que tienen los Juzgados de lo Social para conocer de «todos» los procesos atribuidos a la jurisdicción laboral<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. sus artículos 67, 75 y 93.

<sup>52</sup> Cfr. STSud (Sala General) de 26 marzo 2001 (Ar. 4112), concluyendo que «un conflicto individual que afecte a un concreto afiliado y al Sindicato al que pertenezca, aunque aquél o éste, en su caso, tengan un cargo o un ámbito de actuación que trascienda del territorio de una Comunidad Autónoma, no puede convertirse en un conflicto cuyos efectos, en el sentido orgánico-procesal del término, trascienda del ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma», por lo que a quien competía conocer del asunto era al «correspondiente Juzgado de lo Social».

Los problemas se plantean sobre todo cuando se trata de un conflicto colectivo para la interpretación de un convenio colectivo de ámbito estatal. En estos casos, lo que marca la competencia objetiva no es ni el ámbito del convenio colectivo interpretado ni el radio de acción de los promotores del conflicto colectivo planteado, sino el lugar en que estén radicados los centros de trabajo a que pertenecen los trabajadores realmente afectados por el conflicto colectivo jurídico en cuestión<sup>53</sup>.

Por supuesto, también esta competencia objetiva resulta ser cuestión de orden público y, por ello mismo, su falta es apreciable de oficio por los tribunales laborales, al no poder confundirse en modo alguno con la competencia territorial<sup>54</sup>.

**§5.** Sobre la base de que la competencia territorial se refiere a la distribución de asuntos entre los órganos jurisdiccionales del mismo tipo actuantes en el primer grado de la jurisdicción, es lógico que la competencia territorial de los tribunales laborales se refiera, en lo esencial, a la distribución de asuntos entre la multitud de Juzgados de lo Social existente en toda España, dado que cada uno de ellos tiene su propia circunscripción territorial (en principio, provincial, como se dijo)<sup>55</sup>. Acerca de este tema, el complejo artículo 10 de la LPL sienta dos importantísimas reglas de carácter general<sup>56</sup>.

Sobre la base de que en una misma población es frecuente que existan dos o más Juzgados de lo Social —en cuyo caso «se designarán por numeración cardinal»<sup>57</sup>, esto es, Juzgado de lo Social número 1, número 2, etc.—, la distribución de la carga de trabajo entre ellos no es evidentemente ningún tema de competencia territorial (puesto que todos ellos tienen la misma circunscripción territorial), sino de mero «reparto» de asuntos, a efectuarse de acuerdo con las normas aprobadas «por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la Junta de Jueces del respectivo orden jurisdiccional»<sup>58</sup>.

Dada la pluralidad de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, también eventualmente actuantes como tribunales del primer grado de la jurisdicción laboral, el artículo 11 de la LPL fija asimismo reglas sobre determinación de la competencia territorial en relación con ellas.

La LPL regula las «cuestiones de competencia» territorial entre órganos jurisdiccionales laborales no subordinados entre sí (señaladamente, entre Juzgados de lo Social de distinta

<sup>53</sup> Cfr. STS de 20 junio 2001 (Ar. 6328), y las en ella citadas, a propósito de la delimitación de la competencia objetiva entre la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional; y STS de 4 abril 2002 (Ar. 6005), y las en ella citadas, a propósito de la delimitación de la competencia objetiva entre un Juzgado de lo Social y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

<sup>54</sup> Según STS de 11 diciembre 2000 (Ar. 808 de 2001), la «competencia objetiva... nace del hecho de existir a partir del año 1990, en las normas procesales, varios órganos competentes para conocer en primera instancia de los conflictos que se promuevan en la rama social del derecho, aunque se utilicen criterios de territorialidad para hacer esa atribución de competencia».

<sup>55</sup> Determinada por el artículo 3 de la LPDJ y los «anexos» a que remite.

<sup>56</sup> Reglas adicionales, relativas a materias litigiosas muy concretas (planes de pensiones, reclamación de salarios de tramitación al Estado, procesos electorales, etc.), aparecen contenidas en las letras b) a h) del apartado 2 del propio artículo 10 de la LPL.

<sup>57</sup> Cfr. artículo 27.2 de la LOPJ.

<sup>58</sup> Cfr. artículo 167.1 de la LOPJ.

circunscripción territorial), en sus artículos 13 y 14, aunque de modo no muy congruente con lo que al respecto dispone hoy la LEC<sup>59</sup>.

En primer lugar, supuesto —en materias de Derecho individual del Trabajo— que el demandante suele ser el trabajador y el demandado el empresario, la regla tradicional y protectora del trabajador de que «será Juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, *a elección del demandante*», esto es, del trabajador (artículo 10.1, párrafo 1º).

Esta regla —con matizaciones prolijamente reguladas en los párrafos subsiguientes del propio artículo 10.1 de la LPL<sup>60</sup>— inviabiliza el pacto de «sumisión expresa» acordado entre trabajador y empresario (pero, de hecho, impuesto por este último), sobre planteamiento de los pleitos laborales entre ambos en los Juzgados de lo Social de cierto territorio, que pueda no convenirle al trabajador (por causa de su lejanía respecto de su domicilio o de su lugar de trabajo). Por eso, se trata de una regla procesal laboral tradicional, impuesta por la Ley de Tribunales Industriales de 1912, precisamente en materia de accidentes de trabajo, con la finalidad de que rigiese «cualesquiera que fuesen las estipulaciones de los contratos entre el empresario y las compañías de seguros [entonces actuantes en el ramo del aseguramiento de los accidentes de trabajo]»<sup>61</sup>.

Según jurisprudencia laboral unificada, «en el proceso laboral los jueces y tribunales no pueden controlar de oficio su propia competencia territorial», respecto de la cual cabe «la sumisión tácita [pero no la expresa], pues no sólo no aumenta ni potencia la situación de prevalencia del empresario sobre el trabajador, sino que puede ser un buen medio para reducirla o paliarla»<sup>62</sup>.

Evidentemente la regla en cuestión también aprovecha al empresario, supuesto que sea él quien pleitee como demandante frente al trabajador, como en el caso de la demanda de cierta empresa contra un antiguo empleado suyo, para que se declarase que un «vehículo marca Mercedes... es propiedad de la referida empresa» y, además, que «habiendo quedado extinguida la relación laboral que unía a las partes... sea devuelto dicho vehículo a la empresa o, subsidiariamente, el [trabajador] demandado abone 4.000.000 de pesetas a ella, como valor de dicho coche»<sup>63</sup>.

En segundo lugar, supuesto —pero ahora en materia de Seguridad Social— que el demandante suele ser quien reclama

<sup>59</sup> Véase R. MARTIN JIMENEZ, «Cuestiones de competencia, declinatoria y proceso laboral, tras la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, cit., págs. 45 ss.

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, «en las demandas contra las Administraciones públicas será Juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandante, a elección de éste» (párrafo 4º).

<sup>61</sup> Véase J. MONTERO AROCA, *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad (Valencia, 1976), pág. 54.

<sup>62</sup> Cfr. STSud de 28 junio 2004 (Ar.6933), reiterando y resumiendo la prolija doctrina de STSud (Sala General) de 16 febrero 2004 (Ar. 2038).

<sup>63</sup> Cfr. STSJ Andalucía (Sevilla) de 21 mayo 2002 (Ar. 3921), según la cual «la empresa podría optar por escoger el fuero territorial de Córdoba o el de Valencia (domicilio del demandado), conforme al art. 10.1 de la Ley de Procedimiento Laboral».

prestaciones y el demandado la Administración de la Seguridad Social, la de que será Juzgado de lo Social territorialmente competente «aquél en cuya circunscripción se haya producido la resolución, expresa o presunta, impugnada en el proceso, o el del domicilio del demandante, *a elección de éste*», esto es, del beneficiario [artículo 10.2.a)].

Según la jurisprudencia laboral, esa circunscripción es la de la concreta «localidad» que figure como lugar de emanación de la resolución impugnada, no resultando atendible el argumento de que esta interpretación «discrimina a los beneficiarios que residan en la circunscripción territorial de los Juzgados de lo Social con sede en [esa localidad]» —a los que supuestamente se privaría de «facultad de elección»—, ni tampoco «el argumento relativo al mejor reparto de la carga de trabajo», puesto que este tipo de argumentación «no es conciliable con la clara literalidad del precepto aplicable»<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Véase, al respecto, STSud de 13 junio 1994 (Ar. 5427).



---

## TEMA 39 LA RELACION PROCESAL LABORAL

---

Jesús Martínez Girón

**Sumario:** §1. Las partes procesales. §2. La capacidad procesal de las partes. §3. La legitimación de las partes. §4. La postulación por las partes. §5. Los actos procesales del Juez. §6. Los actos procesales del Secretario. §7. Los principios del proceso laboral.

§1. En los procesos laborales, las partes principales son siempre dos. Se conocen con el nombre de demandante (o actor) y demandado, en los procesos de cognición o procesos desarrollados en el primer grado e instancia única de la jurisdicción laboral, regulados en el Libro II de la LPL; de recurrente y recurrido, en los procesos de impugnación o recursos, regulados en el Libro III de la LPL; y de ejecutante y ejecutado, en los procesos de ejecución o ejecutivos, regulados en el Libro IV de la LPL<sup>1</sup>. Junto a las partes principales, también puede haber partes secundarias o accesorias, conocidas con el nombre de «intervinientes», si su participación en el proceso laboral fuese necesaria, y «coadyuvantes», si fuese meramente voluntaria.

A los «coadyuvantes» se refiere la LPL, por ejemplo, afirmando que «en aquellos casos en los que corresponda al trabajador como sujeto lesionado, la legitimación activa como *parte principal*, el sindicato al que éste pertenezca, así como cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, podrán personarse como *coadyuvantes*», aunque «éstos no podrán recurrir ni continuar el proceso con independencia de las *partes principales*» (artículo 175.2)<sup>2</sup>.

Según la LPL, «interviniente» típico es el Ministerio Fiscal, en todos aquellos procesos laborales especiales en cuya regulación se afirma que «será parte siempre»<sup>3</sup>, pudiendo intervenir

---

<sup>1</sup> Sobre el «tercerista» de dominio y de mejor derecho, véanse los artículos 258 y 273 de la LPL, respectivamente. Además, C. MARTINEZ MORENO, «La intervención de terceros en el proceso laboral», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2001), págs. 119 ss.

<sup>2</sup> Véase, también, artículo 170.2.

<sup>3</sup> Es el caso del proceso de impugnación de convenios colectivos (artículos 162.6 y 163.4), del proceso de impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito de los estatutos sindicales (artículo 165.2), del proceso de impugnación de los estatutos sindicales (artículo 171.3) y del proceso de tutela de los derechos de libertad sindical (artículo 175.3). Además, véase la disposición adicional 6ª.

en posición «de conformidad u oposición, respecto de la pretensión» sostenida por las partes principales<sup>4</sup>; también, las entidades gestoras y la TGSS, las cuales «podrán personarse y ser tenidas por parte en los pleitos en materia de Seguridad Social en los que tengan interés, sin que tal *intervención* haga retrotraer ni detener el curso de las actuaciones» (artículo 140); y el FOGASA, pues «el Fondo de Garantía Salarial podrá comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación, en aquellos procesos en los que se pudiera derivar posteriormente una responsabilidad de abono de salarios o indemnizaciones a los trabajadores litigantes, sin que tal *intervención* haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones» (artículo 23.1).

**§2.** Sobre la base de que en los procesos laborales pueden ser partes las personas físicas, las personas jurídicas y, también, entes carentes de personalidad, el artículo 16 de la LPL regula la denominada «capacidad procesal» de las partes<sup>5</sup>. Se trata de la capacidad para poder «comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos» (apartado 1); y por tanto, de la capacidad abstracta o genérica para poder «personarse» como parte principal o secundaria en un proceso laboral, aun cuando nunca se llegue a hacerlo. En los procesos laborales —como excepción a la regla común que liga la posibilidad de comparecer en juicio al hecho de que la persona física compareciente se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y, por tanto, sea mayor de edad—, también la tienen quienes pueden contratar sus servicios como trabajadores, aun cuando se trate de personas menores de 18 años, afirmando al respecto el artículo 16 de la LPL que «los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho», de conformidad con lo dispuesto en «la legislación laboral»<sup>6</sup>, tendrán «capacidad procesal respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social» (apartado 2), y también, «respecto de los derechos de naturaleza sindical y de representación» (apartado 3).

En congruencia con lo que al respecto dispone la LEC<sup>7</sup>, el artículo 16 de la LPL sienta la regla general de que «podrán comparecer en juicio... quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles» (apartado 1); y además, las reglas particulares de que «por quienes no se hallaren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a Derecho» (apartado 4), y de que «por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen», teniendo en cuenta que «por las comunidades de bienes y grupos comparecerán quienes aparezcan como organizadores, directores o gestores de los mismos» (apartado 5).

**§3.** Distinta de la capacidad procesal abstracta es la *legitimación para poder ser parte* en un proceso laboral concreto, que desde luego

<sup>4</sup> Véase artículo 164.1.

<sup>5</sup> Véase M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG y R.M. ALONSO GARCIA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 13ª ed., Civitas (Madrid, 2004), pág. 115.

<sup>6</sup> Acerca del artículo 7 del ET, véase *supra*, Tema 12, §2.

<sup>7</sup> Artículo 7.



poseen —según el artículo 17.1 de la LPL— quienes sean «titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo» que se discuta en ese concreto proceso. Se denomina legitimación «activa», cuando permite actuar en el proceso en cuestión en posición de actor o demandante; y legitimación «pasiva», cuando permite actuar como demandado. Además, tanto si es activa como pasiva, la legitimación puede perfectamente ser única o plural —según que sea uno solo o sean varios los sujetos activa o pasivamente legitimados—, hablándose de que existe «litisconsorcio», precisamente cuando los sujetos activa o pasivamente legitimados son varios.

En ocasiones, la LPL concreta con bastante detalle a quien corresponde «la legitimación activa»<sup>8</sup> y qué personas están «pasivamente legitimadas»<sup>9</sup>. Otra expresión procesal clásica con la que también se alude a la legitimación, distinta de la de tener derecho o interés legítimo, aparece utilizada en el artículo 54.2 de la LPL, según el cual las resoluciones judiciales también se notificarán «cuando así se mande, a las personas y entidades a quienes se refieran o *puedan parar perjuicio* u ostentaren interés legítimo en el asunto debatido».

En lo laboral, resulta frecuente la situación de «litisconsorcio pasivo necesario». En este caso, el demandante debe inexcusablemente plantear su demanda frente a una pluralidad de demandados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 80 de la LPL, según el cual en la demanda se designarán todos los «interesados, que deban ser llamados al proceso» [apartado 1.b)], teniendo en cuenta que de la demanda y de sus documentos acompañantes «se presentarán por el actor tantas copias como demandados y demás interesados en el proceso haya» (apartado 2). Si el actor no lo hiciese, la relación procesal quedaría entonces defectuosamente constituida, cabiendo que este defecto de legitimación pasiva sea incluso apreciado de oficio por los tribunales laborales<sup>10</sup>.

La posibilidad de apreciación de oficio de la falta de «litisconsorcio pasivo necesario», que incluso puede producirse en vía de recurso, aparece expresamente mencionada en la LPL, al afirmar —a propósito del proceso laboral especial de impugnación de laudos arbitrales electorales— que «si examinada la demanda el Juez estima que puede no haber sido dirigida contra todos los afectados, citará a las partes para que comparezcan, dentro del día siguiente, a una audiencia preliminar en la que, oyendo a las partes sobre la posible *situación de litisconsorcio pasivo necesario*, resolverá sobre la misma en el acto» (artículo 130)<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, artículo 163.1; también, artículo 175.2.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, artículo 163.2; también, artículo 171.2.

<sup>10</sup> Sobre la configuración general del litisconsorcio de acuerdo con nuestra jurisprudencia laboral de siempre, véase J. MARTINEZ GIRON, «Litisconsorcio pasivo necesario y procesos de Seguridad Social», *Revista de Política Social*, núm. 129 (1981), págs. 219 ss.

<sup>11</sup> Téngase en cuenta, sin embargo, que en los procesos laborales la regla general —como afirma la STC 84/1997, de 22 abril— es que el Juez de lo Social utilice la vía del artículo 81.1 de la LPL, al efecto de velar «por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo».

Tradicionalmente, es una situación frecuente sobre todo en procesos de Seguridad Social, según ha demostrado ejemplarmente la doctrina estudiosa de estos procesos<sup>12</sup>.

En ocasiones, la LPL exige —frente a la demanda de un trabajador— que litiguen en posición de «litisconsorcio pasivo necesario» el empresario y otros trabajadores, compañeros suyos, afectados por la demanda en cuestión<sup>13</sup>.

Además, también resulta relativamente frecuente la situación de «litisconsorcio activo voluntario». Aquí el supuesto más típico —por oposición a los «conflictos individuales» y a los «conflictos colectivos» jurídicos<sup>14</sup>— es el de los denominados «conflictos plurales»<sup>15</sup>. Ocurren cuando varios trabajadores litigan unidos como demandantes, frente a su empresario, acumulando sus respectivas acciones idénticas contra él en una sola demanda.

Se trata, por tanto, de casos de acumulación «subjetiva» de acciones, que es una institución carente de regulación sistemática en la LPL<sup>16</sup>, aunque aludan a ella, por ejemplo, sus artículos 19.1 («en los procesos en los que demanden de forma conjunta más de diez actores...») y 190.1 («si fuesen varios los demandantes...»).

En cambio, sí posee regulación sistemática en la LPL la denominada acumulación «objetiva» de acciones, respecto de la que se afirma que «el actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos» (artículo 27.1); y además, que «no podrán acumularse a otras en un mismo juicio... las acciones de despido, las de extinción del contrato de trabajo de los artículos 50 y 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, las que versen sobre materia electoral, las de impugnación de convenios colectivos, las de impugnación de estatutos de los sindicatos y las de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales» (artículo 27.2), ni «tampoco... entre sí las reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir» (artículo 27.3)<sup>17</sup>.

El «conflicto plural» también puede llegar a existir por la vía de la «acumulación de autos» o procesos —regulada asimismo de modo sistemático en la LPL<sup>18</sup>—, que presupone la existencia de una pluralidad de demandas distintas que penden ante un mismo Juzgado de lo

<sup>12</sup> Véase F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *El proceso especial de Seguridad Social*, EDERSA (Madrid, 2000), págs. 76 ss. y 137 ss.

<sup>13</sup> Véanse artículos 125.d), 138.2 y 145bis.3.a).

<sup>14</sup> Véase *infra*, Tema 41, §5.

<sup>15</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, IELSS (Madrid, 1985), págs. 205 ss.

<sup>16</sup> En cambio, la LEC afirma al respecto que «podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios *contra uno*, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir», entendiéndose que «el título o causa de pedir es idéntico cuando las acciones se funden en los mismos hechos» (artículo 72).

<sup>17</sup> Siempre según la LPL, la regla general es que «si se ejercitaran acciones indebidamente acumuladas, el Juez o Tribunal requerirá al demandante para que, en el plazo de cuatro días subsane el defecto, eligiendo la acción que pretende mantener», de modo que «en caso de que no lo hiciera, se acordará el archivo de la demanda, notificándose la resolución» (artículo 28.1).

<sup>18</sup> Véanse artículos 29 a 32 y 34 y 35. La propia LPL regula separadamente la «acumulación de recursos» (artículo 33) y la «acumulación de ejecuciones» (artículos 36 a 41). Sobre la eventual acumulación de demandas por despido disciplinario y por despido indirecto, véase *supra*, Tema 25, §5.

Social, o ante dos o más Juzgados de lo Social de la misma circunscripción, las cuales —por razones de economía procesal— se acumulan para «discutirse conjuntamente y resolverse en una sola resolución»<sup>19</sup>, al ser idéntico el demandado y las acciones en ellas ejercitadas<sup>20</sup>.

**§4.** Por postulación se entiende tanto la actividad de representación procesal de las partes legitimadas ante el Juez, como la actividad de defensa técnica de una parte legitimada frente a su contraria, apareciendo regulada en la LPL, artículos 18 a 22, bajo el rótulo común «De la representación y defensa procesales». Sobre el tema, la regla general es que en los procesos laborales de instancia (esto es, en el primer grado de la jurisdicción laboral) la parte puede comparecer por sí misma y defenderse por sí misma sin necesidad de procurador ni de abogado, pues «las partes podrán comparecer por sí mismas» (artículo 18.1) y, además, «la defensa por abogado tendrá carácter facultativo en la instancia» (artículo 21.1). En la práctica, lo más frecuente y, también, lo más prudente es, sin embargo, bien comparecer en la instancia representado por medio de «graduado social colegiado» —que de paso se ocupa de la defensa técnica de su representado—, bien comparecer representado y defendido por medio de abogado<sup>21</sup>, abonando evidentemente la parte los honorarios de los concretos profesionales que hubiese contratado<sup>22</sup>.

Según la LPL, por la parte puede comparecer en representación procesal suya «cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles», cabiendo conferir tal representación «mediante poder otorgado por comparecencia ante Secretario judicial [que es el denominado apoderamiento *apud acta*, de carácter gratuito] o por escritura pública» (artículo 18.1)<sup>23</sup>, aunque —por excepción— el sindicato no necesita de ningún poder expreso para actuar en nombre e interés de sus afiliados, bastando con que acredite «la condición de afiliado del trabajador y la existencia de la comunicación al trabajador de su voluntad de iniciar el proceso» (artículo 20.2, inciso 1º)<sup>24</sup>.

Tradicional es, en cambio, la regla contenida en la LPL, según la cual «en los procesos en los que demanden de forma conjunta más de diez actores, éstos deberán designar un representante común», que «deberá ser necesariamente abogado, procurador, graduado social colegiado, uno de los demandantes o un sindicato» (artículo 19.1), aunque «en todo caso,

<sup>19</sup> Véase artículo 35.

<sup>20</sup> Véase artículo 29.

<sup>21</sup> Lo permite expresamente el artículo 18.2 de la LPL.

<sup>22</sup> Lo confirma expresamente, a propósito del abogado, el artículo 21.1 de la LPL.

<sup>23</sup> Véase A. MURCIA CLAVERIA, *La representación voluntaria en el proceso laboral*, Marcial Pons (Madrid, 1994), págs. 19 ss.

<sup>24</sup> En estos casos, «la autorización se presumirá concedida salvo declaración en contrario del trabajador afiliado» (inciso 2º), aunque «si en cualquier fase del proceso el trabajador expresara, a presencia judicial, que no había recibido la comunicación del sindicato o que habiéndola recibido hubiera negado la autorización de actuación en su nombre, el Juez o Tribunal, previa audiencia del sindicato, acordará el archivo de las actuaciones sin más trámite» (artículo 20.3). Véase M.C. ORTIZ LALLANA, *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo*, CES (Madrid, 1994), págs. 23 ss.

cualquiera de los demandantes podrá expresar su voluntad justificada de comparecer por sí mismo o de designar un representante propio, diferenciado del designado de forma conjunta por los restantes actores» (artículo 19.3). Esta necesidad de designación de un representante procesal único también se aplica al caso de «acumulación de autos correspondientes a varias demandas presentadas contra un mismo demandado, afectando de este modo el proceso a más de diez actores» (artículo 19.2).

Lógicamente, los entes públicos comparecen en los pleitos laborales en que son parte representados y defendidos, como regla, por sus respectivos letrados-funcionarios (Abogados del Estado, Letrados de la Seguridad Social, etc.)<sup>25</sup>.

Ahora bien, siempre en la instancia y por razones de igualdad procesal, el artículo 21.2 de la LPL afirma: 1) que «si el demandante pretendiese comparecer en el juicio asistido de abogado o representado por procurador o graduado social colegiado, lo hará constar en la demanda»<sup>26</sup>; y 2) viceversa, que «el demandado pondrá esta circunstancia en conocimiento del Juzgado o Tribunal por escrito, dentro de los dos días siguientes al de su citación para el juicio, con objeto de que, trasladada su intención al actor, pueda éste estar representado por procurador o graduado social colegiado, [o] designar abogado»<sup>27</sup>, de manera que el incumplimiento de este deber de comunicar la postulación «supone la renuncia de la parte al derecho de valerse en el acto de juicio de abogado, procurador o graduado social colegiado»<sup>28</sup>.

Según el artículo 21.3 de la LPL, «si en cualquier otra actuación, diversa al acto de juicio, cualquiera de las partes pretendiese actuar asistido de Letrado, el Juez o Tribunal adoptará las medidas oportunas para garantizar la igualdad de las partes».

En cambio, en vía de recurso resulta siempre preceptivo que la parte recurrente cuente con la intervención de abogado, de manera —según el artículo 229.1 de la LPL— que «si el recurso que se entabla es el de suplicación, el nombramiento de letrado se hará ante el Juzgado en el momento de anunciarlo», y «si el recurso es el de casación, tanto ordinario como para la unificación de doctrina, se realizará ante la Sala de lo Social de procedencia si se verifica dentro del plazo señalado para prepararlo o ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dentro del de emplazamiento»<sup>29</sup>.

La LPL insiste machaconamente sobre el tema, exigiendo la interposición del recurso de suplicación por medio de letrado (artículo 193.1), la formalización del recurso de casación

<sup>25</sup> Véase artículo 22 de la LPL.

<sup>26</sup> Inciso 1º.

<sup>27</sup> Inciso 2º.

<sup>28</sup> Inciso 3º.

<sup>29</sup> Téngase en cuenta que «si no hubiere designación expresa de representante, se entenderá que el letrado lleva también la representación de su defendido» (artículo 229.3).

ordinaria, también por medio de abogado (artículo 210), o que «el escrito [de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina] deberá ir firmado por abogado» (artículo 219.2).

**§5.** Junto a las partes, la tercera pieza que conforma la relación procesal es el Juez. Según la LPL, los actos procesales del Juez se conocen genéricamente con el nombre de «resoluciones»<sup>30</sup>. Y respecto de ellas, su artículo 49 afirma escuetamente que «los Juzgados y Tribunales de lo Social adoptarán sus decisiones por medio de *providencias, autos y sentencias* en los casos y con las formalidades legalmente previstos» (apartado 1), remitiendo así en bloque a lo que al respecto disponen la LOPJ y la LEC; y además, que «también dictarán *resoluciones verbales* durante la celebración del juicio u otros actos a presencia judicial, reseñándose en el acta» (apartado 2).

Según la LPL, «providencia» típica es, por ejemplo, la de admisión a trámite de la demanda, adoptada al amparo del artículo 82; y también, la resolución por la que se acuerda la práctica de diligencias para mejor proveer, adoptada al amparo del artículo 88.1. En cuanto a los «autos» —que innecesariamente la LPL califica, a veces, de «auto motivado»<sup>31</sup>—, también son típicos «los que en ejecución de sentencia dicten los Juzgados de lo Social»<sup>32</sup>.

Por su parte, «resoluciones verbales» de gran trascendencia en el proceso laboral son las relativas a la admisión o inadmisión de concretos medios de prueba en el acto del juicio, afirmando al respecto la LPL que «la pertinencia de las pruebas y de las preguntas que puedan formular las partes se resolverá por el Juez o Tribunal, y si el interesado protestase en el acto contra la inadmisión, se consignará en el acta la pregunta o la prueba solicitada, la *resolución denegatoria*, la fundamentación razonada de la denegación y la protesta, todo a efectos del correspondiente recurso contra la sentencia»<sup>33</sup>.

Los cinco apartados de que consta el artículo 50 de la LPL contienen una prolija —y en la práctica, ilusoria— regulación de la posibilidad de «pronunciar sentencia de viva voz» (apartado 1) y de «dictar verbalmente autos» (apartado 5).

**§6.** Los Jueces y Tribunales de lo Social actúan auxiliados por el Secretario Judicial<sup>34</sup>. Los actos procesales del Secretario son de tres tipos distintos. En primer lugar, los actos de documentación, como los relativos a la confección y custodia de todas las actuaciones

<sup>30</sup> Esta es parte de la rúbrica del capítulo II del Título IV del Libro I de la LPL. Sobre el tema, véase C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, «Las resoluciones judiciales en la Ley 1/2000 y su incidencia en el proceso laboral», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, cit., págs. 155 ss.

<sup>31</sup> Por ejemplo, en su artículo 193.2.

<sup>32</sup> Véase artículo 189.2 de la LPL.

<sup>33</sup> Véase artículo 87.2.

<sup>34</sup> Según la LOPJ, «los secretarios judiciales dirigirán en el aspecto técnico-procesal al personal integrante de la Oficina judicial, ordenando su actividad e impartiendo las órdenes e instrucciones que estime pertinentes en el ejercicio de esta función» (artículo 457); todo ello, sobre la base de que «la Oficina judicial es la organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales» (artículo 435.1).

relativas a un pleito (esto es, de «los autos») y a la entrega de «testimonios, certificaciones o copias simples» de dichas actuaciones<sup>35</sup>, a la llevanza y custodia del «libro de sentencias»<sup>36</sup>, a la realización de «diligencia para hacer constar el día y hora de la presentación de los escritos y documentos» de las partes<sup>37</sup>, etc. En segundo lugar, los actos de ordenación del proceso, pues «corresponde a los Secretarios dictar diligencias de ordenación que tengan por objeto dar a los autos el curso ordenado por la Ley, así como impulsar formalmente el procedimiento en sus diversos trámites»<sup>38</sup>. Y en tercer lugar, los actos de comunicación<sup>39</sup>, en dos direcciones distintas: 1) de las partes al Juez, dándole cuenta el Secretario de los escritos recibidos de las partes «en el mismo día o en el día siguiente hábil»<sup>40</sup>; y 2) del Juez a las partes, mediante la práctica de «diligencias de comunicación»<sup>41</sup>, pues «las citaciones, notificaciones, emplazamientos y requerimientos se harán por el Secretario... en el local del Juzgado o Tribunal o en el servicio común, si allí comparecieren por propia iniciativa los interesados y, en otro caso, en el domicilio señalado a estos efectos»<sup>42</sup>.

Según la LPL, la regla general es que «las partes habrán de presentar todos los escritos y documentos en los Registros de los Juzgados y Salas de lo Social» (artículo 44) —si se envían por correo, la única fecha que cuenta es la de entrega efectiva de los escritos y documentos en tales Registros judiciales, por parte del Servicio de Correos<sup>43</sup>—, resultando aplicable en la jurisdicción laboral lo dispuesto en el artículo 135.1 de la LEC, acerca de que «cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en la Secretaría del tribunal o, de existir, en la oficina o servicio de registro central que se haya establecido»<sup>44</sup>.

<sup>35</sup> Véase artículo 47.1 de la LPL.

<sup>36</sup> Véase artículo 47.2 de la LPL.

<sup>37</sup> Véase artículo 46.1 de la LPL.

<sup>38</sup> Véase artículo 52.1 de la LPL. Téngase en cuenta que «las actuaciones se realizarán en el término o dentro del plazo fijado para su práctica», de manera que «transcurridos éstos, se dará de oficio al proceso el curso que corresponda» (artículo 43.2 de la LPL).

<sup>39</sup> Véase G.L. BARRIOS BAUDOR, «De los actos de comunicación», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, cit., págs. 177 ss.

<sup>40</sup> Véase artículo 46.2 de la LPL, que también autoriza la posibilidad de efectuar diligencia de ordenación o propuesta de resolución.

<sup>41</sup> Así las denomina genéricamente el artículo 57.1 de la LPL.

<sup>42</sup> Véase artículo 55 de la LPL. Los servicios comunes procesales aparecen regulados en el artículo 438 de la LOPJ.

<sup>43</sup> Véase artículo 55 de la LPL. Los servicios comunes procesales aparecen regulados en el artículo 438 de la LOPJ.

<sup>44</sup> El TS se ha apresurado a declarar compatible este precepto con lo dispuesto en el artículo 45 de la LPL, que establece —a propósito de la presentación de escritos y documentos el último día del plazo— un sistema mucho más complicado para el justiciable (cfr. AaTS de 18 julio 2001 [Ar.7015] y 27 septiembre 2001 [Ar.8717]). Confirmando esta doctrina, aunque ello implique de hecho la ampliación en un día del plazo para accionar por despido, véase STSud de 15 marzo 2005 (Ar. 3506).

Siempre según la LPL, sobre la base de que «en el primer escrito o comparecencia ante el órgano judicial, las partes señalarán un domicilio para la práctica de actos de comunicación» (artículo 53.2)<sup>45</sup>, la regla es que «las citaciones, notificaciones y emplazamientos que se practiquen fuera de la sede del Juzgado o Tribunal se harán, cualquiera que sea el destinatario, por correo certificado con acuse de recibo, dando fe el Secretario en los autos del contenido del sobre remitido, y uniéndose a ellos el acuse de recibo» (artículo 56.1), aunque teniendo en cuenta: 1) que «si las diligencias de comunicación no pudieran efectuarse en la forma indicada se practicarán mediante la entrega de cédula al destinatario» (artículo 57.1), entregándose la cédula si no fuese hallado, «a quien por su relación con el destinatario pueda garantizar el eficaz cumplimiento del acto de comunicación» (artículo 57.2); y 2) que «cuando una vez intentada la comunicación utilizando los medios razonables, no conste el domicilio del interesado, o se ignore su paradero, se consignará por diligencia y el Juzgado o Tribunal mandará que se haga la notificación, citación o emplazamiento, por medio de edictos, insertando un extracto suficiente de la cédula en el “Boletín Oficial” correspondiente, con la advertencia de que las siguientes comunicaciones se harán en estrados salvo las que deban revestir forma de auto o sentencia o se trate de emplazamiento» (artículo 59).

§7. Por disposición expresa de la LPL, los actos de los tres sujetos implicados en la relación procesal laboral se ajustan tendencialmente a determinados principios específicos, al menos en los procesos laborales de instancia (ordinario y especiales)<sup>46</sup>. En efecto, según su artículo 74, «los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional social interpretarán y aplicarán las normas reguladoras del proceso laboral ordinario según los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad» (apartado 1), teniendo en cuenta que «los principios indicados... orientarán la interpretación y aplicación de las normas procesales propias de las modalidades procesales [esto es, los procesos laborales especiales] reguladas en la presente Ley» (apartado 2). Como se verá, a estos cuatro principios del proceso laboral de instancia hay que añadir otro más, sustancialmente regulado fuera de la LPL.

Sistematizando jurisprudencia constitucional dictada a la luz de artículo 24 de la CE, y relativa a principios generales predicables de cualquier tipo de proceso, el artículo 75.1 de la LPL afirma lo siguiente: «Los órganos jurisdiccionales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho. Asimismo, corregirán los actos que, al amparo del texto de una norma, persigan un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones».

<sup>45</sup> Según el artículo 53.3, «si las partes comparecieren con representación o asistencia de profesionales, el domicilio de éstos será el indicado para la práctica de los actos de comunicación, salvo que señalen otro». Por su parte, el artículo 60 de la LPL consigna reglas adicionales para la práctica de los actos de comunicación con personas jurídicas, Administraciones públicas o comités de empresa.

<sup>46</sup> Véase M.A. LUELMO MILLAN y P. RABANAL CARBAJO, *Los principios inspiradores del proceso laboral*, McGraw Hill (Madrid, 1999), págs. 67 ss.

De los cuatro principios específicos citados, el que posee un carácter más infraestructural es el de *celeridad*, que desde 1912 permitió calificar a los procesos laborales de instancia como verdaderos procesos rápidos. Esta celeridad es posible por causa de la *concentración* de múltiples actuaciones de las partes y del Juez en una sola audiencia, conocida con el nombre de «juicio» o «acto del juicio»<sup>47</sup>. Posibilita esta concentración, a su vez, el hecho de que todas las actuaciones realizadas en esa sola audiencia (ratificación de la demanda, contestación de la demanda, proposición y práctica de pruebas, etc.) se realicen verbalmente y, por tanto, con sujeción al principio de *oralidad*. Y todo ello, en presencia siempre del Juez (esto es, bajo su *inmediación*) —que puede «hacer, tanto a las partes como a los peritos y testigos, las preguntas que estime necesarias para esclarecimiento de los hechos»<sup>48</sup>—, de manera que «si el Juez que presidió el acto del juicio no pudiese dictar sentencia, deberá celebrarse éste nuevamente» por el Juez que le suceda<sup>49</sup>.

Evidentemente, la celeridad está muy condicionada por el número de asuntos que resuelven nuestros tribunales laborales. La litigiosidad laboral aplastante que tradicionalmente existe ha obligado a la propia LPL a priorizar, imponiendo que la tramitación de determinados procesos laborales especiales resulte preferente y urgente<sup>50</sup>.

Consecuencia evidente del principio de celeridad es, también, el que la organización de la jurisdicción laboral se ajuste al principio de instancia única<sup>51</sup>.

Además de estos cuatro principios, el principio de *gratuidad* también fue desde siempre característico de los procesos laborales de instancia, aunque hoy aparezca regulado, en lo esencial, en la Ley 1/1996, de 10 enero, de asistencia jurídica gratuita. De acuerdo con esta norma, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita «en el orden jurisdiccional social, para la defensa en juicio..., los trabajadores y los beneficiarios del sistema de Seguridad Social»<sup>52</sup> —derecho que incluye, entre otros, su representación y defensa gratuitas por abogados—, pero sólo «cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante

<sup>47</sup> Sobre él, véanse los artículos 85 a 96 de la LPL.

<sup>48</sup> Véase artículo 87.3 de la LPL.

<sup>49</sup> Véase artículo 98.1 de la LPL.

<sup>50</sup> Sobre esto, véase *infra*, Tema 41, §7.

<sup>51</sup> Acerca de esto, véase *supra*, Tema 38, §3.

<sup>52</sup> Artículo 2.d), que continúa afirmando «tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales». Según el artículo 2.b), gozan del beneficio «las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso».



auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso»<sup>53</sup>. De ahí, en congruencia con estos preceptos comunes, que la LPL afirme hoy: 1) que si uno de los litigantes hubiese comunicado al otro su derecho a usar de postulación —en cumplimiento, recuérdese, de lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LPL—, entonces el contrario podrá designar abogado (o procurador o graduado social), a su cargo, o bien —supuesto que fuese trabajador o beneficiario— «solicitar su designación a través del turno de oficio»<sup>54</sup>, teniendo en cuenta que «la solicitud de designación de abogado por el turno de oficio por los trabajadores y los beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social comportará la suspensión de los plazos de caducidad o la interrupción de la prescripción de acciones»<sup>55</sup>; y 2) a propósito de los recursos —en los que resulta preceptiva, recuérdese también, la intervención de abogado—, que «cuando el recurrente no hiciere designación expresa de letrado, si es un trabajador o un empresario que goce del beneficio de justicia gratuita, se le nombrará de oficio»<sup>56</sup>.

Siempre en congruencia con la Ley 1/1996, la LPL también afirma que debe constituir el depósito legalmente previsto para recurrir «todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social intente interponer recurso de suplicación o casación»<sup>57</sup>; y además, que «quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley»<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> Artículo 6.3.

<sup>54</sup> Artículo 21.2, inciso 2º.

<sup>55</sup> Artículo 21.4.

<sup>56</sup> Artículo 229.4.

<sup>57</sup> Véase artículo 227.1, párrafo 1º.

<sup>58</sup> Véase artículo 227.4; también, artículo 228.



---

**TEMA 40**

**EL PROCESO LABORAL ORDINARIO**

---

Alberto Arufe Varela

**Sumario:** §1. Introducción. §2. La presentación de la demanda. §3. La admisión de la demanda. §4. La conciliación judicial. §5. El acto del juicio. §6. La sentencia. §7. La notificación de la sentencia.

§1. «Proceso ordinario» es una expresión legal tradicionalmente utilizada en la legislación laboral española, como lo demuestra el que la misma apareciese ya en la primera Ley de Procedimiento Laboral de 1958 y que continuase empleándose después en las seis siguientes, incluida la séptima y vigente LPL; de hecho, «Del proceso ordinario» es la rúbrica del Capítulo II del Título I de su Libro II (titulado, a su vez, «Del proceso ordinario y de las modalidades procesales»). Como indica su propio nombre, lo que en él se regula es el proceso laboral modelo o tipo. Esta regulación se hace por medio de los veintidós preceptos que componen el citado Capítulo (en concreto, artículos 80 a 101), que aparecen divididos en cuatro secciones, y cuyo estudio va a ser realizado desde un punto de vista esencialmente dinámico, a través de las sucesivas fases que integran este proceso laboral modélico, a saber: presentación de la demanda (cfr. *infra*, §2), admisión a trámite de la demanda (cfr. *infra*, §3), conciliación judicial (cfr. *infra*, §4), juicio (cfr. *infra*, §5), sentencia (cfr. *infra*, §6) y notificación de la sentencia (cfr. *infra*, §7)<sup>1</sup>.

Los preceptos de la LPL vigente son copia literal de los de su precedente inmediato, la sexta Ley de Procedimiento Laboral de 1990 (por cierto, en ésta se introducen por vez primera los actos preparatorios y las medidas precautorias dentro del Título rubricado «Del proceso ordinario»). De las sucesivas modificaciones y enmiendas sufridas por la LPL vigente desde su entrada en vigor, sólo un precepto de los reguladores del proceso ordinario se ha visto tocado. Se trata del artículo 96, modificado por la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de «acompañamiento» de la de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004.

---

<sup>1</sup> Acerca de todas estas fases, siempre ilustrativo y ejemplar, véase M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG y R.ª ALONSO GARCIA, *Derecho procesal del Trabajo*, 13ª ed., Civitas (Madrid, 2004), págs. 161 y ss.

La LPL denomina, a veces, a los procesos laborales ordinarios también «procesos individuales», por contraposición clara a los procesos laborales especiales de conflictos colectivos<sup>2</sup>.

§2. La primera fase del proceso laboral ordinario es la de la presentación de la demanda, por medio de la cual se inicia dicho proceso, afirmando al respecto la LPL que «la demanda se formulará por escrito» (artículo 80.1, párrafo primero). Característica del proceso laboral es que el demandante —auténtico protagonista en esta primera fase del proceso— debe hacer constar en su demanda los hechos, pero no los fundamentos de derecho que sirven de base a su pretensión. En este sentido, la demanda debe contener —entre otras menciones— una «enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas» [artículo 80.1.c)].

La falta de necesidad de consignar los fundamentos de derecho se explica históricamente por la falta de necesidad de postulación de ambas partes litigantes y, por tanto, del demandante, que normalmente era un obrero. Por excepción, en los procesos laborales especiales de conflictos colectivos e impugnación de convenios colectivos se exige la constancia en la demanda de «una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos»<sup>3</sup>.

La demanda es, sin embargo, el segundo escrito litigioso que redacta el demandante. El primero es la «papeleta de conciliación», que el demandante debe presentar ante el servicio administrativo correspondiente de mediación, arbitraje y conciliación (popularmente conocido con el nombre de SMAC), si el demandado es una persona privada; o en su caso, el escrito de «reclamación administrativa previa a la vía judicial» laboral, si el demandado fuese una Administración pública. Tanto la papeleta de conciliación como el escrito de reclamación administrativa previa tienen por finalidad la evitación del proceso, sin que estos trámites previos acarreen ningún perjuicio para el demandante, puesto que la presentación de dichos escritos «suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción»<sup>4</sup>.

El tema aparece regulado en el Título V del Libro I de la LPL («De la evitación del proceso»), que consta de dos Capítulos, el primero de los cuales trata «De la conciliación [administrativa] previa», artículos 63 a 68, y el segundo, artículos 69 a 73, «De la reclamación previa a la vía judicial».

<sup>2</sup> Cfr., por ejemplo, artículo 158.3.

<sup>3</sup> Sobre estos procesos, véase *infra*, Tema 41, §5.

<sup>4</sup> Cfr. artículo 65.1 de la LPL, en relación con la papeleta de conciliación. En idéntico sentido, respecto de la reclamación administrativa previa, cfr. artículo 73 de la LPL.

La actuación de los SMACs, a propósito de la conciliación administrativa previa, aparece regulada en los artículos 4 a 11 del Real Decreto 2756/1979, de 23 noviembre, relativos a lo que denominan «conciliación obligatoria en conflicto individual». En esta norma reglamentaria, además de regularse todo lo relativo a la citada «papeleta» y a la celebración del acto, se afirma que la conciliación corre a cargo de un «Letrado conciliador», encargado de redactar el acta del acto, teniendo en cuenta que «inmediatamente después de celebrada la conciliación, el Letrado entregará a los interesados una copia certificada del acta» (artículo 10).

Según jurisprudencia laboral unificada, «la relación procesal» debe entenderse «entablada» con el «cumplimiento del requisito preprocesal de la conciliación» o de la presentación de la reclamación administrativa previa<sup>5</sup>.

Agotado infructuosamente el trámite previo en cuestión, el demandante ya puede presentar su demanda, que debe dirigir genéricamente al Juzgado de lo Social territorialmente competente, aunque en la ciudad correspondiente exista más de uno de estos Juzgados, pues el que acabe juzgándola será el que toque por reparto de asuntos, a efectuarse del modo previsto en la LOPJ<sup>6</sup>. La demanda ha de ir acompañada de los escritos relativos a los trámites previos; esto es, de la certificación del acto de conciliación (intentado sin efecto o sin avenencia)<sup>7</sup> o, en su caso, de la resolución administrativa denegatoria de la reclamación administrativa previa (o del escrito de interposición de esta última, si se hubiese resuelto por silencio administrativo). Insistiendo sobre los hechos, la LPL afirma que «en ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o en la reclamación administrativa previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la sustanciación de aquéllas» [artículo 80.1.c)].

Según la propia LPL, «de la demanda y documentos que la acompañen se presentarán por el actor tantas copias como demandados y demás interesados en el proceso haya, así como para el Ministerio Fiscal, en los casos en que legalmente deba intervenir» (artículo 80.2).

**§3.** La segunda fase del proceso laboral ordinario es la de la admisión de la demanda presentada. Su protagonista absoluto es el Juez de lo Social al que la demanda le haya sido turnada, con arreglo a las normas de reparto. Una vez en sus manos, debe proceder a estudiarla, pudiendo por lo general adoptar una triple conducta.

<sup>5</sup> Véase STSud de 15 noviembre 2002 (Ar. 507 de 2003).

<sup>6</sup> Véase *supra*, Tema 38, §5.

<sup>7</sup> Según el citado Real Decreto 2756/1979, «si no comparecieren los demás interesados [distintos del solicitante] se tendrá por intentada la conciliación sin efecto» (artículo 11); en caso de «imposibilidad de llegar a un acuerdo», o en el de «negativa a firmar» el acta, se tendrá por celebrado el acto «sin avenencia» (artículo 10).

Téngase en cuenta, según la LPL, que «si los órganos jurisdiccionales se estimaren incompetentes para conocer de la demanda por razón de la materia o de la función, *acto seguido de su presentación* dictarán auto declarándolo así y previniendo al demandante ante quién y cómo puede hacer uso de su derecho» (artículo 5.1)<sup>8</sup>.

En primer lugar, el *apercibimiento de archivo*, cuando consistiere que la demanda presentada tiene defectos, omisiones o imprecisiones, en cuyo caso advertirá al demandante «a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días, con apercibimiento de que, si no lo efectuase, se ordenará su archivo» (artículo 81.1).

Según una importante y clásica STS de 27 diciembre 1988 (Ar. 9921), la obligación judicial de advertencia al demandante pervive incluso una vez precluido el trámite de admisión de la demanda, resultando obvio que el precepto citado «es aplicable cualquiera que fuese el momento procesal ulterior a la presentación de la demanda en que se advierta la existencia de errores u omisiones subsanables en la misma», bien de oficio o previa interposición por el demandado, en el acto de juicio, de la excepción de «defecto legal en el modo de proponer la demanda»<sup>9</sup>.

Según la STC 19/2006, de 30 enero —con cita de jurisprudencia anterior—, el «trámite de subsanación de la demanda que en el proceso laboral se establece en el vigente art. 81 LPL ... constituye la garantía de que los relevantes derechos de fondo deducidos en una demanda laboral no resulten ineficaces por el juego riguroso y formalista de la falta o defecto de los requisitos procesales que pudiera imputársele a aquélla».

Sobre esta base —siempre según la STC 19/2006—, cabe apreciar «una actuación pasiva del órgano judicial que obstaculizó injustificadamente el acceso al proceso», visto que «el juzgador no cumplió con su obligación de favorecer la corrección de la demanda garantizando en lo posible su subsanación, pues no sólo realizó un requerimiento de subsanación totalmente impreciso que impedía conocer a la parte qué defectos se debían corregir, sino que, una vez solicitada por esta última la concreción del objeto de la subsanación ante la indeterminación de los datos facilitados, el órgano judicial omitió toda respuesta al respecto, procediendo al archivo de las actuaciones sin llegar a especificar las omisiones o defectos que impedían la admisión de la demanda».

En segundo lugar, la *admisión provisional de la demanda*, cuando «no se acompañe certificación del acto de conciliación previa», en cuyo caso deberá «advertir al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del expresado acto en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación, bajo apercibimiento de que de no hacerse así se archivará la demanda sin más trámite» (artículo 81.2)<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Según la propia LPL, esta «declaración de oficio de la incompetencia ... requerirá previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal en plazo común de tres días» (artículo 5.3).

<sup>9</sup> Sobre el tema, véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 160 y ss.

<sup>10</sup> Deslindando la admisión a trámite del apercibimiento de archivo, véase la STC 289/2005, de 7 noviembre, indicando que en este concreto caso «únicamente cabe apreciar que concurre el incumplimiento del requisito relativo a la certificación del acto de conciliación previa», y por ello —sobre la base de que «la falta de cumplimiento de dicho requisito es subsanable»—, sostiene que «dicho defecto, sin haberle otorgado a la [trabajadora] demandante de amparo la posibilidad de subsanarlo, no puede determinar la inadmisión de la demanda».

El hecho de que este precepto mencione únicamente la falta de conciliación administrativa previa, pero no la falta de reclamación administrativa previa, explica que la falta de la primera sea «apreciable de oficio por el Juzgador ... hasta que el juicio quede concluso para sentencia», mientras que la falta de la segunda resulta «no apreciable de oficio (ni siquiera en la instancia)»<sup>11</sup>.

En tercer lugar, la admisión a trámite de la demanda, en cuyo caso el juez «señalará el día y la hora en que hayan de tener lugar los actos de conciliación [judicial] y juicio» (artículo 82.1), y citará al demandado entregándole «copia de la demanda y demás documentos», haciéndose constar en la cédula de citación «que los actos de conciliación [judicial] y juicio no podrán suspenderse por incomparecencia del demandado, así como que los litigantes han de concurrir al juicio con todos los medios de prueba de que intenten valerse» (artículo 82.2).

Para el señalamiento existe un plazo general «mínimo de cuatro días entre la citación y la efectiva celebración» de los actos de conciliación y juicio<sup>12</sup>, y plazos específicos más amplios, de quince días «cuando la citación se practique con persona jurídica, pública o privada, o con un grupo sin personalidad»<sup>13</sup>, y de veintidós días «cuando la representación y defensa en juicio sea atribuida al Abogado del Estado»<sup>14</sup>.

**§4.** Una vez citadas las partes y llegados el día y hora señalados, el Juez de lo Social intentará la conciliación judicial de las partes, antes de entrar en juicio. Al efecto, la LPL afirma que «el órgano judicial, constituido en audiencia pública, intentará la conciliación, advirtiéndolo a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles, aunque sin prejuzgar el contenido de la eventual sentencia» (artículo 84.1, inciso primero)<sup>15</sup>. Si se compara con la conciliación preprocesal administrativa ante el SMAC, esta segunda conciliación suele resultar notoriamente más fructuosa, pues muchos litigios se arreglan ante el Juez de lo Social sin necesidad de que se celebre el acto del juicio.

Lógicamente, la conciliación judicial sólo puede llevarse a cabo en presencia de las dos partes. Por ello, «si el actor, citado en forma, no compareciese ni alegase justa causa que motive la suspensión del juicio, se le tendrá por desistido de su demanda» (artículo 83.2), registrando la jurisprudencia laboral casos de utilización fraudulenta de esta institución —que reprime—, con la finalidad de alterar las reglas sobre reparto de asuntos entre los

<sup>11</sup> Al respecto, con cita de jurisprudencia incontrovertida, véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, cit., págs. 159-160.

<sup>12</sup> Artículo 82.1 de la LPL.

<sup>13</sup> Artículo 82.3.a) de la LPL.

<sup>14</sup> Artículo 82.3.b) de la LPL.

<sup>15</sup> Véase F. VALDES DAL-RE, «Comentario al artículo 84», en J.L. MONEREO PEREZ, M<sup>o</sup>.N. MORENO VIDA y A.J. GALLEGU MORALES (Directores), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, t. I, Comares (Granada, 2001), págs. 550 y ss.

diversos Juzgados de lo Social de una misma población<sup>16</sup>. En cambio, «la incomparecencia injustificada del demandado», aunque impide la conciliación, «no impedirá la celebración del juicio, que continuará sin necesidad de declarar su rebeldía» (artículo 83.3).

Téngase en cuenta que «se podrá aprobar la avenencia en cualquier momento antes de dictar sentencia» (artículo 84.3).

El acuerdo aprobado por el Juez es título que lleva aparejada ejecución, pues la exigibilidad de su cumplimiento «se llevará a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias» (artículo 84.4)<sup>17</sup>.

**§5.** Si las partes no llegan a un acuerdo en la conciliación ante el Juez de lo Social, se pasa entonces sin solución de continuidad a la celebración del acto del juicio («se pasará seguidamente a juicio», dice el artículo 85.1, inciso primero). El juicio es el momento clave de todo proceso laboral ordinario. Y aunque se celebra con sujeción estricta al principio de unidad de acto, cabe distinguir en él al menos cinco trámites rituales perfectamente diferenciados.

El juicio es también el momento clave en todos los procesos laborales especiales, aunque en alguno de ellos (por ejemplo, el de despido) se altere el orden de alguno de estos cinco trámites rituales<sup>18</sup>.

En primer lugar, la concesión de la palabra al demandante, al efecto de que proceda a la ratificación de la demanda, afirmando al respecto la LPL que «acto seguido, el demandante ratificará o ampliará su demanda aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial» (artículo 85.1, inciso segundo).

Según la jurisprudencia laboral, resultan inadmisibles las variaciones relativas a la introducción de nuevos demandados, a la introducción de nuevos hechos que incidan directamente sobre la pretensión deducida o la resolución judicial adoptada y a la ampliación de la súplica de la demanda, pero sólo en el sentido de pedir más de lo inicialmente pretendido (no, en cambio, si se pide menos, sobre la base de los mismos hechos). Por supuesto, la ampliación de la fundamentación jurídica de la demanda no implica variación sustancial de la misma<sup>19</sup>.

En segundo lugar, la concesión de la palabra al demandado, para que proceda verbalmente a la contestación de la demanda, indicando al respecto la LPL que «el demandado contestará afirmando o negando

---

<sup>16</sup> Sobre este tema y otros asimismo conectados al desistimiento, véase A. ARUFE VARELA, «La precaria y problemática regulación del desistimiento del demandante en la Ley de Procedimiento Laboral: una reforma inaplazable», *Actualidad Laboral*, núm. 16 (2005), págs. 1891 y ss.

<sup>17</sup> Sobre esto, véase *infra*, Tema 43, §2.

<sup>18</sup> Véase *infra*, Tema 41, §6.

<sup>19</sup> Véase A. ARUFE VARELA, «La ampliación de la demanda en el proceso laboral», *Actualidad Laboral*, núm. 47 (2001), págs. 843 y ss.



concretamente los hechos de la demanda, y alegando cuantas excepciones estime procedentes» (artículo 85.2, inciso primero)<sup>20</sup>.

Sobre la base de resultar ilógico el «allanamiento» del demandado a las pretensiones de la demanda, tras dos intentos infructuosos de conciliación (la preprocesal y la judicial), su comportamiento más normal será el de «oposición», mediante la interposición de excepciones.

Lo que caracteriza las «excepciones» es la alegación por el demandado de hechos nuevos, cuya carga de probar soporta. La letra de la LPL fuerza a distinguir entre excepciones «materiales» y excepciones «procesales», teniendo en cuenta que las primeras son las orientadas a conseguir que se entre en el fondo de la pretensión deducida, al efecto de desestimarla, mientras que las segundas impiden entrar en el fondo de la pretensión deducida, siempre y cuando lleguen a prosperar. En este sentido, excepciones típicamente procesales son —siguiendo el orden en que deben plantearse y resolverse— las de incompetencia por razón de la materia o del territorio, falta de capacidad procesal y de legitimación (tanto activas como pasivas), inadecuación de procedimiento, falta de conciliación o de reclamación administrativa previa, defecto legal en el modo de proponer la demanda y, por último, cosa juzgada y litispendencia; típicamente materiales son, en cambio, la de prescripción y caducidad<sup>21</sup>.

En fin, cabe también la «reconvención» del demandado frente al demandante, teniendo en cuenta que supone el ejercicio de una verdadera acción (la «acción reconvencional») por parte del primero (que pasa a convertirse, así, también en demandante), sobre la base de que esta otra acción en modo alguno se opone a la acción principal, sino que meramente se ejercita con ocasión de ella, dando lugar a una acumulación de dos procesos distintos. Según la LPL, «en ningún caso podrá formular [el demandado] reconvención, salvo que la hubiese anunciado en la conciliación previa al proceso o en la contestación a la reclamación previa, y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta» (artículo 85.2, inciso segundo)<sup>22</sup>.

En tercer lugar, la concesión de la palabra al demandante y luego al demandado para que procedan a la proposición y práctica de las pruebas, teniendo en cuenta que la LPL afirma que «se admitirán las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto, respecto de los hechos sobre los que no hubiere conformidad» (artículo 87.1)<sup>23</sup>. Cada parte asiste al acto del juicio con sus propias pruebas (esto es, con sus documentos, con sus peritos, con sus testigos —que deben permanecer comunicados, hasta que el Juez les mande entrar<sup>24</sup>—, etc.), pudiéndose

<sup>20</sup> Véase J. LUJAN ALCARAZ, «Demanda y contestación a la demanda», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2001), págs. 232 y ss.

<sup>21</sup> Sobre el tema, insuperable, véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, cit., págs. 139 y ss.

<sup>22</sup> Véase L. LOPEZ CUMBRE, «La demanda reconvencional en el proceso social», en *El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova (Valladolid, 2001), págs. 465 y ss.

<sup>23</sup> Véase, I. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas (Madrid, 1994), págs. 15 y ss.

<sup>24</sup> Véase artículo 366.2 de la LEC.

por ello hablar del ramo de prueba de la parte actora y del ramo de prueba de la parte demandada. Evidentemente, cada parte puede requerir a la contraria para que asista al juicio provista de concretas pruebas que le interese practicar, a cuyo efecto la solicitud correspondiente puede efectuarse en la propia demanda, si es que la parte interesada en ello fuese el demandante. Además, cada parte tiene derecho a examinar las pruebas aportadas por la contraria, afirmando al respecto la LPL, por ejemplo, que «de la prueba documental que se presente, se dará traslado a las partes en el acto del juicio, para su examen» (artículo 94.1)<sup>25</sup>. En fin, aunque todas las pruebas contribuyan al esclarecimiento de los hechos, las pruebas reina en el proceso laboral son la documental y la pericial, dado que son las únicas que permiten revisar los hechos declarados probados por el Juez, si es que llegase a interponerse el más importante y más frecuente de los recursos laborales, que es el recurso de duplicación.

A efectos de carga de la prueba se aplican las reglas generales de la LEC, relativas a que «corresponde al actor ... la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda» (artículo 217.2), incumbiendo «al demandado ... la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos» cuya carga de probar soporta el demandante (artículo 217.3). Por excepción, si el demandante probase indicios de discriminación, se invertiría entonces la carga de la prueba, afirmando al respecto la LPL —siempre a propósito del proceso laboral ordinario— que «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» (artículo 96)<sup>26</sup>.

Según la LPL, la regla general es que «las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas» (artículo 90.1)<sup>27</sup>. Al efecto, la propia LPL regula sumariamente la «confesión» de las partes (artículo 91)<sup>28</sup>, la «prueba testifical» (artículo 92), la

<sup>25</sup> Con carácter general, respecto de otros medios de prueba (confesión, testifical y pericial), véase artículo 87.3.

<sup>26</sup> Sobre esto último, véase *supra*, Tema 19, §5.

<sup>27</sup> Véase J. GARATE CASTRO, «Sobre la utilización en el proceso laboral, como medio de prueba de la reproducción de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso a aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías (Especial referencia a los criterios seguidos por la jurisprudencia constitucional y ordinaria)», en *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2003), págs. 517 y ss.

<sup>28</sup> Véase P. CHARRO BAENA, «La prueba de confesión», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, cit., págs. 253 y ss.

«prueba pericial» (artículo 93)<sup>29</sup>, la «prueba documental» (artículo 94)<sup>30</sup>, el «dictamen de una o varias personas expertas en la cuestión objeto del pleito» (artículo 95.1), el «informe de la comisión paritaria» del convenio colectivo (artículo 95.2) y el «dictamen de los organismos públicos competentes» en igualdad de sexos (artículo 95.3).

Acerca del carácter regio de las pruebas documental y pericial, téngase en cuenta que la LPL afirma, a propósito de los motivos del recurso de suplicación, que cabe «revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas» [artículo 191.b)], insistiendo luego en que en el recurso «habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión de los hechos probados que se aduzca» (artículo 194.3)<sup>31</sup>.

La solicitud en la demanda de la confesión del demandado<sup>32</sup>, o de que éste aporte al juicio determinados documentos, cubre sobradamente las exigencias del artículo 90.2 de la LPL, según el cual las partes «podrán, asimismo, solicitar, al menos con tres días de antelación a la fecha del juicio, aquellas pruebas que, habiendo de practicarse en el mismo, requieran diligencias de citación o requerimiento». En estos casos, «si el llamado a confesar no comparece sin justa causa ..., podrá ser tenido por confeso en la sentencia» (artículo 91.2), y además, si los documentos solicitados por el demandante «no se presentaren sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la [parte] contraria en relación con la prueba acordada» (artículo 94.2).

Téngase en cuenta que cabe, antes incluso de la presentación de la demanda, solicitar la práctica anticipada de determinados medios de prueba (por ejemplo, examen de libros y cuentas del demandado o testifical), al amparo de lo dispuesto en la LPL sobre «actos preparatorios» y «medidas precautorias» (artículos 76 a 79)<sup>33</sup>.

En cuarto lugar, la concesión de la palabra al demandante y luego al demandado para que procedan a cumplir con el trámite de conclusiones, afirmando al respecto la LPL que «practicada la prueba, las partes o sus defensores, en su caso, formularán oralmente sus conclusiones de un modo concreto y preciso, determinando en virtud del resultado de la prueba, de manera líquida y sin alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir invocados en la demanda ..., las cantidades que por cualquier concepto sean objeto de petición» (artículo 87.4, inciso primero). Lógicamente, éste es el momento de efectuar valoraciones sobre la prueba practicada por el contrario, indicando la LPL que «los testigos no podrán ser tachados, y únicamente en conclusiones, las partes podrán hacer las

<sup>29</sup> Véase I. DURENDEZ SAEZ, «La prueba pericial», *ibidem*, págs. 229 y ss.

<sup>30</sup> Véase J. SEGALÉS FIDALGO, *La prueba documental en el proceso de trabajo*, Comares (Granada, 2002), págs. 15 y ss.

<sup>31</sup> En la casación ordinaria, en cambio, sólo cuenta a estos efectos la prueba documental [artículo 205.d)].

<sup>32</sup> Si el demandado fuese una Administración pública, la demanda debe contener el correspondiente pliego de preguntas por escrito (cfr. artículo 315 de la LEC).

<sup>33</sup> Acerca de los primeros, véase J.L. MONEREO PEREZ y A.J. GALLEGOS MORALES, «La incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los “actos preparatorios” de la Ley de Procedimiento Laboral», en B. RIOS SALMERON y A. V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, cit., págs. 201 y ss. Acerca de las segundas, véase A. BLASCO PELLICER, *Las medidas cautelares en el proceso laboral*, Civitas (Madrid, 1996), págs. 21 y ss.

observaciones que sean oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones» (artículo 92.2).

Acerca de la concreción líquida de lo pretendido, la LPL afirma que «si las partes no lo hicieran en este trámite, el Juez ... deberá requerirles para que lo hagan, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución de sentencia» (artículo 87.4, inciso último). Además, con carácter general, «si el órgano judicial no se considerase suficientemente ilustrado sobre las cuestiones de cualquier género objeto del debate, concederá a ambas partes el tiempo que crea conveniente, para que informen o den explicaciones sobre los particulares que les designe» (artículo 87.5).

Por último, tras la declaración ritual «hecha por el Juez ... de conclusión de los autos, mandando traerlos a la vista para sentencia» [artículo 89.1.e)], se procede a la firma del acta del acto redactada por el Secretario, teniendo en cuenta —siempre según la LPL— que «durante la celebración del juicio se irá extendiendo la correspondiente acta» (artículo 89.1, párrafo primero), y que «el Juez ... resolverá, sin ulterior recurso, cualquier observación que se hiciera sobre el contenido del acta, firmándola seguidamente en unión de las partes o de sus representantes o defensores y de los peritos ..., firmándola, por último el Secretario, que dará fe» (artículo 89.2).

Al igual que ocurre con las pruebas de confesión o testifical meramente «documentadas», el acta del juicio tampoco constituye «documento», a los efectos de una eventual solicitud de revisión de hechos probados en vía de recurso<sup>34</sup>.

**§6.** Concluido el juicio, «el Juez ... dictará sentencia en el plazo de cinco días» (artículo 97.1)<sup>35</sup>, aunque —siempre según la LPL— cabe la eventual prórroga de este plazo (por ejemplo, por saturación de asuntos), al amparo de lo dispuesto en su artículo 43.3, según el cual «*salvo los plazos señalados para dictar resolución judicial, todos los plazos y términos son perentorios e improrrogables*».

Por supuesto, el plazo para dictar sentencia se dilata si el Juez de lo Social acuerda por providencia la práctica de diligencias para mejor proveer. Al efecto, la LPL afirma con carácter general que «terminado el juicio, y dentro del plazo para dictar sentencia, el Juez ... podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, para mejor proveer, con intervención de las partes» (artículo 88.1, inciso primero)<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «La prueba en los recursos laborales (Interpretación y alcance del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral)», *Revista Xurídica Galega*, núm. 28 (2000), págs. 15 y ss.

<sup>35</sup> Véase M. GONZALEZ LABRADA, «Sentencia. Otros modos de terminación: desistimiento», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, cit., págs. 329 y ss.

<sup>36</sup> Véase A. ARIAS DOMINGUEZ, «La nueva regulación de las diligencias finales en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y su incidencia en el procedimiento laboral», *ibidem*, págs. 351 y ss.

Según la LPL, «la sentencia ... apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión», debiendo asimismo «fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo» (artículo 97.2), teniendo en cuenta que el «fallo» se conoce también con el nombre de «parte dispositiva» de la sentencia. En congruencia con las pretensiones deducidas en su demanda por el demandante —que suelen ser, en el proceso laboral ordinario, pretensiones de condena de dar—, lo más frecuente es que las sentencias estimatorias de dichas pretensiones sean sentencias «de condena» al demandado, afirmando al respecto la LPL que «en las sentencias en que se condene al abono de una cantidad, el Juez ... la determinará expresamente, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución» (artículo 99). Ahora bien, al haber la posibilidad de deducir pretensiones meramente declarativas (caso típico es, por ejemplo, el del ejercicio de la acción de fijeza por un trabajador precario temporalmente contratado en fraude de ley), también cabe la posible existencia de sentencias laborales ordinarias meramente «declarativas», fácilmente identificables porque en su fallo se emplea la fórmula ritual de la condena al demandado, literalmente, «a estar y pasar por esta declaración»<sup>37</sup>.

Frente al tenor tradicional de nuestras sucesivas Leyes de Procedimiento Laboral (hasta la quinta, incluida, de 1980), que sólo preveían la posibilidad de deducir en la demanda pretensiones de condena de dar, hacer o no hacer<sup>38</sup>, la LPL vigente —al efecto de posibilitar la deducción en la demanda no sólo de pretensiones de condena, sino también de pretensiones meramente declarativas e, incluso, «constitutivas»— afirma que la demanda contendrá «la súplica correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada» [artículo 80.1.d)].

Tras este cambio legal, el ejercicio de las acciones meramente declarativas en el proceso laboral ordinario fue completamente normalizado por la STC 71/1991, de 8 abril<sup>39</sup>.

Al proceso laboral le resulta perfectamente aplicable lo dispuesto en el artículo 220 de la LEC, a propósito de las condenas de futuro, según el cual «cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte».

<sup>37</sup> Véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, cit., pág. 191.

<sup>38</sup> Así, por el ejemplo, el artículo 71.4ª de la LPL-1980 afirmaba que la demanda debería contener «la súplica de que sea condenado el demandado o demandados a la entrega de la cantidad que se considere exigible, sin perjuicio de lo que se fije en conclusiones definitivas; o a la ejecución o abstención de actos o hechos determinados».

<sup>39</sup> Sobre el tema, véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, cit., págs. 62 y ss.

Con la finalidad de reprimir la mala fe procesal (por ejemplo, litigar a sabiendas de que no se tiene razón) y la negligencia procesal notoria (por ejemplo, litigar ignorando la existencia de reiteradísima jurisprudencia laboral, integrada incluso por centenares de sentencias, en contra de lo pretendido por la parte), la LPL permite al Juez de lo Social multar al litigante malicioso o notoriamente temerario, afirmando que «la sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con notoria temeridad una sanción pecuniaria cuya cuantía máxima, en la instancia, no excederá de cien mil pesetas [esto es, hasta 601 euros]» (artículo 97.3, inciso primero)<sup>40</sup>.

La imposición de esta multa —que requiere del juzgador su aplicación «con prudencia, puesto que su uso indiscriminado es susceptible de afectar al derecho a la tutela judicial efectiva»<sup>41</sup>— resulta preceptiva si el demandado no hubiese asistido al acto de conciliación preprocesal y luego resulta que la pretensión contenida en la papeleta de conciliación se estima integralmente, pues «si no compareciera la otra parte, se tendrá la conciliación por intentada sin efecto, y el Juez ... deberá apreciar temeridad o mala fe si la incomparecencia fuese injustificada, imponiendo la multa señalada en el artículo 97.3 si la sentencia que en su día se dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación» (artículo 66.3 de la LPL).

Lo dispuesto en el artículo 97.3 de la LPL resulta plenamente aplicable, también, a los procesos laborales especiales, recordándolo innecesariamente en ocasiones la propia LPL<sup>42</sup>, aplicándose incluso a los incidentes<sup>43</sup>. En cambio, en vía de recurso sólo cabe multar al recurrente temerario o de mala fe en el caso del recurso de casación para la unificación de doctrina<sup>44</sup>. Para todos los demás recursos (incluido, también, el de casación para la unificación de doctrina), la LPL afirma que «la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita», teniendo en cuenta que «las costas incluirán los honorarios del abogado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso, sin que dichos honorarios puedan superar la cantidad de 100.000 pesetas [esto es, 601 euros], en recursos de suplicación, y de 150.000 [esto es, 901,5 euros] en recursos de suplicación» (artículo 233.1). Acerca de esto último, téngase asimismo en cuenta que el propio artículo 97.3 de la LPL afirma que «en tales casos [esto es, los de imposición de multa por

<sup>40</sup> Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «La temeridad en procesos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 16 (1983), págs. 577 y ss.; y del mismo autor, «La temeridad al litigar en la nueva Ley de Procedimiento Laboral», *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 1 (1991), págs. 393 y ss. Acerca del artículo 101 de la LPL, véase *supra*, Tema 22, §4.

<sup>41</sup> Cfr. STSJ Cataluña de 8 septiembre 2005 (Jur. 45360 de 2006).

<sup>42</sup> Véanse sus artículos 132.2 y 150.4. En relación con un proceso especial de conflicto colectivo, véase STS de 27 junio 2005 (Ar. 9102).

<sup>43</sup> A propósito de la inhibitoria, véase artículo 14.b), párrafo tercero, de la LPL.

<sup>44</sup> Véase artículo 223.3, que incrementa la cuantía de la multa hasta «150.000 pesetas», esto es, 901,5 euros. Según el artículo 202.2 de la propia LPL, «en el caso de que el Juez haya impuesto a la parte que obró con mala fe o temeridad notoria la multa que señala el artículo 97.3 de esta Ley, la sentencia de la Sala confirmará o no, en todo o en parte, también motivadamente, dicha multa, pronunciándose, asimismo, y, cuando el condenado fuere el empresario, sobre los honorarios de los abogados impuestos en la sentencia recurrida».

temeridad o mala fe], y cuando el condenado fuera el empresario deberá abonar también los honorarios de los abogados».

Dado que el importe de la multa por temeridad se lo queda el Tesoro, a pesar de que quien realmente padece la mala fe o temeridad procesales es la parte litigante contraria, cabe que esta última demande por daños y perjuicios extracontractuales (incluidos los morales) al litigante multado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.3 de la LPL —precepto cuya existencia parece ignorar la generalidad de abogados laboristas en España, aun cuando venga suscitando una interesante jurisprudencia laboral, relativa tanto a procesos cognitorios como ejecutivos<sup>45</sup>—, según el cual «si se produjera un daño evaluable económicamente, el perjudicado podrá reclamar la oportuna indemnización ante el Juzgado ... que estuviere conociendo o hubiere conocido el asunto principal».

§7. En principio, según la LPL, una vez dictada la sentencia, el Juez de lo Social debería proceder a pronunciarla «inmediatamente» en audiencia pública, aunque esto —a pesar de mandarlo la CE<sup>46</sup>— no se haga generalmente en ninguno de los órdenes jurisdiccionales españoles. Tras esto, debe procederse por el Secretario a efectuar la notificación de la sentencia «a las partes o a sus representantes dentro de los dos días siguientes» (artículo 97.1). Siempre según la LPL, «al notificarse la sentencia a las partes, se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazos y requisitos para ello, así como los depósitos y las consignaciones que sean necesarios y forma de efectuarlos» (artículo 100).

Al proceso laboral le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 214 de la LEC, a propósito de la aclaración y corrección de las sentencias, según el cual «los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan» (apartado 1), lo que lógicamente incide sobre la modificación del *dies a quo* de los plazos para poder recurrir la sentencia corregida o aclarada.

Asimismo, resulta igualmente aplicable al proceso laboral lo dispuesto en el artículo 215 de la LEC, a propósito de la subsanación y complemento de sentencias, lo que también incide sobre los plazos para recurrirlas<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Al respecto, véase X.M. CARRIL VAZQUEZ, «Los daños y perjuicios extracontractuales de carácter procesal. Puntos críticos que plantea el artículo 75.3 de la Ley de Procedimiento Laboral», *Actualidad Laboral*, núm. 2 (2006), págs. 124 y ss.

<sup>46</sup> Según su artículo 120.3, «las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública».

<sup>47</sup> Sobre el tema, véase R.M. ALONSO GARCIA, *El proceso de trabajo y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas (Madrid, 2001), págs. 121 y ss.





---

**TEMA 41**  
**LAS MODALIDADES PROCESALES**

---

**Xosé Manuel Carril Vázquez**

**Sumario:** §1. Los procesos laborales especiales. §2. Las razones de su especialidad. §3. Procesos especiales por razón de su forma de iniciación. §4. Procesos especiales por razón de sus partes principales. §5. Procesos especiales por razón de sus partes materiales. §6. Procesos especiales por razón de la materia. §7. Las preferencias relativas a la tramitación de los procesos laborales especiales.

§1. Con la expresión legal «modalidades procesales» pretende aludirse a las modalidades del proceso laboral ordinario, que son lo que desde siempre se llamó en España, y todavía continúa llamándose —precisamente por contraposición al proceso laboral ordinario—, *procesos laborales especiales*. De estos otros procesos trata el Título II («De las modalidades procesales») del Libro II («Del proceso ordinario y de las modalidades procesales»), artículos 102 a 182, de la LPL. En esta masa de ochenta y tres preceptos (hay que tener en cuenta la existencia, entre ellos, de los artículos 138bis y 145bis) aparece regulado un total de dieciocho procesos laborales especiales distintos.

El cambio de la expresión tradicional «procesos especiales» por la nueva «modalidades procesales» se operó, por vez primera, en nuestra LPL-1990<sup>1</sup>.

La propia LPL prueba que no puede irse terminológicamente contra corriente<sup>2</sup>, al referirse respecto de los procesos que regula, al menos una vez, a su «tramitación ordinaria o especial» (artículo 177.4).

§2. Aunque tradicionalmente hubo en España algún proceso laboral especial por razón de la cuantía de lo litigado, la especialidad del proceso

---

<sup>1</sup> El cambio en cuestión fue propiciado por La Ley 7/1989, de 12 abril, de Bases de Procedimiento Laboral, cuya exposición de motivos hablaba —quizá sin demasiado convencimiento— de «potenciar el proceso común, manteniendo sólo las imprescindibles especialidades procesales» (véase apartado V, párrafo 2º).

<sup>2</sup> Afirmando que se trata de nuestra «terminología tradicional», véase J. GALIANA MORENO, «Procesos laborales especiales», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol III, Civitas (Madrid, 1995), pág. 5245.

basada en este concreto criterio se abandonó en 1990, con nuestra LPL-1990. Por ello mismo, las especialidades de los dieciocho procesos laborales especiales actualmente regulados por la LPL se justifican, frente al proceso laboral ordinario, por razones distintas siempre de la cuantía de lo litigado. Estas razones, como se verá dentro de un momento, se refieren al modo de iniciarse el proceso (cfr. *infra*, §3), a las partes actuantes en él (cfr. *infra*, §4 y §5) y a la concreta materia litigiosa que se ventila en el pleito (cfr. *infra*, §6).

Aunque con antecedentes que se remontan a 1941, nuestras sucesivas Leyes de Procedimiento Laboral siempre regularon un proceso laboral especial para resolver «Reclamaciones inferiores a mil quinientas pesetas», por última vez en el artículo 142 de la LPL-1980. Se trataba de un proceso laboral especial que acabó convirtiéndose en algo anacrónico y que resultaba, incluso, de una anomalía extraordinaria, pues en él cabía la ruptura del principio de inmediación, al resultar posible que el acto del juicio se desarrollase ante el Juez de Distrito o de Paz, debiendo dictar luego sentencia el Magistrado de Trabajo<sup>3</sup>.

Téngase en cuenta, en todo caso, que la cuantía de lo litigado sigue resultando procesalmente relevante, dada la irrecurribilidad de las sentencias resolutorias de pleitos laborales en que el valor de lo litigado no exceda de 1.803 euros<sup>4</sup>.

§3. Ante todo, es especial respecto del proceso laboral ordinario el denominado proceso de oficio, en principio regulado por los artículos 146 a 150 de la LPL, bajo el rótulo común «Del procedimiento de oficio»<sup>5</sup>. Aquí la especialidad viene dada por el dato de que el proceso en cuestión no se inicia por medio de demanda privada, sino a través de «comunicación de la autoridad laboral» (esto es, de la Administración pública, usualmente autonómica, con competencias en materia de ejecución de la legislación laboral), que dicha autoridad administrativa presenta de oficio (normalmente, de propia iniciativa), como demandante, ante los tribunales laborales competentes. En estos casos, la autoridad laboral puede litigar en *causa propia* —como defensora que es del cumplimiento de la legalidad laboral—, cuando presenta su comunicación con la finalidad de impugnar acuerdos obtenidos entre el empresario y los representantes de los trabajadores en expedientes de regulación de empleo<sup>6</sup>, o, también, con la finalidad de que sean los

<sup>3</sup> Denunciando ya en 1976 todos sus «defectos intrínsecos» y su «desuso», véase M. ALONSO OLEA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 3ª ed., IEP (Madrid, 1976), págs. 106 y 107.

<sup>4</sup> Véase *infra*, Tema 42, §5.

<sup>5</sup> Véase J. GARCIA BLASCO, *Aplicación del Derecho del Trabajo y nuevo proceso de oficio*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1993), págs. 29 y ss.

<sup>6</sup> Véase artículo 146.b), relativo a cuando la autoridad laboral «apreciara dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión o extinción a que se refieren los artículos 47 y 51.5 del Estatuto de los Trabajadores».

tribunales laborales quienes resuelvan el tema de fondo (por ejemplo, la existencia o no de relación laboral) que constituye el presupuesto para poner sancionar administrativamente al empresario<sup>7</sup>; pero también puede litigar en *causa ajena* —como defensora de los intereses económicos particulares de los trabajadores—, presentando su comunicación cuando la Inspección de Trabajo y Seguridad Social haya levantado al empresario acta de infracción con estimación de perjuicios económicos a los trabajadores, con la finalidad de que —sin necesidad de demanda privada de los propios trabajadores— estos perjuicios les sean cuantificados por los tribunales laborales<sup>8</sup>.

Como regla general, «en los documentos por virtud de los cuales se inicia el proceso [de oficio] se consignarán los requisitos generales exigidos por la presente Ley para las demandas de los procesos ordinarios» (artículo 147.1).

En el caso de que las «comunicaciones» consistan en «certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados», frente al empresario demandado, «el procedimiento se seguirá de oficio, aun sin asistencia de los trabajadores perjudicados, que tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso» [artículo 148.2.a)].

Téngase en cuenta que la LPL, fuera de los preceptos citados, también regula otros posibles procesos de oficio —esto es, igualmente iniciados de oficio por la autoridad laboral, bien de propia iniciativa, bien instada por los directamente afectados—, en materia de conflictos colectivos jurídicos (artículo 156) y en materia de impugnación de convenios colectivos todavía no registrados (artículos 161.2 y 162)<sup>9</sup>.

**§4.** Aunque se inicien por medio de demanda privada, también resulta clara la especialidad de aquellos procesos laborales en los que no litigan entre sí, en concepto de partes principales del pleito, quienes están o podrían estar vinculados por un contrato de trabajo, por un convenio colectivo o por una relación de Seguridad Social. En «materia electoral» laboral (esto es, en relación con las reclamaciones a que se refiere el artículo 76 del ET, a propósito de las elecciones a representantes legales o unitarios de los trabajadores)<sup>10</sup>, es el caso: 1) del proceso laboral especial de «impugnación de los laudos» arbitrales electorales —regulado en los artículos 127 a 132 de la LPL—, puesto que aquí litigan entre sí quienes resultan afectados por el laudo objeto de impugnación, que normalmente serán quienes presentaron sus candidaturas

<sup>7</sup> Véanse artículos 146.c), 149 y 150.

<sup>8</sup> Véase artículo 146.a).

<sup>9</sup> Acerca de la «pluralidad de procesos» de oficio existente, véase J. ALEMÁN CANO, *Los procesos de oficio*, Comares (Granada, 2003), págs. 14 y ss.

<sup>10</sup> Véase *supra*, Tema 26, §2 *in fine*.

o candidatos en el procedimiento electoral correspondiente<sup>11</sup>; y 2) del proceso laboral especial de «impugnación de la resolución administrativa que deniegue el registro» de las actas electorales —regulado en los artículos 133 a 136 de la LPL—, en el que litigan quienes «hubiesen obtenido algún representante en el acta de elecciones»<sup>12</sup>, frente a «la oficina pública» denegadora del registro y, también, frente a «quienes hayan presentado candidatos a las elecciones objeto de la resolución administrativa»<sup>13</sup>. En materia de «impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación»<sup>14</sup>, es el caso: 1) del proceso laboral especial de «impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito» de los estatutos sindicales —regulado en los artículos 165 a 170 de la LPL—, pues aquí litigan como partes principales los promotores o los representantes del sindicato afectado<sup>15</sup>, frente a la Administración pública denegadora del depósito en cuestión; y 2) del proceso laboral especial de «impugnación de los estatutos de los sindicatos», una vez que hubiesen sido objeto de depósito y publicación —regulado en los artículos 171 a 174 de la LPL—, dado que aquí pleitean como demandantes el «Ministerio Fiscal y quienes acrediten un interés directo, personal y legítimo»<sup>16</sup>, frente a los representantes del sindicato afectado<sup>17</sup>.

En el proceso laboral especial de impugnación de los laudos arbitrales electorales, puede ser demandante «la empresa» (artículo 127.2; también, artículo 131, que vuelve a mencionar «el empresario»), aunque «en ningún caso tendrán la consideración de demandados los comités de empresa, los delegados de personal, o la mesa electoral» (artículo 129.2).

En el proceso laboral especial de impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito de los estatutos sindicales, no se menciona expresamente como parte principal a la Administración pública que dictó la resolución administrativa impugnada —a diferencia de lo que ocurre en la hipótesis del artículo 133.2—, aunque su condición de demandada resulta incuestionable<sup>18</sup>. En cambio, «el Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos» (artículo 165.2), interviniendo en apoyo del demandante o del demandado, y teniendo en cuenta, además,

<sup>11</sup> Véase artículos 127.2, 129 y 131.

<sup>12</sup> Véase artículo 133.1.

<sup>13</sup> Véase artículo 133.2.

<sup>14</sup> Véase *supra*, Tema 27, §4. Téngase en cuenta, según la disposición adicional 6ª de la LPL, que «los procesos de impugnación de las resoluciones administrativas que denieguen el depósito de los *estatutos de las asociaciones empresariales*, así como las de declaración de no ser conforme a derecho dichos estatutos, se sustanciarán por los trámites de la modalidad procesal regulada en el capítulo X, título II, libro II de la presente Ley», y además, que «el Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos».

<sup>15</sup> «Los promotores» (o «los firmantes del acta de constitución»), en el caso de los sindicatos en fase de constitución (artículo 165.1); «los representantes del sindicato», en el caso de mera modificación de los estatutos sindicales (artículo 170.2).

<sup>16</sup> Véase artículo 171.1.

<sup>17</sup> Véase artículo 171.2.

<sup>18</sup> En este sentido, véase M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG y R.M. ALONSO GARCIA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 13ª ed., Civitas (Madrid, 2004), pág. 312.

en el caso de modificación de los estatutos de los sindicatos, que podrán comparecer «como coadyuvantes [del sindicato demandante] sus afiliados» (artículo 170.2).

En el proceso laboral especial de impugnación de los estatutos de los sindicatos, también se afirma que el «Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos» (artículo 171.3), supuesto siempre que ya no figurase en ellos como demandante.

§5. Igualmente resulta justificada la especialidad de aquellos procesos laborales en que se produce una disociación entre la parte legitimada para litigar y la parte materialmente afectada por el litigio en cuestión. Frente al proceso laboral ordinario —que sirve para resolver «conflictos individuales» entre el empresario y el trabajador, ambos parte legitimada y, también, parte material o parte afectada—, es el caso del proceso laboral especial de conflictos colectivos, regulado en los artículos 151 a 160 de la LPL (del que resulta ser mera variante el proceso laboral especial de impugnación de convenios colectivos, regulado en los artículos 161 a 164 de la LPL)<sup>19</sup>. En efecto, en este proceso especial son parte legitimada en el correspondiente «conflicto colectivo» jurídico —del lado de los trabajadores<sup>20</sup>— necesariamente sus representantes legales o sindicales, al reputarlos la LPL únicos sujetos «legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos»<sup>21</sup>, mientras que parte material o parte afectada —sobre la que despliega su eficacia de cosa juzgada material la sentencia que en su día recaiga— lo es siempre aquí una colectividad genérica de trabajadores con intereses comunes<sup>22</sup>, debiendo figurar en la demanda la «designación general de los trabajadores... afectados por el conflicto»<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Sobre la base de que la impugnación se efectúa «por los trámites del proceso del conflicto colectivo» (artículo 163.1), téngase en cuenta que «el Ministerio Fiscal será parte siempre en estos procesos» (artículos 162.6 y 163.4), y además, que «cuando la sentencia sea anulatoria, en todo o en parte, del convenio impugnado y éste hubiera sido publicado, también se publicará en el “Boletín Oficial” en que aquél se hubiere insertado» (artículo 164.3). Ya se dijo que cabe la posibilidad de impugnación de oficio de un convenio colectivo, al amparo de los artículos 161 y 162 de la LPL. Sobre el proceso en cuestión, véase J.R. RIVERA SANCHEZ, *El proceso de impugnación de convenios colectivos*, Universidad (Alicante, 2002), págs. 23 y ss.

<sup>20</sup> Del lado empresarial, parte formal es el empresario («cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior») y «las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, siempre que se trate de conflictos de ámbito superior a la empresa» [artículos 152.b) y c)]; y parte material o parte afectada, el empresario o empresas «afectados por el conflicto» (artículo 155.1).

<sup>21</sup> Más en concreto, se trata de «los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto» [artículo 152.a)] y «los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior» [artículo 152.c)].

<sup>22</sup> Véase E. GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, *El proceso de conflicto colectivo de trabajo. Significación y contenido general*, ACARL (Madrid, 1993), págs. 52 y ss.

<sup>23</sup> Véase artículo 155.1. Por su parte, el artículo 151.1 se refiere a «demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores». Sobre esta parte material o parte afectada despliega sus efectos de cosa juzgada la sentencia resolutoria del proceso de conflicto colectivo, lo que explica que la LPL afirme que la «sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto» (artículo 158.3). Sobre el tema de la eficacia de cosa juzgada material de la sentencia laboral declarativa dictada en procesos de conflicto colectivo, véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y Seguridad Social*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 200 y ss.

Frecuentemente se plantea por la vía del proceso laboral especial de conflictos colectivos la necesidad de distinguir entre «conflictos plurales» (que son una mera agregación o suma de «conflictos individuales»)<sup>24</sup> y los verdaderos «conflictos colectivos» jurídicos. Al respecto, resulta jurisprudencia laboral incontrovertida que «las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: 1)... subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores “entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad”; y 2) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que actúa a través de conflicto y que se define como “un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros” o como “un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general”»<sup>25</sup>.

Dado el carácter jurídico de este tipo de «conflictos colectivos»<sup>26</sup>, se explica —frente a lo que ocurre en la hipótesis de la demanda iniciadora del proceso laboral ordinario— que la LPL exija a la que inicia este proceso especial que en ella conste «una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada» (artículo 155.1)<sup>27</sup>.

Aunque las pretensiones que normalmente se deducen a través del proceso de conflictos colectivos son meramente declarativas<sup>28</sup>, también cabe por excepción deducir pretensiones de condena<sup>29</sup>, afirmando al respecto la LPL que «las sentencias que recaigan en los procesos de conflictos colectivos... serán ejecutivas desde que se dicten, según la naturaleza de la pretensión reconocida, no obstante, el recurso que contra ellas pudiera interponerse» (artículo 301).

**§6.** Sin embargo, frente a todas estas especialidades, la que determina la existencia de un mayor número de procesos laborales especiales es, sin duda, la concreta materia litigiosa laboral que se ventila en el pleito. Esta razón justifica la regulación en la LPL de otros once procesos laborales especiales, a añadir a los siete ya mencionados. Estos once procesos laborales especiales por razón de la materia litigiosa pueden clasificarse convencionalmente en tres grandes apartados.

Resulta preciso indicar que no existe ninguna correspondencia estricta entre las concretas materias litigiosas laborales detalladas en el artículo 2 de la LPL [y especificadas con letras, de la a) a la p)], de un lado, y los procesos laborales especiales por razón de la concreta materia litigiosa en ellos ventilada, de otro. En cuanto a los once procesos laborales especiales, a ver seguidamente, ocho de ellos encajarían en el artículo 2.a) («entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo»), uno en el artículo 2.b) («en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo»), uno en el artículo 2.e)

<sup>24</sup> Véase *supra*, Tema 39, §3.

<sup>25</sup> Véase, por todas, STS de 26 febrero 2001 (Ar. 3830).

<sup>26</sup> Pues se refieren a «la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, y decisión o práctica de empresa» (artículo 151.1). Sobre su distinción con los conflictos colectivos «económicos», véase *supra*, Tema 33, §1.

<sup>27</sup> Véase E. ROMAN VACA, *El proceso especial de conflictos colectivos de trabajo*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 151 y 152.

<sup>28</sup> Véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y Seguridad Social*, cit., págs. 73 y ss.

<sup>29</sup> Véase STC 92/1988, de 23 mayo.

(«contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral») y el restante en el artículo 2.k) («sobre tutela de los derechos de libertad sindical»).

Tampoco existe correspondencia estricta entre los procesos laborales especiales por razón de la materia y las prohibiciones sobre acumulación «objetiva» de acciones, a que se refieren los artículos 27.2 y 27.3 de la LPL<sup>30</sup>.

En primer lugar, los procesos laborales especiales en que se ventilan cuestiones de Derecho individual del Trabajo, entre los que encajan: 1) el proceso laboral especial para la impugnación de «despidos disciplinarios», regulado en los artículos 103 a 113 de la LPL<sup>31</sup>, y del que son meras variantes o consecuencias suyas otros cuatro procesos especiales más; 2) el proceso laboral especial sobre «vacaciones», regulado en los artículos 125 y 126 de la LPL; 3) el proceso laboral especial de «clasificación profesional», regulado en el artículo 137 de la LPL<sup>32</sup>; 4) el proceso laboral especial de «movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», regulado en el artículo 138 de la LPL<sup>33</sup>; y 5) el proceso laboral especial sobre «permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares», regulado por el artículo 138bis de la LPL.

En la regulación del proceso laboral especial de despido disciplinario, la LPL entremezcla temas adjetivos y sustantivos, regulados incluso en el ET<sup>34</sup>. Téngase en cuenta que la demanda por despido, además de los requisitos generales, también debe cumplir los específicos del artículo 104 de la LPL. En fin, como el acto del despido supone en cierto modo un «prejuicio», se explica que la LPL afirme lo siguiente: «Ratificada, en su caso, la demanda, tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones corresponderá al demandado [esto es, al empresario] exponer sus posiciones en primer lugar. Asimismo, le corresponderá la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo» (artículo 105.1)<sup>35</sup>.

Por su parte, los cuatro procesos laborales especiales íntimamente conectados al de despido disciplinario son los siguientes: 1) el «proceso de impugnación de sanciones» disciplinarias distintas del despido (artículos 114 y 115)<sup>36</sup>; 2) el proceso «de

<sup>30</sup> Véase *supra*, Tema 39, §3 *in fine*.

<sup>31</sup> Véase A. BLASCO PELLICER, *El régimen procesal del despido*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2000), págs. 21 y ss.

<sup>32</sup> Véase A. ARIAS DOMINGUEZ, *La modalidad procesal de clasificación profesional*, Aranzadi (Pamplona, 2002), págs. 21 y ss.

<sup>33</sup> Véase S. DE SOTO RIOJA, *Proceso especial de modificaciones sustanciales y movilidad geográfica*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2001), págs. 33 y ss.; y X.M. CARRIL VAZQUEZ, «La protección del trabajador individual frente a las decisiones “nulas” o “injustificadas” del empresario en materia de novación objetiva del contrato de trabajo», *Tribuna Social*, núm. 181 (2006), págs. 34 y ss.

<sup>34</sup> Véase *supra*, Tema 25, §2, §3 y §4.

<sup>35</sup> Véase J. LAHERA FORTEZA, *La carga de la prueba en el proceso de despido disciplinario*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1996), págs. 53 y ss.

<sup>36</sup> Sobre él, véanse F.A. VALLE MUÑOZ, *El proceso laboral de impugnación de sanciones disciplinarias*, Comares (Granada, 2002), págs. 21 y ss.; y J. FERNANDEZ-COSTALES MUNIZ, *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias (Oviedo, 2005), págs. 69 y ss.

la reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido» (artículos 116 a 119); 3) el proceso de «extinción [del contrato de trabajo] por causas objetivas» (artículos 120 a 123); y 4) el proceso de «despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción» (artículo 124).

En cuanto al proceso laboral especial de vacaciones, tiene por objeto «la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones» (artículo 125, párrafo 1º), debiendo tenerse en cuenta que «cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados» [artículo 125.d)].

Respecto del proceso laboral especial de clasificación profesional, la única especialidad relevante para el trabajador actor se refiere a la necesidad de agotar un trámite previo ante sus representantes legales o unitarios, pues «la demanda que inicie este proceso será acompañada de informe emitido por el comité de empresa o, en su caso, por los delegados de personal» (artículo 137.1, inciso primero)<sup>37</sup>.

Al igual que ocurre en la regulación del proceso por despido, en la del proceso laboral especial de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo la LPL entremezcla temas adjetivos y sustantivos<sup>38</sup>, refiriéndose sólo a las demandas individuales del trabajador, de manera que «si una vez iniciado el proceso se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo» (artículo 138.3, párrafo 1º)<sup>39</sup>.

Por su parte, la sumarisima regulación del proceso laboral especial sobre «permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares» resulta ininteligible, si se hace abstracción de lo dispuesto en los apartados 4 a 6 del artículo 37 del ET<sup>40</sup>.

En segundo lugar, aquellos en que se ventilan cuestiones de Derecho colectivo del Trabajo, que es el caso muy frecuentemente del proceso laboral especial de la «tutela de los derechos de libertad sindical» y demás derechos fundamentales, regulado en los artículos 175 a 182 de la LPL. Se trata de un proceso privilegiado por causa del fenomenal aparato de garantías que preside su tramitación<sup>41</sup>. Forzando un poco el tenor de la LPL, la jurisprudencia viene considerando aplicables estas garantías a otros procesos especiales distintos, señaladamente el de despido, cuando se discuta en ellos la vulneración de derechos fundamentales (es la llamada «tesis integrativa» o de la «exportabilidad» de garantías).

<sup>37</sup> Teniendo en cuenta que «en el caso de que estos órganos no hubieran emitido el informe en el plazo de quince días, al demandante le bastará acreditar que lo ha solicitado» (artículo 137.1, inciso segundo).

<sup>38</sup> Véase *supra*, Tema 21, §4 y §5.

<sup>39</sup> Sobre coordinación entre impugnación individual y colectiva, véase M.A. PURCALLA BONILLA, *Movilidad geográfica y modificación sustancial: impugnación procesal laboral*, Lex Nova (Valladolid, 2003), págs. 129 y ss.

<sup>40</sup> Véase *supra*, Tema 22, §2.

<sup>41</sup> Véase J. GARATE CASTRO, *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los arts. 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral)*, Revista Xurídica Galega (Pontevedra, 1999), págs. 121 y ss.



En este proceso, en principio, puede ser demandante «cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo considere lesionados los derechos de libertad sindical... cuando la pretensión sea de las atribuidas al orden jurisdiccional social» (artículo 175.1)<sup>42</sup>.

Entre las garantías que hacen del mismo un proceso especial privilegiado, se cuentan la posibilidad de solicitar cautelarmente la suspensión de efectos del acto impugnado (artículo 178.1, inciso primero), la intervención del Ministerio Fiscal (artículo 178.2) o el hecho de que la estimación de la demanda lleve aparejada «la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera» (artículo 180.1)<sup>43</sup>. La citada «tesis integrativa» o de «exportabilidad» de estas garantías —que parece prudente no apurar hasta sus últimas consecuencias (piénsese, por ejemplo, en el tema de la conciliación administrativa previa en la impugnación de despidos nulos)<sup>44</sup>— ha sido creada por jurisprudencia laboral unificada del Tribunal Supremo<sup>45</sup>, apareciendo citada incluso en la jurisprudencia constitucional<sup>46</sup>.

A pesar de su nombre oficial, también cabe tramitar mediante este proceso «las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social» (artículo 181), aunque —por excepción, que casi parece la regla, en la que juega precisamente la recién citada «tesis integrativa» o de la «exportabilidad» de garantías— «las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de Estatutos de los Sindicatos o de su modificación y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente» (artículo 182).

Y en tercer lugar, los procesos laborales especiales en materia de «Seguridad Social», regulados en los artículos 139 a 145bis de la LPL.

Como sostiene la mejor doctrina que se ha ocupado de este tema, de la simple lectura de los preceptos en cuestión de la LPL, se desprende que lejos de regularse en ellos «una sola “modalidad procesal”, se está tratando de diversas clases de procesos, cuyo único elemento común resulta ser el de versar sobre la materia que precisamente da nombre al Capítulo: “De la Seguridad Social”»<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Sobre el tema de la legitimación activa, F. CAVAS MARTINEZ, *El Proceso Laboral de Tutela de la Libertad Sindical y demás Derechos Fundamentales*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2004), págs. 207 y ss.

<sup>43</sup> Sobre este último tema, con extenso estudio del mismo en la doctrina unificada, véase M. CARDENAL CARRO, *La Indemnización en los Procesos de Tutela de la Libertad Sindical (Un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia)*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2006), págs. 115 y ss.

<sup>44</sup> Acerca de este problema y otros que suscita la tesis en cuestión, véase J. MARTINEZ GIRON, «De nuevo sobre si es necesaria o no la conciliación extrajudicial en proceso relativo a despido supuestamente violador de un derecho fundamental», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo XXII, Civitas (Madrid, 2005), págs. 113 y ss.

<sup>45</sup> Véase STSud de 12 junio 2001 (Ar. 5931). Más jurisprudencia laboral ordinaria sobre el tema, citada en SAN de 14 noviembre 2005 (Ar. 950 de 2006).

<sup>46</sup> Véase STC 10/2001, de 29 enero; también, STC 41/2004, de 22 marzo.

<sup>47</sup> Véase J.F. GOMEZ ABELLEIRA, *El proceso especial de Seguridad Social*, EDERSA (Madrid, 2000), pág. 15.

Sobre esta base, el proceso típico de Seguridad Social tiene tres elementos caracterizadores: 1) versa sobre «materia de Seguridad Social», teniendo en cuenta que no es tal el tema de las «mejoras de la acción protectora derivadas de contrato de trabajo o convenio colectivo», dado que la competencia para conocer de estas mejoras «corresponde a la jurisdicción laboral, pero por la modalidad ordinaria o, incluso, de conflicto colectivo del proceso laboral»<sup>48</sup>; 2) «el demandante típico en un proceso de seguridad social es un “beneficiario del régimen público de la Seguridad Social”», aunque también cabe que demande «una mutua patronal, un empresario —porque impugne, por ejemplo, el recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad que el impone el INSS—, éste incluso de naturaleza pública..., etc.; en definitiva, cualquiera excepto, justamente, una entidad gestora o un servicio común de la Seguridad Social»<sup>49</sup>; y 3) «como con toda claridad se desprende del artículo 139 LPL, en un proceso especial de seguridad social, se demanda a una entidad gestora o a un servicio común de la Seguridad Social»<sup>50</sup>, resultando frecuente que también resulten demandados —como litisconsortes pasivos necesarios de los que acaban de citarse— las «mutuas de accidentes de trabajo y empresarios»<sup>51</sup>.

Con la finalidad de combatir más eficazmente el fraude existente en la contratación temporal, en 2002 se creó una nueva variante de proceso laboral especial de Seguridad Social, regulada en el artículo 145bis de la LPL. En ella, el demandante es la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, cuando «constate que, en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa», en cuyo caso puede demandar que «el empresario sea declarado responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución... de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes» (apartado 1, párrafo 1º). En este proceso, «el empresario y el trabajador que hubieran celebrado los reiterados contratos temporales tendrán la consideración de parte..., si bien no podrán solicitar la suspensión del proceso ni el trabajador desistir» [apartado 3.a)].

La regulación que la LPL efectúa de estos once procesos laborales especiales no es en modo alguno homogénea, resultando incluso en ocasiones extraordinariamente sumaria. De ahí que deba existir una cláusula de cierre, que permita llenar eventuales vacíos de regulación y, por tanto, de tramitación no sólo de estos once procesos, sino también de todo el conjunto de procesos laborales especiales. Esta cláusula de cierre aparece contenida en el único precepto que conforma el capítulo primero del Título II del Libro II de la LPL —Título que es, recuérdese, el regulador de los procesos laborales especiales—, según el cual «en todo lo que no esté expresamente previsto en el presente Título, regirán las disposiciones establecidas para el proceso ordinario» (artículo 102).

<sup>48</sup> *Ibidem*, pág. 19.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pág. 21.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pág. 22.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pág. 23.

Se trata de una norma tradicional en nuestras Leyes de Procedimiento Laboral, que ya contenía la de 1958<sup>52</sup>. Esta remisión de primer grado se completa, de algún modo, con la remisión de segundo grado que efectúa la disposición final primera de la LPL —también otra constante en nuestra legislación procesal laboral moderna<sup>53</sup>—, según la cual «en lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil» (apartado 1)<sup>54</sup>.

§7. A propósito siempre de la regulación de los procesos laborales especiales, es frecuente que la LPL contenga declaraciones relativas a si se trata de procesos preferentes y urgentes o no. Sistematizando lo que la LPL señala al respecto, cabe concluir que el proceso especial de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales goza de preferencia absoluta en su tramitación, frente a cualquier otro proceso laboral (artículo 177.1)<sup>55</sup>. Le sigue en preferencia el proceso especial de conflictos colectivos (artículo 157)<sup>56</sup>. Y a continuación, colocados en un mismo plano, también son preferentes los de vacaciones (artículo 126)<sup>57</sup>, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 138.4)<sup>58</sup>, y permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares [artículo 138bis, b)]<sup>59</sup>. Por último, aunque de manera implícita, también tienen carácter preferente los procesos por despido, dada la posible responsabilidad del Estado en el pago de los salarios de tramitación —que el Juez de lo Social debe cuidadosamente evitar—, si transcurriesen más de 60 días hábiles entre la fecha de presentación de la demanda por despido y la fecha en que se dictó sentencia<sup>60</sup>.

<sup>52</sup> En su artículo 92.

<sup>53</sup> Al respecto, véase la disposición final primera de la LPL de 1958.

<sup>54</sup> Véase asimismo artículo 4 de la LEC.

<sup>55</sup> Según el cual, «la tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el Juzgado o Tribunal» (inciso primero).

<sup>56</sup> Según el cual, «este proceso tendrá carácter urgente. La preferencia en el despacho de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales».

<sup>57</sup> Según el cual, «el procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente» (inciso primero).

<sup>58</sup> Según el cual, de nuevo, «el procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente» (inciso primero).

<sup>59</sup> Según el cual, también, «el procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente» (inciso primero).

<sup>60</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 116.1 de la LPL, según el cual «si, desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido, hasta la sentencia del Juzgado o Tribunal que por primera vez declare su improcedencia, hubiesen transcurrido más de sesenta días hábiles, el empresario una vez firme la sentencia, podrá reclamar al Estado los salarios pagados al trabajador que excedan de dicho plazo». En este caso, según el artículo 117.1 de la propia LPL, «para demandar al Estado... será requisito previo haber reclamado en vía administrativa..., contra cuya denegación el empresario... podrá promover la oportuna acción ante el Juzgado que conoció en la instancia del proceso por despido». Sobre esta vía previa, véase *supra*, Tema 36, §3.

Evidentemente, el Juez de lo Social debe tener muy en cuenta todas estas preferencias, a efectos de efectuar los «señalamientos» de día y hora para la celebración de los actos de conciliación judicial y juicio, a que se refiere el artículo 82.1 de la LPL.

Este tema de la preferencia y urgencia o no de los procesos laborales especiales está íntimamente conectado, a su vez, con el tema del carácter hábil o no de los días del mes de agosto, a efectos de la práctica de actuaciones procesales laborales. Se trata de un tema regulado en el artículo 43.4, párrafo 1º, de la LPL, que es un precepto a tener muy en cuenta por el litigante privado —que eventualmente podría estar de vacaciones—, sea trabajador o empresario. Según él, «los días del mes de agosto serán inhábiles, salvo para las modalidades procesales de despido, extinción del contrato de trabajo de los artículos 50 y 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, vacaciones, materia electoral, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos y tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales»<sup>61</sup>.

Por su parte, el párrafo 2º del propio precepto afirma que «tampoco serán inhábiles dichos días para las actuaciones que tiendan directamente a asegurar la efectividad de los derechos reclamados o para las de aquellas que, de no adoptarse, puedan producir un perjuicio de difícil reparación».

En cambio, resulta incongruente con la recién citada regulación de los procesos laborales especiales preferentes y urgentes el que, a propósito de la conciliación preprocesal ante el SMAC, la LPL sólo excluya de la necesidad de agotar este trámite previo tres de los procesos laborales especiales en cuestión, que son el de vacaciones, el de impugnación de convenios colectivos (en cuanto que variante que es del proceso especial de conflictos colectivos) y el de tutela de la libertad sindical.

En efecto, la LPL afirma que «se exceptúan de este requisito los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos al disfrute de vacaciones y a materia electoral, los iniciados de oficio, los de impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación y los de tutela de la libertad sindical» (artículo 64.1).

---

<sup>61</sup> Sobre los antecedentes jurisprudenciales que justifican la necesidad de promulgar este precepto, véase J. MARTINEZ GIRON, «Prescripción y caducidad de acciones [En torno al artículo 59]», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm 100 (2000), pág. 1213.

**TEMA 42**  
**LOS RECURSOS**

---

**Alberto Arufe Varela**

**Sumario:** §1. Introducción. §2. Reposición y súplica. §3. Revisión. §4. Los recursos propiamente dichos, accesorios y principales. §5. El recurso de suplicación. §6. El recurso de casación ordinaria. §7. El recurso de casación para la unificación de doctrina.

§1. Utilizando como rótulo del mismo una expresión bastante neutra y bastante aséptica, la LPL dedica todo su Libro III a la regulación «De los medios de impugnación»<sup>1</sup>. Este Libro III está formalmente dividido en seis capítulos, que cobijan un total de cincuenta y un artículos, desde el 184 al 234. En este conjunto normativo, por las razones que veremos, no sólo se contiene la regulación de medios de impugnación que con toda propiedad cabe calificar jurídicamente como auténticos recursos (cfr. *infra*, §4, §5, §6 y §7), sino que también se incluye la regulación de otro tipo de medios de impugnación que no merece propiamente tal apelativo (cfr. *infra*, §2 y §3).

«Medios de impugnación» no es la rúbrica que siempre ha tenido el Libro III de la LPL, pues desde la primera de 1958 hasta la quinta de 1980 se utilizaba la expresión «De los recursos». Su contenido también ha experimentado sustanciales variaciones respecto de la primera Ley de Procedimiento Laboral. El texto vigente del Libro III, el de la séptima LPL de 1995, fue en su día una reproducción casi literal de su precedente de 1990, aunque desde entonces haya padecido ya modificaciones en alguno de sus 51 preceptos.

§2. No merece el calificativo de verdadero recurso, ante todo, el medio de impugnación que permite que una resolución judicial pueda ser revocada por el mismo órgano jurisdiccional que la dictó (también llamado juzgado o tribunal *a quo*), en lugar de serlo por otro órgano jurisdiccional funcionalmente distinto y superior (también llamado tribunal *ad quem*), y

---

<sup>1</sup> Calificándola de «culta rúbrica ... que su articulado abandona con presteza», véase M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG y R.M<sup>o</sup>. ALONSO GARCIA, *Derecho procesal del Trabajo*, 13<sup>a</sup> ed., Civitas (Madrid, 2004), pág. 323.

que carece, por ello mismo, de lo que tradicionalmente se conoce como efecto «devolutivo». Este es el caso de lo que los artículos 184, 185 y 186 de la LPL denominan «recurso de reposición» y «recurso de súplica»<sup>2</sup>, que son medios de impugnación de providencias y autos (pero no de sentencias)<sup>3</sup>; y más en concreto, de impugnación de las providencias y autos «que dicten los Jueces de lo Social», en el caso del «recurso de reposición» (artículo 184.1), o «que dicten las Salas de lo Social», en el caso del «recurso de súplica» (artículo 185.1)<sup>4</sup>. A pesar de su denominación legal como tales, la reposición y la súplica no son propiamente «recursos» (tradicionalmente se les llamaba «remedios»), al carecer del citado efecto «devolutivo», dado que una y otra son resueltas por los mismos órganos que habían dictado antes la concreta resolución judicial (providencia o auto) recurrida, bien el Juez de lo Social, bien la Sala de lo Social del Tribunal correspondiente.

Tanto la reposición como la súplica se resuelven por medio de «auto», frente al cual, en principio, «no se dará nuevo recurso», salvo «en los supuestos expresamente establecidos en la presente Ley» (artículos 184.2 y 185.2).

En relación con el auto resolutorio de la reposición, son excepciones la relativa a la posibilidad de interponer recurso de suplicación frente a «los autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los que en ejecución de sentencia dicten los Juzgados de lo Social siempre que la sentencia ejecutoria hubiere sido recurrible en suplicación, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado» (artículo 189.2); y también, la relativa a la posibilidad de interponer recurso de suplicación frente a «los autos que resuelvan el recurso de reposición interpuesto contra la resolución en que el Juez, acto seguido de la presentación de la demanda, se declare incompetente por razón de la materia» (artículo 189.4).

<sup>2</sup> Véase J. CABEZA PEREIRO y P. RABANAL CARBAJO, *El recurso de reposición y súplica en el orden social*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2003), págs. 53 y ss.

<sup>3</sup> Téngase en cuenta, además, que la LPL restringe la utilización de estos medios de impugnación en ciertos procesos especiales, pues, de un lado, «no habrá lugar al recurso de *reposición* contra las providencias y autos que se dicten en los procesos de conflictos colectivos y en los de impugnación de convenios colectivos» (artículo 184.3), y de otro lado, «no habrá lugar al recurso de *súplica* contra las providencias y autos que se dicten en los procesos de conflictos colectivos y en los de impugnación de convenios colectivos» (artículo 185.3).

<sup>4</sup> El recurso de súplica resulta procedente para recurrir el auto de la Sala por el que se declara la inadmisión del recurso de suplicación y la firmeza de la resolución recurrida, por falta de subsanación de defectos u omisiones subsanables (artículo 197, inciso tercero, de la LPL); afirmando exactamente lo mismo, pero en relación con el recurso de casación ordinaria, el artículo 209, inciso tercero. En cambio, el recurso de súplica resulta improcedente contra el auto de la Sala que inadmita el recurso de suplicación «por haber ya desestimado la Sala en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales» (artículo 198.3, inciso segundo), existiendo supuestos adicionales de improcedencia del propio recurso de súplica —aunque no siempre se mencione este medio de impugnación por su nombre— en los artículos 211.4, 223.2 y 231.1.

En relación con el auto resolutorio de la súplica, también juegan las dos excepciones que acaban de mencionarse, pero con la diferencia de que aquí cabe interponer recurso de casación ordinaria, dado que el auto recurrible lo dictan las Salas de lo Social de los TtSsJ o de la AN (artículos 204.segundo y 204.tercero).

§3. Tampoco merece el calificativo de verdadero recurso, en segundo lugar, el medio de impugnación que pretenda conseguir la revocación de sentencias firmes, puesto que un verdadero recurso sólo puede ser interpuesto, en principio, contra resoluciones carentes de eficacia de cosa juzgada formal (esto es, contra resoluciones que no sean firmes). Por esta razón, no puede ser considerado propiamente como recurso —precisamente porque su objetivo es atacar la santidad de la cosa juzgada— el medio de impugnación de sentencias (y sólo de sentencias) que el artículo 234 de la LPL denomina «recurso de revisión»<sup>5</sup>. Según este cortísimo precepto —que se apresura a remitirse en bloque a la LEC—, la revisión es posible «contra cualquier sentencia [evidentemente, firme] dictada por los órganos del orden jurisdiccional social», teniendo en cuenta que este medio de impugnación siempre «se interpondrá ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo» y, además, que ésta «habrá de resolverlo con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley de Enjuiciamiento [Civil]».

El artículo 1251, párrafo segundo, del Código Civil, derogado por la LEC vigente, confirmaba que el recurso de revisión no es ningún recurso, al declarar que «contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en *juicio* de revisión».

Como es tradicional, los motivos para poder revisar lo declarado en sentencias firmes resultan de un dramatismo extraordinario, apareciendo actualmente regulados en el artículo 510 de la LEC<sup>6</sup>.

Relativamente próxima al recurso de revisión es la institución que la LPL denomina «audiencia al demandado rebelde» (artículo 183). Según este precepto, salvo algunas especialidades que detalla, en este caso resultan de aplicación «las normas contenidas en el Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil», esto es, los artículos 496 a 508 de la LEC, cuya rúbrica común es «De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde». Sobre la base de que en estos casos puede llegar a haber

<sup>5</sup> Véase M. CARDENAL CARRO, *La revisión de sentencias en la jurisdicción social*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2003), págs. 17 y ss.

<sup>6</sup> Según dicho precepto, «habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1º. Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2º. Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente. 3º. Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia». 4º. Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta».

una fase rescidente y una fase rescisoria de la sentencia condenando al rebelde en cuestión, el artículo 501 de la LEC afirma que «los demandados que hayan permanecido constantemente en rebeldía podrán pretender, del tribunal que la hubiere dictado, la rescisión de la sentencia firme», asimismo en supuestos dramáticos<sup>7</sup>.

**§4.** El grueso del contenido del Libro III tiene por objeto la regulación de medios de impugnación que sí pueden ser considerados como recursos propiamente dichos, al tratarse de medios de impugnación que poseen efecto «devolutivo» (existe, por tanto, un juzgado o tribunal *a quo* y un tribunal *ad quem*) y, además, que resultan utilizables con la finalidad de revocar resoluciones que no sean firmes. Se trata de cuarenta y siete preceptos (artículos 187 a 233), que regulan cuatro recursos muy distintos. De estos cuatro recursos, tres tienen el carácter de verdaderos recursos principales, y el restante, la naturaleza de mero incidente en la tramitación de dichos tres recursos principales, cabiendo calificarlo por ello mismo de mero recurso accesorio.

Según informa la doctrina científica que se ha ocupado del tema, de estos recursos accesorios «se habla por primera vez ... en un texto específico del proceso laboral, en el Decreto-ley de 8 de enero de 1954, el mismo que con relación a las consignaciones para recurrir, permitió que las empresas concesionarias de servicios públicos pudieran constituir las con valores públicos, acciones u obligaciones o por aval bancario; en él, que fue recogido literalmente en ...[la Ley de Procedimiento Laboral] de 1958 ..., se reguló una manifestación concreta del recurso de queja»<sup>8</sup>.

El recurso accesorio es el «recurso de queja». A él se alude en diversos preceptos de la LPL, aunque la norma clave sobre el mismo sea su artículo 187. Según este precepto, «los recursos de queja que conozcan las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, según los casos, se tramitarán siempre de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para recurrir en queja ante el Tribunal Supremo».

Tras la entrada en vigor de la LEC, esta referencia exclusiva al Tribunal Supremo no resulta correcta, puesto que la propia LEC se refiere ahora a la posibilidad de «interponer

<sup>7</sup> Resultaría posible en los casos siguientes: «1°. De fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma. 2°. De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo 161, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable. 3°. De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos “Boletines Oficiales” se hubieren publicado aquéllos».

<sup>8</sup> Cfr. J. MONTERO AROCA, *El proceso laboral*, Tomo II, Bosch (Barcelona, 1981), pág. 144.



recurso de queja ante el órgano al que corresponda resolver del recurso no tramitado» (artículo 494, inciso primero).

En efecto, el recurso de queja puede resolverlo, de un lado, la Sala de lo Social del TSJ, contra el auto del Juzgado de lo Social por el que se declara «tener por no anunciado el recurso [de suplicación]» (artículo 193.2 de la LPL), y asimismo contra el auto del Juzgado de lo Social por el que se «ponga fin al trámite del recurso [de suplicación], quedando firme la sentencia impugnada», una vez transcurrido el plazo para la subsanación de los «defectos u omisiones» a que se refiere el artículo 193.3 de la LPL. Pero también puede resolverlo, de otro lado, la Sala de lo Social del TS, contra el auto de la Sala de lo Social del TSJ por el que se declara «tener por no preparado el recurso [de casación ordinaria]» (artículo 207.2 de la LPL), y asimismo contra el auto de la Sala de lo Social del TSJ por el que se «ponga fin al trámite del recurso [de casación ordinaria], quedando firme la sentencia impugnada», una vez transcurrido el plazo para la subsanación de los «defectos u omisiones» a que se refiere el artículo 207.3 de la LPL.

La citada remisión del artículo 187 de la LPL a la LEC vigente complica bastante las cosas, pues resulta ahora —según la propia LEC— que antes de interponer recurso de queja es preciso interponer recurso previo de reposición o de súplica, según los casos, de manera que lo realmente recurrido en queja será el auto desestimatorio de la reposición o de la súplica previamente interpuestas<sup>9</sup>.

Por su parte, los recursos laborales principales son tres: el recurso de suplicación, el recurso de casación ordinaria y el recurso de casación para la unificación de doctrina. A regularlos, dedica el grueso de su contenido el Libro III de la LPL (artículos 188 a 233). Y aunque se trata de tres recursos muy distintos, los tres poseen el mismo común denominador, dado que en los tres casos se trata de recursos extraordinarios. Este carácter extraordinario suyo es consecuencia del hecho de que, para poder interponerlos, la parte recurrente ha de esgrimir siempre motivos de recurso muy concretos, tasados en la LPL, y que evidencian que la resolución recurrida incurrió en un vicio asimismo extraordinario, ya de carácter procesal (vicios *in procedendo* o de infracción de las leyes procesales), ya de carácter material (vicios *in iudicando* o de infracción de las leyes sustantivas y de la jurisprudencia). Todo ello, a diferencia de lo que ocurre en el recurso ordinario por antonomasia, que es el recurso de apelación —inexistente en lo laboral—, en el que a la parte recurrente le basta, al efecto de poder recurrir, invocar simplemente el perjuicio, gravamen o disgusto que le provocó la sentencia recurrida.

<sup>9</sup> Sobre la base de que la LEC unifica la terminología anterior (denominando recurso de reposición también al recurso de súplica), su artículo 495.1 afirma que «el recurso de queja se preparará pidiendo, dentro del quinto día, reposición del auto recurrido, y para el caso de no estimarla, testimonio de ambas resoluciones». Sobre el tema, véase R.M<sup>a</sup>. ALONSO GARCIA, *El proceso de trabajo y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas (Madrid, 2001), págs. 133 y ss.

Precisamente porque estos tres recursos principales poseen el mismo citado común denominador, se explica que la LPL, tras regularlos, contenga un Capítulo específico sobre «disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación» (artículos 227 a 233).

En estas disposiciones comunes, entre otras varias cosas, se regulan<sup>10</sup>: 1) los depósitos para recurrir (que son de «25.000 pesetas, si se trata de recurso de suplicación», y de «50.000 pesetas, si el recurso fuera el de casación incluido el de casación para la unificación de doctrina»), que deberán constituirse «en la entidad de crédito correspondiente» contra recibo (esto es, recibiendo «resguardo acreditativo»), quedando excusados de constituirlos, entre otros, los trabajadores, beneficiarios y quienes gocen del beneficio de justicia gratuita (artículo 227)<sup>11</sup>; y 2) las consignaciones para recurrir, pues «cuando la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, será indispensable que el recurrente que no gozare del beneficio de justicia gratuita acredite, al anunciar el recurso de suplicación o al preparar el recurso de casación, haber consignado en la oportuna entidad de créditos y en la “Cuenta de Depósitos y Consignaciones” abierta a nombre del Juzgado o de la Sala de instancia, la cantidad objeto de la condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que deberá hacerse constar la responsabilidad solidaria del avalista» (artículo 228)<sup>12</sup>.

Del carácter «extraordinario» que poseen estos tres recursos laborales se derivan, además, dos consecuencias. En primer lugar, que en el orden jurisdiccional social la primera instancia, coincidente con el primer grado de la jurisdicción, sea primera y única instancia, no cabiendo hablar de segunda instancia por la sencilla razón de que el recurso de apelación no existe. En segundo lugar, que no quepa practicar nuevas pruebas en vía de recurso, salvo en el caso de la excepción representada por el artículo 231 de la LPL —precepto incluido en las recién citadas «disposiciones comunes»—, que excepcionalísimamente permite en suplicación y casación ordinaria (en absoluto, en casación para la unificación de doctrina) la práctica de nueva prueba documental, aportando (por ejemplo, al escrito de interposición del recurso o al escrito de impugnación del recurso interpuesto) bien documentos de fecha posterior a la del acto del juicio (y a través de los que se prueben hechos de fecha asimismo posterior a dicho acto), bien documentos necesarios para evitar la violación de un derecho fundamental<sup>13</sup>.

**§5.** Los artículos 188 a 202 de la LPL contienen la regulación «Del recurso de suplicación»<sup>14</sup>, que es el más importante de los tres recursos extraordinarios citados, precisamente porque es el recurso más frecuente. En él, el órgano *a quo* es un Juzgado de lo Social y el tribunal

<sup>10</sup> Sobre los temas de su título, con detalle, véase S. PLAZA GOLVANO, *Depósitos y consignaciones para recurrir en el proceso laboral*, Tirant lo blanch (Valencia, 2002), págs. 13 y ss.

<sup>11</sup> Inadmitiendo cuestión de inconstitucionalidad, planteada en relación con el artículo 227.1 de la LPL, véase ATC 98/2005, de 1 marzo.

<sup>12</sup> Declarando que el artículo 228 de la LPL no viola el artículo 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 —según el cual «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones»—, véase la Decisión del TEDH de 30 agosto 2005 (Ar. TEDH 86).

<sup>13</sup> Al respecto, el artículo 231 de la LPL contiene una errata clamorosa, puesto que todavía continúa remitiendo al artículo 506 de la derogada LEC-1881 (la remisión debe entenderse hoy efectuada al artículo 270 de la LEC). Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, «La prueba en los recursos laborales (Interpretación y alcance del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral)», *Revista Xurídica Galega*, núm. 28 (2000), págs. 13 y ss.

<sup>14</sup> Véase F. CAVAS MARTINEZ, *El recurso de suplicación*, Comares (Granada, 2000), págs. 3 y ss.

*ad quem* la Sala de lo Social de un TSJ, afirmando al respecto la LPL que «las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán de los recursos de suplicación que se interpongan contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción» (artículo 188.1).

A partir de la segunda Ley de Procedimiento Laboral de 1963, el TCT —del que son herederas directas las Salas de lo Social de los TtSsJ— pasó a conocer de dos recursos principales y extraordinarios distintos, que eran el recurso de suplicación y el recurso «de alzada en conflictos colectivos». Con la quinta Ley de Procedimiento Laboral de 1980, este recurso de alzada pasó a denominarse recurso «de suplicación especial». En fin, tras las sexta Ley de Procedimiento Laboral de 1990, existe un único recurso de suplicación, a través del cual resultan también recurribles las sentencias dictadas en materia de conflictos colectivos y asimiladas a ella; materias éstas, recuérdese, también susceptibles de llegar a ser conocidas por la Sala de lo Social del TS, a través de la casación ordinaria, como tribunal actuante en el segundo grado de la jurisdicción laboral<sup>15</sup>.

Téngase en cuenta que la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal, impone el recurso de suplicación frente a autos y sentencias dictados por el Juez de lo Mercantil, que conozca del concurso (artículo 64.8).

No todas las resoluciones que dictan los Juzgados de lo Social resultan recurribles en suplicación, sino sólo —según la LPL— «las resoluciones que se determinen en esta Ley» (artículo 188.2). Estas resoluciones aparecen precisadas en su complejo artículo 189, que consta de cuatro apartados, el primero de los cuales consta, a su vez, de otros seis apartados ordenados por letras [de la a) a la f)]. De acuerdo con este precepto, resulta que ni todos los autos ni todas las sentencias que dictan los Juzgados de lo Social son recurribles en suplicación, pues —respecto de las sentencias— las hay que resultan irrecurribles por razón de la *cuantía* (aquéllas en que el valor de lo litigado no exceda de 1.803 euros) y las hay, también, que resultan irrecurribles por razón de la *materia* (en realidad, cinco concretas materias litigiosas ventiladas siempre por los trámites de sus correspondientes procesos laborales especiales).

Más en concreto, se trata de las sentencias de los Juzgados de lo Social que «recaigan en los procesos relativos a la fecha de disfrute de las vacaciones, concreción horaria y determinación del período de disfrute en permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares, en los de materia electoral, en los de clasificación profesional, en los de impugnación de sanción por falta que no sea muy grave, así como por falta muy grave no confirmada judicialmente» (artículo 189.1).

En relación con la cuantía de lo litigado, el artículo 189.1.b) de la LPL contiene una excepción a la regla citada de la irrecurribilidad de los pleitos en que lo litigado no exceda de 1.803 euros, al afirmar que cabe recurso, en todo caso, «en los seguidos por reclamaciones,

<sup>15</sup> Véase *supra*, Tema 38, §3.

acumuladas o no, en los que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes»<sup>16</sup>.

Autos recurribles —aparte los dos supuestos genéricos ya mencionados<sup>17</sup>— son también «los autos que declaren no haber lugar al requerimiento de inhibición, respecto de asunto que, según lo prevenido en este artículo, hubiere podido ser recurrido en suplicación» (artículo 189.3 de la LPL)<sup>18</sup>.

Aunque lo resuelve la Sala de lo Social de un TSJ, lo más característico del recurso de suplicación es que sus trámites esenciales, en los que resulta inexcusable la intervención de las partes, se realizan ante el órgano *a quo*, esto es, ante el Juzgado de lo Social. En efecto, como afirma la LPL: 1) ante el Juzgado de lo Social «deberá *anunciarse* el recurso en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia» (artículo 192.1), por parte de quien resultó perjudicado por la misma y pretende recurrir<sup>19</sup>; 2) «ante el Juzgado que dictó la resolución impugnada» presentará la parte recurrente el *escrito de interposición* del recurso (artículo 194.1), una vez que los autos le hayan sido puestos a su disposición, expresando en este escrito —que sólo puede firmar un abogado— «con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas» (artículo 194.2), teniendo en cuenta que los motivos en cuestión —que justifican el carácter extraordinario de este recurso— son sólo tres (uno para denunciar la comisión de vicios *in procedendo*, otro para revisar los hechos declarados probados en la resolución recurrida, que suele resultar trascendental, y el tercero para denunciar la comisión de vicios *in iudicando*); y 3) ante el propio Juzgado presentará la parte contraria (esto es, la parte recurrida) su *escrito de impugnación* del recurso de suplicación ya interpuesto por el recurrente (artículo 195). Una vez cumplimentados todos estos trámites, el Juzgado de lo Social remite todo lo actuado a la Sala de lo Social del TSJ correspondiente, a efectos de la resolución del recurso en cuestión.

<sup>16</sup> Este precepto viene suscitando, en el presente siglo, una increíble litigiosidad en casación para la unificación de doctrina, que arranca de dos SSTSud de 3 octubre 2003 (Ar. 6488 y 7818).

<sup>17</sup> *Supra*, §2 *in fine*.

<sup>18</sup> Sobre la posibilidad de recurrir en suplicación otro tipo de autos, aun no mencionados en el artículo 189 de la LPL, véase A. ARUFE VARELA, «La precaria y problemática regulación del desistimiento del demandante en la Ley de Procedimiento Laboral: una reforma inaplazable», *Actualidad Laboral*, núm. 16 (2005), págs. 1893-1895.

<sup>19</sup> A efectos de realizar el «anuncio» del recurso de suplicación, la LPL afirma lo siguiente: «bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su abogado o representante, al hacerle la notificación de aquella, de su propósito, de entablarlo», teniendo en cuenta que «también podrá anunciarse por comparecencia o por escrito de las partes o de su abogado o representante ante el Juzgado que dictó la resolución impugnada, dentro del indicado plazo» (artículo 192.1).

Los tres motivos clásicos del recurso de suplicación, redactados por la LPL de un modo difícilmente perfectible, aparecen recogidos en su artículo 191, que se refiere a «reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión» [apartado a)], «revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas» [apartado b)]<sup>20</sup>, y «examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia» [apartado c)]. A efectos de esgrimir estos motivos con la mayor eficacia posible, aparte el cumplimiento estricto de lo que dispone el artículo 194.2 de la LPL —relativo a que «en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas»—, sigue resultando útil la clásica tripartición de las viejas leyes procesales, que distinguían entre «violación» (esto es, inaplicación), «interpretación errónea» y «aplicación indebida» de las leyes y jurisprudencia aplicables al caso.

En cuanto al escrito de impugnación del recurso, resulta completamente inútil —e incluso, antipático, desde la perspectiva del tribunal *ad quem*— limitarse a efectuar una loa de la sentencia recurrida. En él, lo que la parte recurrida debe hacer es atacar el recurso interpuesto, especialmente si pretende la revisión de hechos probados omitiendo señalar «los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión de los hechos probados que se aduzca» (artículo 194.3).

En fin, el fallo de la sentencia resolutoria del recurso de suplicación puede decidir lo siguiente: 1) la «revocación» fundada «en haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión», en cuyo caso «la Sala, sin entrar en el fondo de la cuestión, mandará reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción; y si ésta se hubiera producido en el acto del juicio, al momento de su señalamiento» (artículo 200); 2) la «estimación» total o parcial del recurso interpuesto —y consiguientes «revocación» total o parcial de la sentencia recurrida—, en cuyo caso se devuelven al recurrente los depósitos efectuados para recurrir y, también, las consignaciones igualmente realizadas, aunque esto último en su integridad sólo si la estimación hubiese sido total (artículo 201); y 3) la «desestimación» del recurso interpuesto —esto es, «cuando la Sala confirme la sentencia» recurrida—, en cuyo caso el recurrente pierde el depósito y consignaciones efectuados para recurrir (artículo 202).

**§6.** Además del recurso de suplicación, el segundo recurso principal regulado en la LPL (artículos 203 a 215) es el «recurso de casación» ordinaria<sup>21</sup>, en el que sólo están implicados tribunales colegiados laborales (las Salas de lo Social de los TtSsJ o de la AN, cuando actúan en el primer grado de la jurisdicción laboral como tribunales de instancia, a título de órgano *a quo*; y la Sala de lo Social o Sala 4ª del TS, a título

<sup>20</sup> Examinando este precepto, desde una perspectiva constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, véase STC 4/2006, de 16 enero.

<sup>21</sup> El artículo 229.1 de la LPL, cargando el acento más en el «recurso» que en la «casación», se refiere al recurso «de casación tanto *ordinario* como para la unificación de doctrina». En modo alguno compartimos esta calificación, por cuanto el recurso de casación en cuestión es un recurso «extraordinario». Sobre este recurso, véase A. MARTIN VALVERDE, «El recurso de casación común: estudio comparado de su tramitación en el proceso civil y en el proceso laboral», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2001), págs. 435 y ss.

de tribunal *ad quem*), afirmando al respecto la LPL que «la Sala Cuarta del Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación interpuestos contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional» (artículo 203.1). Se trata de un recurso mucho más infrecuente que el recurso de suplicación —y por ello mismo, menos importante—, dado que sólo cabe en materias de Derecho colectivo del Trabajo (conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos o materia sindical), cuando el ámbito territorial de los conflictos en cuestión exceda de la circunscripción de un Juzgado de lo Social<sup>22</sup>. A diferencia del recurso de suplicación, y salvo el anuncio (que aquí se llama «preparación» del recurso)<sup>23</sup>, el resto de sus trámites procesales tiene lugar, en cambio, ante el tribunal *ad quem*, esto es, ante la Sala de lo Social del TS.

Los motivos de este recurso son, en líneas generales, los clásicos de la casación civil, detallando hasta cinco de ellos el artículo 205 de la LPL<sup>24</sup>.

Los trámites principales del mismo subsiguientes a la preparación son el emplazamiento para comparecer ante la Sala de lo Social del TS (artículo 207), la entrega de los autos «al abogado designado por el recurrente o nombrado de oficio para que formalice el recurso» (artículo 210), la admisión a trámite del recurso (artículo 211), la formalización de la impugnación del recurso por el recurrido (artículo 212.1), el informe del Ministerio Fiscal (artículo 212.2) y, por último, el señalamiento por la Sala de lo Social del TS de «día y hora para la celebración de la vista o, en otro caso, para votación y fallo» (artículo 212.3).

Los eventuales contenidos de este último aparecen especificados en los artículos 213 a 215 de la LPL.

**§7.** El tercer recurso principal es el «recurso de casación para la unificación de doctrina», regulado en los artículos 216 a 226 de la LPL, que también resuelve la Sala de lo Social del TS, pero actuando aquí no como tribunal de segundo grado —a diferencia de lo que ocurre en la casación ordinaria—, sino como tribunal del tercer grado de la jurisdicción laboral, pues este recurso sólo procede frente a «las sentencias dictadas en suplicación [y por tanto, en el segundo grado de la jurisdicción laboral] por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia» (artículo 216). Lógicamente, se trata de un recurso mucho más que extraordinario, pues el recurrente tiene que razonar aquí que hay «contradicción» entre la sentencia de suplicación recurrida y la

<sup>22</sup> Cfr. artículos 7.a) y 8 de la LPL. Sobre esto, véase *supra*, Tema 38, §4.

<sup>23</sup> Véase artículo 206.

<sup>24</sup> Véase J.M<sup>a</sup>. GOERLICH PESET, «Los motivos del recurso de casación común», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, cit., págs. 425 y ss.

«doctrina» sentada a propósito de un pleito sustancialmente igual por otra sentencia laboral anterior de igual o superior nivel (de igual nivel, si se tratase de otra sentencia de suplicación, que puede ser incluso de la misma Sala que dictó la sentencia recurrida; de superior nivel, si se tratase de una sentencia de la Sala de lo Social del TS), suplicándose que la Sala de lo Social del TS «unifique» la jurisprudencia contradictoria en cuestión<sup>25</sup>. A este efecto, la parte recurrente ha de aportar aquí copia certificada (también llamada en el lenguaje procesal «copia testimoniada» o «testimonio») de la sentencia de igual o superior rango que invoca para poder recurrir —sentencia popularmente conocida en el foro con el nombre de sentencia «de contraste», y que ha de ser, además, una sentencia firme—, para cuya búsqueda dispone de un plazo de sólo diez días desde la notificación de la sentencia de suplicación que pretende recurrir<sup>26</sup>.

Téngase en cuenta, en efecto, que el recurso «podrá prepararlo cualquiera de las partes ... dentro de los diez siguientes a la notificación de la sentencia impugnada» (artículo 218), y que el escrito de preparación en cuestión —dirigido a la Sala de lo Social del TSJ que dictó la sentencia impugnada, pues recuérdese que en casación «preparación» equivale al «anuncio» de la suplicación— «deberá ir firmado por abogado y expresará el propósito de la parte de formalizar el recurso con exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos» (artículo 219.2), uno de los cuales es justamente la identificación de la sentencia «de contraste».

Luego, en fase ya de «interposición» del recurso —necesariamente ante la Sala de lo Social del TS—, la parte recurrente debe efectuar en el escrito de interposición correspondiente «una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con aportación certificada de la sentencia o sentencias contrarias» (artículo 222)<sup>27</sup>, teniendo en cuenta que sólo cabe aducir una sola sentencia «de contraste» por cada motivo que se invoque en el recurso<sup>28</sup>.

Supuesto que se admita el recurso —aquí, a diferencia de lo que ocurre en la suplicación y en la casación ordinaria, los autos de inadmisión sí resultan frecuentes—,

<sup>25</sup> Cfr. artículos 217 y 222. Véase A. DESDENTADO BONETE, «De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina», en *El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova (Valladolid, 2001), págs. 169 y ss.

<sup>26</sup> Sobre la «identidad» entre las sentencias a contrastar, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, véase STC 15/2006, de 16 enero.

<sup>27</sup> Según este mismo precepto, debe señalarse igualmente «la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada, así como del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia». Sobre la distinción entre cumplimiento y expresión formal de la contradicción, véase M.L. MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisdicción social*, Lex Nova (Valladolid, 1997), págs. 101 y ss.

<sup>28</sup> A propósito de las sentencias «de contraste», como ha puesto de relieve la mejor doctrina científica, por la Sala de lo Social del TS «se comenzó “desaconsejando”, y se concluyó prohibiendo la alegación de múltiples sentencias contradictorias; y, firme ya la jurisprudencia según la cual “una sola sentencia ...[produce la]... contradicción”, se sigue de ella que se debe invocar sólo una, y que si se invocan varias, la Sala puede requerir, y normalmente requiere, que se seleccione una; eligiendo la Sala, si se incumple el requerimiento, la más moderna de las invocadas; elección que también puede y debe hacer si, cumplido el requerimiento, el recurrente por error o inadvertencia ha elegido una sentencia inadecuada» (cfr. M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG y R.M. ALONSO GARCIA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 13ª ed., cit., pág. 407).

cabe que la Sala de lo Social del TS<sup>29</sup>: 1) desestime el recurso interpuesto «por considerar que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada» (artículo 226.3); 2) estime el recurso, declarando que «la recurrida quebranta la unidad de doctrina», en cuyo caso «casará y anulará esta sentencia» (artículo 226.2); y 3) estime el recurso, pero considerando que ni la sentencia recurrida ni la «de contraste» contienen la doctrina correcta, en cuyo caso fijará la nueva que estime pertinente<sup>30</sup>. En cualquier caso, al igual que ocurría con el viejo recurso de casación en interés de la ley —suprimido tras la desaparición del TCT, y de algún modo precedente inmediato del de casación para la unificación de doctrina<sup>31</sup>—, «los pronunciamientos de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo al resolver estos recursos, en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada» (artículo 226.1).

---

<sup>29</sup> A veces con polémica, como demuestra A. OJEDA AVILES, «El voto particular masivo en las sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo», en *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2003), págs. 589 y ss.

<sup>30</sup> Al respecto, con cita de reiterada jurisprudencia laboral unificada —e incluso, del TC—, véase M.C. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, *El Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina: revisión crítica*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1999), pág. 128.

<sup>31</sup> Quizá por ello, la LPL se cree obligada a afirmar, aunque resulte clamorosamente innecesario, que «el recurso en interés de la Ley, regulado en la de Enjuiciamiento Civil, no será de aplicación en el proceso laboral» (disposición adicional primera.2). Sobre el recurso laboral de casación en interés de la Ley, véase *supra*, Tema 6, §5.



---

**TEMA 43**  
**LAS EJECUCIONES**

---

**Xosé Manuel Carril Vázquez**

**Sumario:** §1. Concepto y clases. §2. La ejecución definitiva de sentencias. §3. La ejecución provisional de sentencias.

§1. La potestad jurisdiccional no sólo implica la actividad de juzgar en la instancia o en vía de recurso, sino que también comprende —de conformidad con lo establecido en los artículos 117.3 de la CE y 2.1 de la LOPJ— la actividad de hacer ejecutar lo juzgado<sup>1</sup>, esto es, obligar a cumplir lo ya juzgado. En el ámbito de lo laboral, esta concreta faceta de la potestad jurisdiccional aparece regulada en el Libro IV de la LPL, artículos 235 a 303, bajo el rotulo genérico «De la ejecución de sentencias». En este conjunto de 69 artículos, se contemplan dos tipos distintos de ejecución de sentencias, que son la ejecución definitiva y la ejecución provisional<sup>2</sup>.

Según el TC, la ejecución de sentencias «forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad ninguna», lográndose así «dar efectividad al establecimiento del estado social y democrático que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del art. 117.3 CE»<sup>3</sup>.

El Libro IV de la vigente LPL trae causa, en lo esencial, del Libro IV de la LPL-1990, tal y como fue publicado —vía corrección de supuestos «errores sustanciales»— por

---

<sup>1</sup> Según dichos preceptos, respectivamente, «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, *juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan»; y «el ejercicio de la potestad jurisdiccional, *juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes y en los Tratados internacionales».

<sup>2</sup> Véase M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG y R.M. ALONSO GARCIA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 13ª ed., Civitas (Madrid, 2004), págs. 427 y ss.

<sup>3</sup> Por todas, véase STC 110/1999, de 14 junio.

Resolución del Ministerio de Justicia sin fecha (BOE de 23 mayo 1990). No tratándose de ninguna corrección ordenada por acuerdo del Consejo de Ministros, el texto en cuestión de 1990 acabó siendo declarado nulo, a instancia de la CEOE, por una STS (Sala 3ª) de 3 octubre 1997 (Ar. 7704). Pero la publicación del texto vigente por medio del correspondiente Real Decreto Legislativo convalidó, como es lógico, dicho vicio formal.

La LPL afirma innecesariamente, a propósito de la ejecución definitiva, que «las sentencias firmes se llevarán a efecto en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de sentencias, con las especialidades previstas en esta Ley» (artículo 235.1); y a propósito de la ejecución provisional, que «las sentencias favorables al trabajador o beneficiario que no puedan ser ejecutadas provisionalmente conforme a esta Ley podrán serlo en la forma y condiciones establecidas en la legislación procesal civil» (artículo 303).

**§2.** El Título I del citado Libro IV de la LPL, artículos 235 a 286, regula el tema «De la ejecución definitiva». Se trata de la actividad jurisdiccional consistente en hacer cumplir lo fallado en una sentencia laboral «firme» o «sentencia ejecutoria»<sup>4</sup>, esto es, en una sentencia laboral que posee plena eficacia de cosa juzgada formal y contra la que, por tanto, no cabe recurso alguno<sup>5</sup>. Como toda actividad jurisdiccional, se formaliza dictándose las oportunas resoluciones judiciales —especialmente autos—, con exclusión de la sentencia, que en modo alguno cabe dictar aquí.

La LPL menciona genéricamente «los [autos] que en ejecución de sentencia dicten los Juzgados de lo Social» (artículo 189.2) y, también, «los [autos] que en ejecución de sentencia dicten... [las] Salas [de lo Social de los TtSsJ o de la AN]» (artículo 204.2º). Más claro resulta el artículo 302 de la propia LPL, según el cual «frente a las resoluciones dictadas en ejecución provisional sólo procederán, en su caso los recursos de reposición o súplica», supuesto que estos recursos sólo caben contra providencias y autos<sup>6</sup>.

Sintomáticamente, el Libro IV de la LPL alude explícitamente en bastantes ocasiones a la figura del Secretario judicial<sup>7</sup>.

Sobre la base de que «la ejecución se llevará a efecto en los propios términos establecidos en la sentencia» (artículo 239.1 de la LPL), el fallo de una sentencia laboral firme debe ejecutarse en sus propios términos, aunque éstos resulten ilegales o erróneos. Al respecto, la jurisprudencia laboral afirma lo siguiente: «este ineludible mandato de ejecutar y cumplir las sentencias firmes en los propios términos de las mismas, incluye y comprende también, sin duda alguna, a aquellas sentencias que contengan disposiciones manifiestamente erróneas o contrarias a la Ley, ya que la rectificación o revocación de estas decisiones equivocadas o ilegales se tiene que llevar a cabo por el cauce de la interposición de los pertinentes recursos que contra tales sentencias se puedan entablar,

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, artículo 189.2 de la LPL.

<sup>5</sup> Véase artículo 207 de la LEC.

<sup>6</sup> Véase artículos 184 y 185 de la LPL. También, *supra*, Tema 42, §2. Además, L. DANS ALVAREZ DE SOTOMAYOR, «La interposición de los recursos de suplicación o casación con ocasión de la ejecución de sentencias laborales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 6 (2002), págs. 99 y ss.

<sup>7</sup> Véanse, por ejemplo, artículos 260, 265.2, 267.1, 269.3 y 291.1.

pero si la parte perjudicada por esas decisiones las acepta y acata, aquietándose a ellas al no formular recurso alguno contra la sentencia, y ésta adquiera firmeza legal, no puede luego dicha parte pretender que en la ejecución de esa sentencia se rectifiquen los errores o disposiciones contrarias a la Ley que se han aludido, ni que esta ejecución se lleve a efecto como si las decisiones de la sentencia, que se pretende cumplir, fuesen correctas, ya que esto implicaría ir contra lo ejecutoriado»<sup>8</sup>.

Aunque la LPL hable de ejecución definitiva de «sentencia» laboral firme, hay que tener en cuenta que la sentencia firme no es el único título posible para iniciar el trámite de ejecución, puesto que la LPL menciona al menos otros tres, a saber: 1) el acuerdo obtenido en la conciliación preprocesal administrativa ante el SMAC, dado que dicho acuerdo «tendrá fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes sin necesidad de ratificación ante el Juez o Tribunal, pudiendo llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias» (artículo 68)<sup>9</sup>; 2) el acuerdo obtenido en la conciliación judicial, pues de nuevo éste «se llevará a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias» (artículo 84.4)<sup>10</sup>; y 3) el laudo arbitral firme dictado al amparo de los acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico o estatal (como el ASEC-III para la solución extrajudicial de los conflictos de trabajo, dado que estos laudos firmes «a todos los efectos del Libro IV de la presente Ley se entenderán equiparados a las sentencias firmes» (disposición adicional séptima)<sup>11</sup>.

Según la jurisprudencia laboral, el título ejecutivo es siempre «lo acordado en conciliación», esto es, el compromiso «contenido en el acta», pero no la resolución judicial verbal, igualmente reflejada en el acta que lo aprueba<sup>12</sup>.

Por excepción, cabe también que un «auto» posea el carácter de título ejecutivo. Se trata, por ejemplo, del caso regulado por el artículo 291.1 de la LPL, según el cual «si se incumple la obligación de reintegro, será título bastante para iniciar la ejecución destinada a hacerla efectiva la resolución firme [evidentemente, un auto] en que se acordaba la ejecución provisional junto con la certificación, librada por el Secretario del Juzgado o por el organismo gestor, en la que se determinarán las cantidades abonadas»<sup>13</sup>.

Sobre esta base, la LPL afirma que el órgano judicial encargado de la ejecución definitiva, al que también llama «órgano ejecutor»<sup>14</sup>, es aquel

<sup>8</sup> Véase, por todas, STS de 13 febrero 1990 (Ar. 3081).

<sup>9</sup> Véase *supra*, Tema 39, §2.

<sup>10</sup> Véase *supra*, Tema 39, §4.

<sup>11</sup> Véase *supra*, Tema 33, §4.

<sup>12</sup> Véase, por todas, STS de 7 octubre 1992 (Ar. 7618).

<sup>13</sup> Según el apartado 2 de este mismo precepto, «cuando la realización forzosa inmediata de la cantidad adeudada pudiera causar perjuicio grave al trabajador, el Juez podrá conceder aplazamiento hasta por un año de la obligación de pago, adoptando las medidas de aseguramiento oportunas para garantizar la efectividad de la ejecución».

<sup>14</sup> Véase su artículo 244.2.

que «hubiere conocido del asunto en instancia» (artículo 235.2, inciso primero). Por eso mismo, la regla general es que dicho órgano sea un Juzgado de lo Social, puesto que las sentencias que dictan las Salas de lo Social de los TtSsJ o de la AN, cuando actúen como tribunales de instancia, suelen ser sentencias meramente declarativas, que en modo alguno constituyen títulos que lleven aparejada ejecución —aunque se trate de sentencias declarativas firmes—, dado que sólo cabe instar la ejecución de sentencias de condena. En caso de que el título ejecutivo no sea judicial —recuérdese, los acuerdos obtenidos en conciliación preprocesal o judicial y los laudos—, también será órgano ejecutor «competente el juzgado [de lo Social] en cuya circunscripción se hubiere constituido» (artículo 235.2, inciso segundo).

Es jurisprudencia laboral tradicional e incontrovertida que las sentencias declarativas, tanto resolutorias de conflictos individuales como de conflictos colectivos jurídicos (y lo mismo cabe afirmar de las sentencias «constitutivas»), no generan ningún tipo de acción ejecutiva<sup>15</sup>. Si excepcionalmente se hubiesen ejercitado por la vía del proceso laboral especial de conflictos colectivos acciones de condena —cosa que la jurisprudencia constitucional permite—, cabría entonces la ejecución de la correspondiente sentencia colectiva de condena<sup>16</sup>. Lo confirma, en congruencia con dicha jurisprudencia constitucional, el artículo 301 de la LPL, según el cual «las sentencias que recaigan en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de los Convenios Colectivos y en los de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales, serán ejecutivas desde que se dicten, según la naturaleza de la pretensión reconocida, no obstante, el recurso que contra ellas pudiera interponerse».

Según la jurisprudencia laboral, «los términos en que se encuentra redactado el art. 92 de la LO 2/1979, indican la potestad que asiste al Tribunal Constitucional para señalar el órgano competente para ejecutar lo resuelto por aquél, lo que implica que la ausencia de una indicación expresa al respecto hace necesario aplicar, ante la necesidad de ejecutar lo juzgado, la norma general vigente en el orden social de la jurisdicción en cuyo ámbito surgió el recurso de amparo..., esto es, el órgano judicial que conoció el asunto en la instancia»<sup>17</sup>.

Téngase en cuenta que la LPL afirma que «donde hubiere varios Juzgados de lo Social podrá establecerse, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que el conocimiento de las ejecuciones se asuma en exclusiva por determinados Juzgados de la misma circunscripción, con exclusión total o parcial del reparto de otros asuntos» (artículo 235.4)<sup>18</sup>.

Siempre según la LPL, salvo en el caso de sentencias firmes de condena dictadas en los procesos laborales especiales de oficio<sup>19</sup>, la ejecución

<sup>15</sup> Véase J.M. BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 202 y 203.

<sup>16</sup> Al respecto, véase una STS de 28 mayo 2002 (Ar. 6816).

<sup>17</sup> Véase STSJ País Vasco de 16 enero 1992 (Ar. 173).

<sup>18</sup> Sobre acumulación de ejecuciones, en principio regulada en los artículos 36 a 41 de la LPL, véase E. GONZÁLEZ PILLADO, *La acumulación de ejecuciones en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1998), págs. 53 y ss.

<sup>19</sup> Véanse sus artículos 148.2.d) y 237.1.

«se iniciará a instancia de parte» (artículo 237.1). La parte en cuestión o «ejecutante» es, lógicamente, el sujeto beneficiado por el título ejecutivo incumplido. A este efecto, «el plazo para instar la ejecución será igual al fijado en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho cuya ejecución se pretenda» (artículo 241.1, inciso primero), aunque teniendo en cuenta que si esas leyes sustantivas fijasen plazos de caducidad, el «plazo [para instar la ejecución] será de prescripción a todos los efectos» (artículo 241.1, inciso segundo).

Estos preceptos, provenientes de nuestra LPL-1990, traen causa de la doctrina sentada por una importante STS de 12 diciembre 1986 (Ar. 7352), fallada en interés de la ley, desautorizando la jurisprudencia previa a ella del TCT, relativa a que el plazo para el ejercicio de la acción ejecutiva en lo laboral —dado el silencio sobre el tema de nuestra quinta LPL de 1980— era el de quince años del artículo 1964 del Código Civil<sup>20</sup>.

Según la jurisprudencia laboral, el fallo de una sentencia laboral firme imponiendo la multa por temeridad o mala fe procesales del artículo 97.3 de la LPL se ejecuta de oficio y a coste de aquél a quien se impone<sup>21</sup>.

Con carácter general, el artículo 239.2 de la LPL afirma que la solicitud de ejecución temporáneamente instada da lugar a un *requerimiento judicial al «ejecutado»*, al efecto de que cumpla las concretas obligaciones de dar, hacer o no hacer impuestas por el título ejecutivo de que se trate. Si el requerido no cumpliera este requerimiento «en el plazo concedido» para hacerlo, entonces el órgano jurisdiccional ejecutor «podrá, tras audiencia de las partes, imponer apremios pecuniarios» —aunque estos apremios no quepan en la ejecución de sentencias de despido<sup>22</sup> ni, tampoco, en las ejecuciones frente a entes públicos<sup>23</sup>—, para cuya fijación «se tendrá en cuenta su finalidad, la resistencia al cumplimiento y la capacidad económica del requerido». Con independencia de todo esto, el incumplimiento del requerimiento en cuestión por parte del «ejecutado» permite iniciar el proceso ejecutivo propiamente dicho, que tiene tres modalidades principales cuando se refiere a la ejecución definitiva.

<sup>20</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «Prescripción y caducidad de acciones (En torno al artículo 59)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), págs. 1206 y 1207.

<sup>21</sup> Véase J. MARTINEZ GIRON, «La temeridad al litigar en la nueva Ley de Procedimiento Laboral», *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 1 (1991), pág. 406.

<sup>22</sup> Aunque hoy ya no resulte evidente, téngase en cuenta que la Ley 11/1994, de 19 mayo, derogó expresamente el artículo 282 de nuestra sexta LPL de 1990, relativo a dichos apremios en ejecución de sentencias firmes de despido. En la actualidad, se trata de un tema doctrinalmente controvertido, como demuestra M. C. ORTIZ LALLANA, «La ejecución definitiva de las obligaciones de hacer y no hacer», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, Aranzadi (Elcano-Navarra, 2001), págs. 658 y ss.

<sup>23</sup> Véase artículo 285.2.d) de la LPL.

En los procesos ejecutivos, las partes principales son el «ejecutante» o acreedor y el «ejecutado» o deudor (o sus respectivos causahabientes), aunque también quepa la existencia de partes secundarias o accesorias, por ejemplo, a título de «intervinientes». Lo confirma la LPL, al señalar que «quienes, sin figurar como *acreedores o deudores* en el título ejecutivo o sin haber sido declarados sucesores de unos u otros, aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo, tendrán derecho a *intervenir* en condiciones de igualdad *con las partes* en los actos que les afecten» (artículo 238).

Según la LPL, el FOGASA puede ser parte principal en procesos ejecutivos, por subrogación de los trabajadores, si el pago de sus prestaciones a éstos «se hubiere producido con anterioridad al inicio de la ejecución» (artículo 24.1). Pero también puede ser parte secundaria, a título de «interviniente», en procesos ejecutivos instados por los trabajadores contra el empresario, en cuyo caso «previamente a la declaración de insolvencia, si el Fondo de Garantía Salarial no hubiere sido llamado con anterioridad, se le dará audiencia, por un plazo máximo de quince días, para que pueda instar la práctica de las diligencias que a su derecho convenga y designe los bienes del deudor principal que le consten» (artículo 274.1).

Sobre la base que la LPL prevé genéricamente el planteamiento de «cuestiones incidentales» en ejecución (artículo 236), incidentes típicos son la tercería de dominio y la tercería de mejor derecho. Acerca de la primera, la LPL afirma que «el tercero que invoque el dominio sobre los bienes embargados, adquirido con anterioridad a su traba, podrá pedir el levantamiento del embargo ante el órgano del orden jurisdiccional social que conozca la ejecución, que a los meros efectos prejudiciales resolverá sobre el derecho alegado, alzando en su caso el embargo» (artículo 258.1)<sup>24</sup>. En cuanto a la segunda, se indica que «las tercerías fundadas en el derecho del tercero, sea o no acreedor laboral del ejecutado, a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante, deberán deducirse ante el órgano judicial del orden social que esté conociendo de la ejecución, sustanciándose por el trámite incidental regulado en esta Ley» (artículo 273.1)<sup>25</sup>.

En primer lugar, la modalidad relativa a «la ejecución dineraria», regulada en los artículos 246 a 275. Su finalidad es la de hacer cumplir condenas firmes consistentes en el pago de una cantidad líquida<sup>26</sup>. Sus trámites principales, regulados con una prolijidad infinita en la LPL, son tres: 1) «el embargo» de los bienes del ejecutado (artículos 252 a 258); 2) la «realización de los bienes embargados» (artículos 259 a 265), por ejemplo, a través de su venta en pública subasta; y 3) el «pago a los acreedores» ejecutantes (artículos 266 a 273).

Téngase en cuenta, según la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, que «declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares... contra el patrimonio del deudor», aunque «podrán continuarse... las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado

<sup>24</sup> «Admitida la solicitud, se seguirá el trámite incidental regulado en esta Ley» (artículo 258.3, inciso primero). Sobre el tema, véase A. BLASCO PELLICER, «Tercería de dominio», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPETE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, cit., págs. 625 y ss.

<sup>25</sup> Sobre el tema, véase B. RIOS SALMERON, «La tercería de mejor derecho», *ibidem*, págs. 633 y ss.

<sup>26</sup> Recuérdese lo dispuesto en el artículo 99 de la LPL (véase *supra*, Tema 39, §6).

bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad... empresarial del deudor» (artículo 55.1).

De ahí que esta Ley 22/2003 haya confirmado la vigencia de los artículos 274 y 275 de la LPL, sobre «insolvencia empresarial», al tratarse de una situación previa siempre a la declaración de concurso<sup>27</sup>.

En segundo lugar, la modalidad relativa a «la ejecución de sentencias firmes de despido», regulada en los artículos 276 a 284 de la LPL<sup>28</sup>. Se utiliza, de un lado, si el despido hubiese sido declarado improcedente y el empresario hubiese optado por la readmisión sin cumplir con ella, en cuyo caso el Juez de lo Social «declarará extinguida la relación laboral», «acordará se abone al trabajador la indemnización» por despido improcedente y, por último, «en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados..., podrá fijar una indemnización adicional de hasta de quince días de salario por año de servicio [o la parte proporcional correspondiente] y un máximo de doce mensualidades» (artículo 279.2). Pero también se utiliza, de otro lado, si el despido hubiese sido declarado nulo y el empresario se negase a readmitir al trabajador, en cuyo caso el Juez de lo Social acordará que «el trabajador continúe percibiendo su salario» —despachando a tal fin «ejecución, en tantas ocasiones como fuese necesario, por una cantidad equivalente a seis meses de salario»— y, además, que «el trabajador continúe en alta y con cotización en la Seguridad Social»; todo ello, hasta que se produzca «la readmisión en forma regular» (artículo 282).

La legalidad de la citada «indemnización adicional» fue expresamente confirmada por una STS (Sala 3ª) de 3 octubre 1997 (Ar. 7704), pues el precepto en cuestión —novedad en su día de nuestra LPL-1990— «está... regulando las consecuencias de un incidente que pueda surgir en el trámite de ejecución por lo que no cabe duda se está moviendo en el ámbito de la habilitación legislativa que alcanza a la ejecución y sus modalidades en materia de despido».

Si el trabajador ejecutante fuese representante legal o unitario de los trabajadores, o delegado sindical, entonces el Juez de lo Social también acordará que «continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo, advirtiendo al empresario que, de impedir u oponer algún obstáculo a dicho ejercicio, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de sancionar su conducta» [artículo 282.c)].

Además, «cuando recaiga resolución firme en que se declare la extinción del contrato de trabajo, si el trabajador ocupare vivienda por razón del mismo deberá abandonarla en el plazo

<sup>27</sup> La Ley 22/2003 únicamente añade al artículo 274 de la LPL un nuevo apartado 5, según el cual «la declaración de insolvencia del ejecutado se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil».

<sup>28</sup> Véase M.C. ORTIZ LALLANA, *La ejecución de sentencias de despido*, ACARL (Madrid, 1995), págs. 69 y ss.

de un mes» (artículo 283.1, inciso primero)<sup>29</sup>, de manera que una vez transcurrido el plazo en cuestión, «el empresario podrá solicitar del Juzgado la ejecución mediante el oportuno lanzamiento, que se practicará seguidamente observando las normas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil» (artículo 283.2)<sup>30</sup>.

Y en tercer lugar, la modalidad relativa a «la ejecución de sentencias firmes frente a Entes públicos», regulada en los artículos 285 a 286 de la LPL, respecto de la que normalmente debe resultar suficiente la fijación por el órgano jurisdiccional ejecutor del «órgano administrativo y funcionarios que han de responsabilizarse de realizar las actuaciones» y del «plazo máximo para su cumplimiento» (artículo 285.2).

Evidentemente, esta peculiar regulación —sobre la base de ser el embargo la pieza clave de la ejecución dineraria— está muy condicionada por el dato de la radical inembargabilidad de los bienes y derechos de dominio público<sup>31</sup>, a que se refiere hoy el artículo 6 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas.

El artículo 286 regula, en realidad, un trámite previo a los procesos ejecutivos contra el empresario condenado por sentencia firme como responsable directo del pago de prestaciones periódicas de la Seguridad Social, consistente en la fijación por la TGSS del importe del capital-coste a ingresar por dicho empresario condenado.

**§3.** Frente a la ejecución definitiva, la «ejecución provisional» se orienta a instar el cumplimiento de lo fallado en sentencias laborales de condena que no son firmes todavía, por haberse interpuesto recurso contra ellas. Aparece regulada en el título II del Libro IV de la LPL, artículos 287 a 303<sup>32</sup>. Estos diecisiete preceptos, con los que concluye el articulado de la LPL, se refieren, en realidad, a tres modalidades distintas de ejecución provisional.

Aunque la sentencia de condena no sea firme por estar todavía pendiente de recurso, el artículo 240 de la LPL regula un verdadero supuesto de ejecución definitiva, al indicar que «podrá ejecutarse parcialmente la sentencia, aunque se hubiere interpuesto recurso contra ella, respecto de los pronunciamientos de la misma que no hubieren sido impugnados».

De las «normas comunes a la ejecución provisional», contenidas en los artículos 302 y 303, ya se ha hablado, a propósito de la supletoriedad en esta materia de la LEC<sup>33</sup> y, también, del tipo de resoluciones judiciales dictadas en ejecución de sentencia<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Aunque «el órgano judicial, si existe motivo fundado, podrá prorrogar dicho plazo por dos meses más» (artículo 283.1, inciso segundo).

<sup>30</sup> Véase J. GARATE CASTRO, «La ejecución no dineraria», en B. RIOS SALMERON y A.V. SEMPERE NAVARRO (Coordinadores), *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, cit., págs. 641 y ss.

<sup>31</sup> Véase M. LOPEZ BALAGUER, *La ejecución de sentencias frente a entes públicos en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 23 y ss.

<sup>32</sup> Véase A. BLASCO PELLICER, *Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), págs. 11 y ss.

<sup>33</sup> Véase *supra*, §1.

<sup>34</sup> Véase *supra*, §2.



En primer lugar, la modalidad relativa a la ejecución provisional «de las sentencias condenatorias al pago de cantidades», regulada en los artículos 287 a 291 de la LPL. Desde siempre se conoce también con el nombre de solicitud de «anticipos reintegrables». Se denominan así, por causa de que el trabajador —aunque la sentencia no sea firme— puede solicitar un anticipo de hasta el 50 por 100 del importe de la condena de darle cantidad líquida reconocida en la misma, teniendo en cuenta que si luego perdiese el pleito en vía de recurso, entonces el trabajador «solicitante asumirá, solidariamente con el Estado, la obligación de reintegro, cuando proceda, de las cantidades percibidas»<sup>35</sup>.

Una Ley de 10 noviembre 1942, desarrollada por una OM de 30 diciembre 1942, creó este peculiar sistema de ejecución provisional<sup>36</sup>. Téngase en cuenta que la cantidad provisionalmente anticipada «no podrá exceder anualmente del doble del salario mínimo interprofesional fijado para trabajadores mayores de dieciocho años, incluida la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias, vigente durante su devengo»<sup>37</sup>.

En segundo lugar, la modalidad relativa a la ejecución provisional «de las sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social», regulada en los artículos 292 a 294. Por esta vía, el beneficiario puede conseguir, frente a la Administración de la Seguridad Social provisionalmente condenada, el pago de prestaciones en dinero (ya se trate de pensiones, subsidios o indemnizaciones a tanto alzado) o el cumplimiento de condenas «de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social». Aquí lo importante es que «si la sentencia favorable al beneficiario [otorgándole prestaciones de pago periódico] fuere revocada, en todo o en parte, no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el período de ejecución provisional» (artículo 292.2).

Esta regla no se aplica, en cambio, a las prestaciones de pago único, pues en este caso el artículo 293 de la LPL remite —con errata clamorosa— a «los términos establecidos en la sección anterior», que no existe (lo que existe es el capítulo anterior, sobre «anticipos reintegrables»).

La LGSS menciona en su articulado diversas obligaciones de hacer en materia de Seguridad Social, como por ejemplo «la sustitución del incremento [de pensión correspondiente al gran inválido] por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del Sistema de la Seguridad Social»<sup>38</sup> o la cotización de oficio por el desempleado receptor de prestaciones o subsidios por desempleo<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Véase artículo 287.1.

<sup>36</sup> La disposición adicional novena del ET declara que «los anticipos reintegrables sobre sentencias recurridas, establecidos en la Ley de 10 de noviembre de 1942, podrán alcanzar hasta el 50 por 100 del importe de la cantidad reconocida en la sentencia a favor del trabajador».

<sup>37</sup> Artículo 287.3.

<sup>38</sup> Artículo 139.4, párrafo 2º.

<sup>39</sup> Artículo 206.

Y en tercer lugar, la modalidad relativa a la ejecución provisional «de las sentencias de despido», regulada en los artículos 295 a 301<sup>40</sup>. Aquí, de un lado, el ejecutante provisional puede ser el trabajador, cuando —resultando procedente la readmisión y, por tanto, el abono de la retribución— el empresario (que puede excusar al trabajador de trabajar) se negase a abonarle sus salarios durante la tramitación del recurso<sup>41</sup>, teniendo en cuenta que «si la sentencia favorable al trabajador fuere revocada en todo o en parte, éste no vendrá obligado al reintegro de los salarios percibidos durante el período de ejecución provisional»<sup>42</sup>. Pero, de otro lado, el ejecutante provisional puede serlo también el empresario —en la misma hipótesis de que lo provisionalmente procedente fuese la readmisión—, al efecto de que el trabajador «reanude la prestación de servicios»<sup>43</sup>, teniendo en cuenta que «el incumplimiento injustificado por parte del trabajador del requerimiento empresarial de reanudación de la prestación de servicios acarreará la pérdida definitiva de los salarios» correspondientes al tiempo de tramitación del recurso interpuesto<sup>44</sup>.

El artículo 295.4 aclara que «en los supuestos a que refieren los apartados anteriores se suspenderá el derecho a la prestación por desempleo en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social».

Según la LPL, «cuando la opción del empresario hubiera sido por la indemnización, tanto en el supuesto de que el recurso fuese interpuesto por éste como por el trabajador, no procederá la ejecución provisional de la sentencia, si bien durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario» [artículo 111.1.b), inciso primero]<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Véase S. PLAZA GOLVANO, *La ejecución provisional de sentencia en los procesos laborales por despido*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2003), págs. 80 y ss.

<sup>41</sup> Véase artículo 296 («...se presentase petición del trabajador, por escrito o por comparecencia, con el fin de exigir del empresario el cumplimiento...»), que remite al supuesto de hecho base descrito por el artículo 295.1, párrafo 1º, en los siguientes términos: «cuando en los procesos donde se ejerciten acciones derivadas de despido o de decisión extintiva de la relación de trabajo la sentencia declare su improcedencia y el empresario que hubiera optado por la readmisión interpusiera alguno de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna».

<sup>42</sup> Artículo 298.

<sup>43</sup> Artículo 296.

<sup>44</sup> Artículo 297.

<sup>45</sup> El artículo 208.3 de la LGSS matiza esta afirmación, condicionando el derecho a percibir las prestaciones por desempleo, «siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el presente Título..., en función de los periodos de ocupación cotizada acreditados».

INDICE ONOMASTICO <sup>1</sup>

- AGRA VIFORCOS, B.:** 20-4; 28-1.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.:** 25-2; 26-1; 26-5; 34-3.
- AGUINAGA TELLERIA, A.:** 1-3.
- AGUT GARCIA, C.:** 26-2; 27-4; 31-2.
- ALARCON CARACUEL, M.R.:** 1-3; 4-3; 7-2; 7-4; 7-6.
- ALBIOL MONTESINOS, I.:** 4-3; 16-5; 26-1; 28-1.
- ALEMAN PAEZ, F.A.:** 14-2; 30-2.
- ALEMAÑ CANO, J.:** 41-3.
- ALFONSO MELLADO, C.L.:** 15-1.
- ALMENDROS MORCILLO, F.:** 23-1.
- ALONSO GARCIA, B.:** 11-4.
- ALONSO GARCIA, M.:** 1-3.
- ALONSO GARCIA, R.M<sup>a</sup>.:** 38-1; 39-2; 40-1; 40-7; 41-4; 42-1; 42-4; 42-7; 43-1.
- ALONSO OLEA, M.:** 1-3; 1-4; 2-1; 2-2; 2-3; 2-7; 2-8; 2-9; 4-3; 4-4; 5-3; 5-4; 6-1; 6-2; 6-3; 7-3; 7-7; 8-5; 9-2; 10-2; 11-1; 12-1; 12-2; 12-3; 13-4; 13-5; 14-1; 15-6; 16-3; 16-4; 16-5; 18-5; 20-2; 24-7; 25-2; 27-7;
- 28-2; 29-7; 32-1; 32-5; 36-3; 38-1; 39-2; 40-1; 41-2; 41-4; 41-6; 42-1; 42-7; 43-1.
- ALONSO MORAN, S.:** 12-5.
- ALTES TARREGA, J.A.:** 29-7.
- ALVAREZ, J.M.:** 1-2.
- ALVAREZ ALONSO, D.:** 19-4.
- ALVAREZ CUESTA, H.:** 28-1; 34-3.
- ALVAREZ DE LA ROSA, M.:** 11-4.
- ALVAREZ MONTERO, A.:** 17-3.
- ALZAGA RUIZ, I.:** 11-4; 16-3.
- APARICIO TOVAR, J.:** 17-1.
- ARETA MARTINEZ, M.:** 11-4.
- ARGUELLES BLANCO, A.R.:** 22-4.
- ARIAS DOMINGUEZ, A.:** 40-6; 41-6.
- ARUFE VARELA, A.:** 7-7; 10-4; 11-4; 11-5; 13-4; 13-5; 15-7; 16-5; 19-3; 21-4; 22-2; 23-2; 24-3; 24-7; 25-3; 26-5; 27-4; 28-3; 28-5; 29-2; 29-3; 29-5; 30-1; 30-2; 30-3; 30-4; 30-5; 30-6; 30-7; 31-3; 31-4; 31-6; 32-4; 35-2; 40-4; 40-5; 42-5.
- AUNOS PEREZ, E.:** 1-2.

<sup>1</sup> El primer número remite al Tema y el segundo número al epígrafe dentro de dicho Tema, de manera que 3-3 significa Tema 3, §3.

- BADIOLA SANCHEZ, A.M.:** 25-4.
- BALLESTER PASTOR, M.A.:** 33-2.
- BALLESTER PASTOR, I.:** 13-4.
- BARREIRO GONZALEZ, G.:** 2-4;  
5-4; 10-3; 13-4; 14-3; 26-5.
- BARRIOS BAUDOR, G.L.:** 22-5;  
39-6.
- BAYLOS GRAU, A.:** 8-5; 27-7;  
32-1; 32-4; 32-6.
- BAYON CHACON, G.:** 1-3; 1-5;  
4-3; 5-3.
- BEJARANO HERNANDEZ, A.:**  
21-5.
- BERNALDO DE QUIROS, C.:** 1-2.
- BLASCO LAHOZ, J.:** 17-2.
- BLASCO PELLICER, A.:** 4-6, 11-4;  
29-7; 35-7; 36-2; 40-5; 41-6;  
43-2; 43-3.
- BORRAJO DACRUZ, E.:** 1-3; 1-5;  
4-2; 5-5; 8-2; 8-4; 10-1; 11-4;  
12-5; 14-2; 15-7; 16-5; 17-1;  
17-4; 22-2; 24-3; 24-7; 25-5;  
28-2; 28-3; 28-4; 29-1; 29-3;  
29-5; 31-1; 31-2; 31-3; 33-5;  
36-2; 38-1.
- BORREGO, A.:** 1-5.
- BOTANA LOPEZ, J.M<sup>a</sup>.:** 13-4;  
19-2; 37-1; 37-2; 40-3; 40-5;  
40-6; 41-5; 43-2.
- BOZA PRO, G.:** 26-4.
- BRANDARIZ GARCIA, J.A.:** 4-2.
- BRIONES GONZALEZ, C.:** 24-4.
- BRY, G.:** 1-1.
- CABERO MORAN, E.:** 27-4.
- CABEZA PEREIRO, J.:** 3-7; 13-5;  
17-1; 20-1; 24-3; 27-7; 29-2;  
29-4; 37-3; 42-2.
- CABRERA BAZAN, J.:** 1-3.
- CABREROS DE ANTA, M.:** 12-5.
- CALLEJO DE LA CUESTA, P.:**  
1-2.
- CAMARA BOTIA, A.:** 4-6; 11-5.
- CAMPOMANES, CONDE DE:** 1-5.
- CAMPS RUIZ, L.M.:** 9-5; 10-1.
- CARDENAL CARRO, M.:** 11-4;  
41-6; 42-3.
- CARNELUTTI, F.:** 2-6.
- CARRERAS Y GONZALEZ, M.:**  
1-5.
- CARRERO DOMINGUEZ, C.:**  
17-4.
- CARRIL VAZQUEZ, X.M.:** 5-5;  
7-4; 8-4; 8-5; 11-1; 11-4; 11-5;  
16-2; 19-3; 21-5; 23-3; 24-3;  
24-4; 24-7; 25-4; 26-1; 27-3;  
27-5; 27-7; 32-4; 34-3; 35-3;  
38-2; 39-6; 40-6; 41-6.
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E.:** 1-4;  
2-1; 2-3; 2-7; 3-1; 6-2; 6-3; 7-2;  
9-2; 10-2; 12-1; 12-3; 13-5; 14-1;  
15-6; 16-3; 16-4; 20-2; 21-4;  
26-1; 29-5; 32-4; 32-5; 36-3.
- CASTAN TOBEÑAS, J.:** 1-2; 1-3.
- CASTRO ARGUELLES, M<sup>a</sup>.A.:**  
18-4.
- CASTRO Y BRAVO, F.:** 2-1.
- CAVAS MARTINEZ, F.:** 4-5; 11-5;  
35-3; 35-4; 38-2; 41-6; 42-5.

- CHACARTEGUI JAVEGA, C.:** 9-5.  
**CHARRO BAENA, P.:** 15-6; 40-5.  
**COLMEIRO, M.:** 1-5.  
**COOPER, L.J.:** 33-4.  
**CORDERO SAAVEDRA, L.:** 35-2.  
**COROMINAS, J.:** 1-5.  
**CORREA CARRASCO, M.:** 25-5;  
28-2.  
**COSTA REYES, A.:** 16-5.  
**CRISTOBAL RONCERO, M.R.:**  
9-3; 26-2.  
**CRUZ VILLALON, J.:** 10-3; 33-4.  
**CUESTA BUSTILLO, J.:** 8-2.  
**CUEVA PONTE, M.C.:** 11-4.
- D'ORS, A.:** 2-1; 5-2.  
**DANS ALVAREZ DE SOTOMAYOR, L.:** 43-2.  
**DE LUCA:** 31-1.  
**DESDENTADO BONETE, A.:** 3-7;  
42-7.  
**DIEGUEZ, G.:** 7-2, 18-1; 20-1;  
30-2; 32-7.  
**DUBISCHAR, R.:** 1-1.  
**DURAN LOPEZ, F.:** 8-4.  
**DURAND, P.:** 1-1.  
**DURENDEZ SAEZ, I.:** 40-5.
- ESCRIBANO GUTIERREZ, J.:**  
28-2.  
**ESCUDERO RODRIGUEZ, R.:**  
27-3.
- ESPINOSA DE LOS MONTE-  
ROS, J.:** 1-5.  
**ESTEVE SEGARRA, A.:** 27-3.
- FERNANDEZ AVILES, J.A.:** 16-1;  
24-7.  
**FERNANDEZ BARREIRO, A.:** 5-4.  
**FERNANDEZ DOCAMPO, M<sup>a</sup>.B.:**  
17-1; 26-1.  
**FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.:**  
13-4; 19-1; 22-3; 24-6; 26-2;  
28-1; 31-7; 36-2.  
**FERNANDEZ LOPEZ, M<sup>a</sup>.F.:** 8-2;  
18-4; 19-1; 27-4; 29-2.  
**FERNANDEZ MARCOS, L.:** 17-1.  
**FERNANDEZ PRIETO, M.:** 21-2.  
**FERNANDEZ PROL, F.:** 3-7; 16-4;  
32-7.  
**FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ,  
J.:** 14-7; 41-6.  
**FERRANDO GARCÍA, F.:** 32-5.  
**FERREIRO GALGUERA, J.:** 15-6.  
**FERREIRO REGUEIRO, C.:** 17-4;  
28-3; 31-5; 34-3; 38-2.  
**FITA ORTEGA, F.:** 24-4.  
**FLOREZ DE ESTRADA, A.:** 1-5.  
**FUENTE LAVIN, M.:** 15-4.
- GALIANA MORENO, J.:** 8-4; 41-1.  
**GALLARDO MOYA, R.:** 27-6.  
**GALLART FOLCH, A.:** 1-2; 3-1;  
6-3; 6-4.

- GALLEGO MORALES, A.J.:** 40-4; 40-5.
- GARATE CASTRO, J.:** 3-7; 4-3; 4-4; 10-3; 12-3; 12-5; 13-4; 14-6; 16-2; 17-3; 17-4; 19-3; 20-3; 25-3; 28-2; 32-5; 34-1; 40-5; 41-6; 43-2.
- GARCIA BECEDAS, G.:** 36-2.
- GARCIA BLASCO, J.:** 29-4; 32-4; 35-1; 41-3.
- GARCIA DE ENTERRIA, E.:** 8-5.
- GARCIA JIMENEZ, M.:** 10-5.
- GARCIA MURCIA, J.:** 6-3; 6-5; 7-2; 16-3; 16-5; 17-4; 21-4; 25-2; 25-5; 27-1; 27-3; 29-5; 34-3.
- GARCIA NINET, J.I.:** 4-2; 13-4; 15-1; 38-1.
- GARCIA ORTEGA, J.:** 15-1.
- GARCIA OVIEDO, C.:** 1-2; 3-1.
- GARCIA PIÑEIRO, N.P.:** 28-6.
- GARCIA RUBIO, M<sup>a</sup>.A.:** 23-2; 36-2.
- GARCIA RUIZ, J.L.:** 34-3.
- GARCIA SALAS, A.I.:** 17-3.
- GARCIA VALVERDE, M.C.:** 4-6.
- GARCIA VIÑA, J.:** 14-5; 20-1.
- GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.:** 3-2; 12-5; 18-2; 26-2; 29-5; 40-5.
- GARRIDO PEREZ, E.:** 13-5; 26-4.
- GIBERT, R.:** 5-3.
- GIERKE, O. Von:** 5-4.
- GIL Y GIL, J.L.:** 18-4; 37-1.
- GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup>.:** 2-4; 28-2; 30-2; 32-5; 42-6.
- GOMEZ ABELLEIRA, F.J.:** 7-6; 14-1; 18-2; 20-4; 21-2; 25-5; 27-7; 28-3; 31-1; 31-4; 31-6; 32-7; 39-3; 41-6.
- GOMEZ MUÑOZ, J.M.:** 15-3.
- GOMEZ-IGLESIAS CASAL, A.:** 5-2.
- GONZALEZ BIEDMA, E.:** 32-3; 36-2.
- GONZALEZ DE LENA ALVAREZ, F.:** 34-1.
- GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I.:** 13-5.
- GONZALEZ LABRADA, M.:** 40-6.
- GONZALEZ ORTEGA, S.:** 24-4; 38-2.
- GONZALEZ PILLADO, E.:** 43-2.
- GONZALEZ ROTHVOSS, M.:** 1-2.
- GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, E.:** 3-4; 41-5.
- GOÑI SEIN, J.L.:** 13-3; 19-1; 24-4; 25-3; 27-7.
- GORELLI HERNANDEZ, J.:** 11-4; 22-4.
- GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.:** 17-3; 35-2.
- HERNAINZ MARQUEZ, M.:** 1-3.
- HINOJOSA FERRER, J.:** 1-2; 3-1; 6-4.

- IGARTUA MIRO, M.T.:** 17-3.
- JAUSSAUD, R.:** 1-1.
- JOVELLANOS, G.M.:** 1-5.
- KEMPEN, O.E.:** 31-7.
- LAHERA FORTEZA, J.:** 32-2; 41-6.
- LANDA ZAPIRAIN, J.P.:** 9-1; 27-4.
- LANTARON BARQUIN, D.:** 26-2;  
33-2; 33-3; 33-5.
- LASAOSA IRIGOYEN, E.:** 38-2.
- LIMON LUQUE, M.A.:** 11-4; 26-3.
- LINARES Y PACHECO, V.:** 1-5.
- LOPEZ AHUMADA, J.E.:** 15-5.
- LOPEZ BALAGUER, M.:** 43-2.
- LOPEZ CUMBRE, L.:** 3-1; 3-3;  
3-5; 3-7; 24-3; 40-5.
- LOPEZ FANDO, J.R.:** 35-8.
- LOPEZ GANDIA, J.:** 10-5; 13-4.
- LOPEZ LOPEZ, J.:** 2-5.
- LOPEZ MOSTEIRO, R.:** 38-1.
- LOPEZ-TARRUELLA MARTI-  
NEZ, F.:** 21-5.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.:**  
13-5; 17-1.
- LUELMO MILLAN, M.A.:** 39-7.
- LUJAN ALCARAZ, J.:** 4-6; 24-2;  
40-5.
- LUQUE PARRA, M.:** 17-4.
- MADRID, A.:** 1-2.
- MANEIRO VAZQUEZ, Y.:** 12-5.
- MANRIQUE LOPEZ, F.:** 36-2.
- MARIN ALONSO, I.:** 20-5.
- MARTIN JIMENEZ, R.:** 16-4;  
35-1; 35-2; 36-1; 38-5.
- MARTIN PUEBLA, F.:** 13-3.
- MARTIN VALVERDE, A.:** 3-1;  
4-6; 6-3; 7-2; 10-3; 13-3; 34-3;  
42-6.
- MARTINEZ ABASCAL, V.A.:** 21-3.
- MARTINEZ BARROSO, M.R.:** 11-5.
- MARTINEZ FONS, D.:** 18-3.
- MARTINEZ GIRON, J.:** 1-2; 1-3;  
1-5; 2-8; 4-1; 4-7; 5-4; 5-5; 6-2;  
6-4; 7-3; 7-5; 7-7; 8-1; 8-5; 10-3;  
10-4; 11-4; 11-5; 12-3; 12-4;  
13-4; 14-1; 17-1; 17-4; 17-5;  
18-1; 19-2; 19-4; 20-5; 21-4;  
22-2; 22-4; 23-1; 23-3; 23-5;  
24-3; 24-7; 25-4; 26-2; 27-7;  
28-1; 28-2; 28-7; 29-7; 30-1;  
30-2; 31-1; 31-2; 32-1; 32-2;  
32-7; 33-1; 33-3; 33-4; 33-5;  
34-1; 34-3; 35-1; 35-2; 36-2;  
36-3; 37-1; 37-2; 37-3; 37-4;  
39-3; 40-5; 40-6; 41-6; 41-7;  
42-4; 43-2.
- MARTINEZ MORENO, C.:** 39-1.
- MARTIN-GRANIZO, L.:** 1-2.

- MATEOS, A.:** 8-2.
- MATEU CARRUANA, M.J.:** 13-4.
- MATORRAS DIAZ-CANEJA, A.:**  
16-2.
- MELLENDEZ MORILLO-VELAZQUEZ, L.:** 17-3.
- MELLA MENDEZ, L.:** 11-3; 21-2;  
24-3; 25-3; 25-4; 26-3; 29-5.
- MENENDEZ SEBASTIAN, P.:**  
25-4; 27-1.
- MERCADER UGUINA, J.R.:** 10-3;  
13-4; 16-3; 29-2; 35-1.
- MIGUELEZ DOMINGUEZ, L.:**  
12-5.
- MILLET, M.:** 8-5.
- MILLOR ARIAS, M.P.:** 35-5.
- MIÑAMBRES PUIG, C.:** 38-1; 39-2;  
40-1; 41-4; 42-1; 42-7; 43-1.
- MOLERO MARAÑON, M<sup>a</sup>.L.:** 9-5;  
42-7.
- MOLINA NAVARRETE, C.:** 10-4.
- MONEREO PEREZ, J.L.:** 17-4;  
19-5; 21-2; 24-5; 24-7; 26-4;  
29-5; 40-4; 40-5.
- MONEVA Y PUYOL, J.:** 1-1.
- MONREAL BRINGSVAERD, E.:**  
15-2.
- MONTALVO CORREA, J.:** 2-4;  
3-4; 28-2; 33-3.
- MONTANOS FERRIN, E.:** 7-3.
- MONTEIRO FERNANDES, A.:**  
20-1.
- MONTERO AROCA, J.:** 2-7; 6-4;  
6-5; 38-5; 42-4.
- MONTOYA MELGAR, A.:** 1-3;  
1-4; 2-1; 4-1; 4-3; 6-1; 7-1; 8-2;  
9-3; 10-5; 16-3; 18-2; 20-1; 23-  
5; 24-7; 29-7; 34-1; 41-6.
- MOREIRA, A.:** 2-9.
- MORALES ORTEGA, J.M.:** 30-2.
- MORENO DE TORO, C.:** 18-5.
- MORENO MARQUEZ, A.:** 17-3.
- MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N.:** 28-1;  
40-4.
- MORRO LOPEZ, J.J.:** 4-2.
- MURCIA CLAVERIA, A.:** 39-4.
- NAVARRO NIETO, F.:** 27-3.
- NEVADO FERNANDEZ, M.J.:** 19-4.
- NIEVES NIETO, N.:** 36-3.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.:**  
20-4.
- NOLAN, D.R.:** 33-4.
- NORES TORRES, L.E.:** 21-5.
- OJEDA AVILES, A.:** 3-5; 42-7.
- ORTIZ LALLANA, M<sup>a</sup>.C.:** 10-5;  
39-4; 43-2.
- PALOMEQUE LOPEZ, M.C.:** 2-2;  
6-2; 6-3; 7-2; 10-1; 26-4.
- PEDRAJAS MORENO, A.:** 13-4;  
22-4.
- PEREZ AMOROS, F.:** 21-4; 23-1;  
26-4.



- PEREZ BORREGO, G.:** 26-2.  
**PEREZ BOTIJA, E.:** 1-3; 4-3.  
**PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.:** 8-4; 28-2; 32-3; 32-7.  
**PEREZ ESPINOSA, F.:** 6-3; 7-2.  
**PEREZ REY, J.:** 13-4.  
**PEREZ YAÑEZ, R.M.:** 29-5.  
**PERGOLESI, F.:** 31-1.  
**PIC, P.:** 1-1.  
**PLAZA GOLVANO, S.:** 42-4; 43-3.  
**PRADOS DE REYES, F.J.:** 13-3; 24-4.  
**PUMAR BELTRAN, N.:** 9-3.  
**PURCALLA BONILLA, M.A.:** 41-6.
- QUESADA SEGURA, R.:** 10-4.  
**QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.:** 12-5; 31-1.
- RABANAL CARBAJO, P.:** 13-3; 29-1; 29-6; 39-7; 42-2.  
**RADE, C.:** 32-2.  
**RAMIREZ MARTINEZ, J.M.:** 28-2.  
**RAMOS QUINTANA, M.I.:** 12-2; 36-2.  
**RAYNAUD, B.:** 1-1.  
**REEDER, J.:** 1-5.  
**RENTERO JOVER, J.:** 32-3.
- REY GUANTER, S.:** 10-2; 19-4; 30-2; 31-7.  
**RIERA VAYREDA, C.:** 25-4.  
**RIOS SALMERON, B.:** 16-5; 38-1; 38-2; 38-5; 39-1; 39-5; 39-6; 40-5; 40-6; 42-6; 43-2.  
**RIVAS VALLEJO, M<sup>a</sup>.P.:** 22-5.  
**RIVERA SANCHEZ, J.R.:** 41-5.  
**RIVERO LAMAS, J.:** 1-3; 19-1; 21-1; 21-5; 29-5.  
**RODRIGUEZ DEVESA, C.:** 2-8.  
**RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.:** 11-5; 31-7.  
**RODRIGUEZ RAMOS, M.J.:** 26-2.  
**RODRIGUEZ RAMOS, P.T.:** 13-4.  
**RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.:** 9-5; 12-3; 42-7.  
**RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.:** 1-3; 4-3; 19-1; 19-4.  
**RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F.:** 25-2; 34-3.  
**ROJO TORRECILLA, E.:** 21-4; 23-1.  
**ROMAN DE LA TORRE, M<sup>a</sup>.D.:** 18-2.  
**ROMAN VACA, E.:** 41-5.  
**ROMANO MARTINEZ, P.:** 3-1.  
**RON LATAS, R.P.:** 6-2; 7-3; 7-4; 13-3; 15-6; 24-4; 24-7; 27-5; 27-7; 28-4; 28-5; 32-5.  
**ROQUETA BUJ, R.:** 13-5.  
**ROYO MARTINEZ, M.:** 1-3.

- RUBIO SANCHEZ, F.:** 11-4.  
**RUIZ CASTILLO, M<sup>a</sup>.M.:** 32-7.  
**RUMEU DE ARMAS, A.:** 5-3.
- SAEZ LARA, C.:** 27-4.  
**SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.:** 2-4.  
**SALA FRANCO, T.:** 3-3; 4-5; 9-2; 13-4; 28-2; 29-7.  
**SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.:** 19-3; 25-5; 39-5.  
**SAN MIGUEL ARRIBAS, L.:** 34-2.  
**SANCHEZ ARCILLA, J.:** 7-3.  
**SANCHEZ TRIGUEROS, C.:** 11-5; 15-7; 22-2; 26-2.  
**SANCHEZ-ALBORNOZ, C.:** 5-3.  
**SANCHEZ-CERVERA VALDES, J.M.:** 31-3.  
**SANGUINETI RAYMOND, W.:** 32-7.  
**SANTANA GOMEZ, A.:** 32-3.  
**SANTIAGO REDONDO, K.M.:** 10-5.  
**SCELLE, G.:** 1-1.  
**SEGALES FIDALGO, J.:** 40-5.  
**SEMPERE NAVARRO, A.V.:** 2-7; 4-5; 8-3; 11-4; 12-5; 15-6; 19-3; 20-3; 24-2; 25-5; 35-1; 35-2; 38-1; 38-2; 38-5; 39-1; 39-5; 39-6; 40-5; 40-6; 42-6; 43-2.  
**SEOANE RODRIGUEZ, J.A.:** 19-3.  
**SERRANO FALCON, C.:** 9-3.  
**SERRANO GARCIA, J.M<sup>a</sup>.:** 24-7; 36-2.  
**SERRANO OLIVARES, R.:** 19-2; 21-4.  
**SIERRA HERNAIZ, E.:** 19-2.  
**SIRVENT HERNANDEZ, N.:** 13-4.  
**SOLA MONELLS, X.:** 22-3.  
**SOLER ARREBOLA, J.A.:** 11-4.  
**SOSA MANCHA, M<sup>a</sup>.T.:** 6-3.  
**SOTO RIOJA, S.:** 21-4; 27-5; 41-6.  
**SUAREZ GONZALEZ, F.:** 1-3; 12-2; 23-1.
- TARRAGA POVEDA, J.:** 10-1.  
**TASCON LOPEZ, R.:** 19-3.  
**TERRADILLOS, J.:** 27-7; 32-1.  
**TERRATS PLANELL, J.L.:** 29-5.  
**TOLOSA TRIBIÑO, C.:** 35-1.  
**TOROLLO GONZALEZ, F.J.:** 11-5.  
**TORTUERO PLAZA, J.L.:** 24-3.
- UCELAY REPOLLES, M.:** 1-3.
- VAL TENA, A.:** 13-3.  
**VALDEOLIVAS GARCIA, Y.:** 27-7.  
**VALDES DAL-RE, F.:** 1-3; 6-3; 7-2; 10-5; 13-4; 31-4; 34-3; 36-1; 40-4.

- VALDES DE LA VEGA, B.:** 9-5.
- VALVERDE ASECIO, A.J.:** 13-5;  
35-6; 35-9.
- VALLE MUÑOZ, F.A.:** 41-6.
- VALLE VILLAR, J.M.:** 16-5; 24-4.
- VALLEJO DACOSTA, R.:** 21-5.
- VASCONCELOS, J.:** 10-4.
- VELASCO PORTERO, T.:** 25-4.
- VICENTE PALACIO, M<sup>a</sup>.A.:** 13-4.
- VIDA SORIA, J.:** 22-1.
- VILLA GIL, L.E.:** 1-1; 3-1; 3-3; 3-5;  
3-6; 3-7; 20-5.
- VINUESA ALADRO, A.:** 14-2.
- VIQUEIRA PEREZ, C.:** 25-5.
- 
- XAVIER, B.:** 8-4; 10-2; 11-3; 16-4.
- 
- YVORRA, J.A.:** 7-3.
- 
- ZACHERT, U.:** 31-7.



INDICE TOPICO<sup>1</sup>

- Acceso al empleo:
  - Discriminación: 19-2.
- Accidentes de trabajo:
  - Legislación histórica: 6-2.
- Acción positiva: 19-2.
- Acciones:
  - Véase prescripción y caducidad de acciones.
- Acoso moral: 19-2.
- Administración laboral:
  - Autoridad laboral: 34-1; 36-2; 36-3.
  - Legislación histórica: 6-2; 6-4; 6-5.
  - Participación institucional: 34-3.
- Administración pública:
  - Convenios colectivos del personal laboral: 29-7.
  - Empresario: 10-1.
  - Pactos o acuerdos del personal no laboral: 31-7.
  - Trabajadores: 4-5.
    - Indefinidos no fijos: 13-4; 24-4.
- Agencias de colocación: 9-4.
- Ajenidad: 4-3.
- Asambleas de trabajadores: 26-3.
  
- Categorías profesionales: 14-2.
  - Discriminación: 19-2.
- Centro de trabajo: 10-2.
  - Sucesión de empresa: 20-2.
- Ciencia del Derecho del Trabajo: 1-1.
- Cierre patronal:
  - Derecho histórico: 7-5; 7-6; 7-7.
  - Fuentes reguladoras: 32-7.
- Clasificación profesional: 14-2; 41-6.
- Colaboración social: 4-2.
- Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: 34-3.
- Comisión de Reformas Sociales: 6-2.
- Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo: 17-2.
- Comisiones Obreras (CC.OO.):
  - Nacimiento: 7-7.
  - Mayor representatividad: 27-3.
- Comité de empresa:
  - Véase representantes legales o unitarios.
- Comunidades Autónomas:
  - Ejecución de la legislación laboral: 34-1.
  - Normas laborales: 2-5.
- Conciliación de la vida laboral y familiar:
  - Contratos de interinidad bonificados: 13-4.
  - Despido nulo: 25-4.
  - Excedencias: 22-4.
  - Permisos: 15-7.
  - Proceso laboral especial sobre permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares: 41-6.
  - Trabajo a tiempo parcial: 13-5.
- Conciliación, mediación y arbitraje:
  - Arbitrajes obligatorios: 33-5.
  - Concepto: 33-2.
  - Conciliación judicial: 40-4.
  - Conciliación preprocesal: 40-2.

<sup>1</sup> El primer número remite al Tema y el segundo número al epígrafe dentro de dicho Tema, de manera que 3-3 significa Tema 3, §3.

- Ejecución de laudos: 43-2.
- En conflictos colectivos económicos: 33-3.
- En conflictos colectivos jurídicos: 33-4.
- SMAC: 33-2.
  - En procesos laborales especiales: 41-7.
- Confederación Intersindical Galega (CIG):
  - Nacimiento: 7-5.
  - Mayor representatividad: 27-3.
- Conflictos colectivos:
  - Clases: 33-1.
  - Concepto: 33-1.
  - Procedimiento administrativo: 36-3.
  - Proceso especial: 41-5.
  - Solución extrajudicial: 33-3; 33-4; 33-5.
- Consejo de Europa: 8-2.
- Consejo de Relaciones Laborales: 2-5.
- Consejo Económico y Social: 34-3.
- Contratistas de obras y servicios: 10-3.
  - Sucesión de contratos: 21-2.
- Contrato de arrendamiento de servicios: 4-7.
  - En el Código Civil: 5-4.
  - En la jurisprudencia civil histórica: 5-5.
  - En las fuentes normativas históricas: 5-1; 5-2; 5-3.
  - Entre parientes: 4-3.
- Contrato de mandato: 4-6.
- Contrato de trabajo:
  - Buena fe: 20-1.
  - Celebración: 12-1.
  - Consumación: 12-4.
  - Duración: 13-4.
  - Extinción por cumplimiento: 23-1.
  - Extinción por imposibilidad o grave dificultad de cumplimiento: 24-1.
  - Extinción por incumplimiento: 25-1; 25-5.
  - Formalización: 12-3.
  - Legislación histórica: 6-3; 6-4.
  - Modalidades: 13-1.
  - Novación: 21-1.
  - Nulidad: 12-5.
  - Obligación de trabajar: 14-1.
  - Perfección: 12-4.
  - Presunción de contrato: 12-3.
  - Suspensión: 22-1.
  - Tiempo parcial: 13-5.
- Contrato de transporte: 4-6.
- Contratos administrativos: 4-5.
- Contratos formativos: 13-3.
- Convenios colectivos:
  - Acuerdos interprofesionales: 28-2.
  - Acuerdos sobre materias concretas: 28-2; 33-4.
  - Adhesión: 28-3.
  - Administración: 30-2.
  - Ámbito temporal: 30-1.
  - Autonomía colectiva: 28-2.
  - Buena fe: 29-4.
  - Comisión negociadora: 29-3.
  - Comisiones paritarias: 30-2.
  - Concepto legal: 28-2.
  - Concepto procesal: 31-1.
  - Concertación social o política: 28-2.
  - Concurrencia: 29-2.
  - Contenido: 29-5.
  - Deber de negociar: 29-4.
  - Denuncia: 30-1.
  - Derecho histórico: 7-5; 7-6; 7-7.
  - Eficacia: 31-1.
  - En el sector público: 29-7.
  - Extensión: 28-3; 36-2.
  - Extraestatutarios:
    - Acuerdos conciliatorios en conflicto colectivo: 31-5.
    - Acuerdos o pactos de empresa: 31-2.
    - Concepto: 31-1.
    - De fin de huelga: 31-5.
    - Deporte profesional: 31-3.
    - Eficacia: 31-1.
    - Extranjeros: 31-7.
    - Microempresariales: 31-6.
    - Pactos o acuerdos del personal estatutario al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social: 31-7.
    - Típicos: 31-4.

- Formalización: 29-6.
- Fuentes reguladoras: 28-1.
- Impugnación: 41-5.
- Iniciativa negocial: 29-2.
- Legitimación para negociar: 28-4.
  - Convenios colectivos de grupos de empresas: 28-7.
  - Convenios colectivos empresariales: 28-5.
  - Convenios colectivos sectoriales: 28-6.
- Normas sectoriales: 2-6.
- Procedimiento de negociación: 29-1.
- Registro: 36-3.
- Retroactividad: 30-7.
- Unidades de negociación: 28-3.
- Cooperativas: 10-5.
- Costumbre laboral: 2-7.
- Cuestión social: 6-1.
- Delegados de personal:
  - Véase representantes legales o unitarios.
- Dependencia: 4-1.
- Derechos adquiridos: 3-5.
- Descanso:
  - Diario: 15-5.
  - Legislación histórica: 6-2.
  - Semanal: 15-6.
- Deslocalización: 8-5.
- Despido:
  - Concepto: 25-2; 37-3.
- Despido colectivo: 24-7.
  - Expedientes de regulación de empleo: 36-2.
  - Impugnación judicial: 41-6.
- Despido disciplinario:
  - Caducidad de la acción: 37-3.
  - Causas justas: 25-2.
    - Acoso: 20-3.
    - Desobediencia: 18-2; 19-2.
    - Disminución de rendimiento: 14-6.
    - Embriaguez y toxicomanía: 20-3.
    - Faltas de asistencia y puntualidad: 14-4; 14-5.
    - Ofensas: 20-3.
    - Participación en huelgas: 7-5; 7-7.
    - Transgresión de la buena fe contractual: 20-3.
- Concepto: 25-2.
- Efectos: 25-4.
- Forma: 25-3.
- Impugnación judicial: 41-6.
- Despido objetivo: 24-4.
  - Impugnación judicial: 41-6.
- Despido tácito: 37-3.
- Discriminación: 19-1.
  - Clases: 19-1.
  - Prueba: 19-5.
- Docencia del Derecho del Trabajo:
  - 1-1.
  - Consolidación: 1-3.
  - Expansión: 1-4.
  - Nacimiento: 1-2.
  - Porqués de su nacimiento contemporáneo: 1-5.
- Ejecución:
  - Clases: 43-1.
  - Concepto: 43-1.
  - Definitiva de sentencias: 43-2.
  - Provisional de sentencias: 43-3.
- Empleo:
  - Fomento de la contratación indefinida: 13-4.
  - Políticas activas: 9-3.
- Empresa: 10-2.
- Empresario:
  - Buena fe: 20-5.
  - Capacidad: 12-2.
  - Concepto y clases: 10-1.
  - Grupos de empresas: 10-4.
  - Imposibilidad de la prestación laboral por culpa del empresario: 14-7.
  - Insolvencia: 16-5.
  - «*ius variandi*»: 21-3.
  - Obligación de retribuir: 16-1.
  - Poderes: 18-1.
  - Responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales: 17-4.

- Responsabilidades frente a terceros dañados por la actividad laboral del trabajador: 18-5.
- Responsabilidades por sucesión de empresa: 21-2.
- Empresas de trabajo temporal: 9-5.
- Esclavitud:
  - Abolición: 1-5.
  - Constitución de Cádiz: 8-1.
  - Trabajo forzoso: 4-2.
- EURES: 9-3.
- Eusko Langileen Alkartasuna - Solidaridad de Trabajadores Vascos (ELA-STV):
  - Nacimiento: 7-5.
  - Mayor representatividad: 27-3.
- Excedencias: 22-4.
- «Exportabilidad» de garantías procesales: 41-6.
- Extinción del contrato de trabajo:
  - Por cumplimiento: 23-1.
    - Condiciones resolutorias: 23-4.
    - Dimisión: 23-5.
    - Mutuo acuerdo: 23-2.
    - Término resolutorio: 23-3.
  - Por imposibilidad o grave dificultad de cumplimiento: 24-1.
    - Despido colectivo: 24-7.
    - Despido objetivo: 24-4.
    - Extinción del empresario persona jurídica: 24-5.
    - Fuerza mayor definitiva: 24-6.
    - Incapacidad del empresario: 24-5.
    - Incapacidad permanente del trabajador: 24-2.
    - Jubilación del empresario: 24-5.
    - Jubilación del trabajador: 24-3.
    - Muerte del empresario: 24-5.
    - Muerte del trabajador: 24-2.
    - Prejubilación del trabajador: 24-3.
  - Por incumplimiento: 25-1.
    - Del empresario. Despido indirecto: 25-5.
    - Despido disciplinario: 25-2; 25-3; 25-4.
    - Despido indirecto: 25-5.
- Extranjeros: 12-5; 27-3; 34-1; 34-2; 35-4; 36-2.
- Familiares: 4-3.
- Fiestas laborales: 15-6.
- Fondo de Garantía Salarial (FOGASA): 16-5.
  - Despido colectivo: 24-7.
  - Despido indirecto: 25-5.
  - Despido objetivo: 24-4.
  - Fuerza mayor: 24-6.
  - Reconocimiento de prestaciones: 36-3.
- Fuentes de conocimiento del Derecho del Trabajo: 2-1.
- Funcionarios públicos: 4-5.
- Globalización: 3-7; 8-5.
- Grupos profesionales: 14-2.
- Horas extraordinarias: 15-4.
- Huelga:
  - Abusiva: 32-4.
  - Arbitraje obligatorio: 33-5.
  - Autoridad gubernativa: 32-6.
  - Comité de huelga: 32-3.
  - Convocatoria: 32-3.
  - Derecho histórico: 7-3; 7-4; 7-5; 7-6; 7-7.
  - Desarrollo: 32-3.
  - Efectos: 32-5.
  - Ejercicio del derecho: 32-2.
  - En servicios esenciales: 32-6.
  - Esquiroleros: 32-3.
  - Fuentes reguladoras: 32-1.
  - Ilegal: 32-4.
  - Intermitente: 32-5.
  - Piquetes: 32-3.
  - Preaviso: 32-3.
  - Protección: 32-1.
  - Servicios de seguridad y mantenimiento: 32-3.



- Servicios mínimos: 32-6.
- Titularidad del derecho: 32-2.
- Tutela judicial: 41-6.
- **Iguales:** 4-7.
- **Infracciones y sanciones en el orden social:**
  - Fuentes reguladoras: 35-1.
  - Principio de irretroactividad: 35-5.
  - Principio de legalidad: 35-3.
  - Principio de prescriptibilidad: 35-8.
  - Principio de proporcionalidad: 35-7.
  - Principio de responsabilidad: 35-6.
  - Principio de tipicidad: 35-4.
  - Principio «*non bis in idem rem*»: 35-9.
- **Ingreso al trabajo:** 9-1.
  - Discriminación: 19-2.
- **Inspección de Trabajo y Seguridad Social:**
  - Actas: 36-2.
  - Fuentes reguladoras: 34-2.
  - Legislación histórica: 6-2.
  - Procedimiento administrativo sancionador: 36-2.
  - Subinspectores: 34-2.
- **Instituto de Reformas Sociales:** 6-1.
- **Instituto Nacional de Empleo (INEM):** 9-3.
- **IPREM:** 16-3.
- **Jornada:**
  - Clases: 15-2.
  - Fuentes reguladoras: 15-1.
  - Legislación histórica: 6-2.
  - Ordinarias comunes: 15-2.
  - Ordinarias especiales: 15-3.
  - Tiempo parcial: 13-5.
- **Jurisdicción laboral:**
  - Véase tribunales laborales.
- **Jurisprudencia laboral:** 2-8.
- **Libertad sindical:**
  - Carácter poliédrico: 27-2.
  - Conductas antisindicales: 27-7.
  - Convenios de la OIT: 8-2.
- Delegados sindicales: 27-4.
- Facetas individual y colectiva: 27-3.
- Facetas interna y externa: 27-6.
- Facetas organizativa y funcional: 27-4.
- Facetas positiva y negativa: 27-5.
- Fuentes reguladoras: 27-1.
- Legislación histórica: 7-3; 7-4; 7-5; 7-6; 7-7.
- Naturaleza sustantiva: 27-1.
- Pactos de seguridad sindical: 27-5.
- Representatividad sindical: 27-3.
- Secciones sindicales: 27-4.
- Sindicatos horizontales: 27-5.
- Sindicatos internacionales: 27-5; 34-3.
- Tutela de la libertad sindical: 27-7; 41-6.
- **Lugar de trabajo:** 10-2.
- **Minusválidos:** 11-4.
- **Mobbing:** 19-2.
- **Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo:** 21-5.
  - Caducidad de la acción: 37-4.
  - Impugnación judicial: 41-6.
- **Movilidad funcional:** 21-3.
- **Movilidad geográfica:** 21-4.
  - Caducidad de la acción: 37-4.
  - Impugnación judicial: 41-6.
- **Movimiento obrero:** 7-1.
- **Mínimos de derecho necesario:** 3-3.
- **Negociación colectiva:**
  - Véase convenios colectivos.
- **Normas laborales:** 2-1.
  - Autónomicas: 2-5.
  - Constitucionales: 2-2; 8-3.
  - Consuetudinarias: 2-7.
  - Estatales: 2-4.
    - Inestabilidad de las fuentes normativas laborales con rango de ley: 2-9.
  - Internacionales: 2-3.
  - Sectoriales: 2-6.

- Ofertas de empleo: 9-2.
- Ordenanzas laborales: 6-5.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT): 8-2.
  - Normas laborales internacionales: 2-2.
- Participación institucional: 34-3
  - Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo: 17-2.
- Período de prueba: 13-3.
- Permisos: 15-7.
  - Distinción de figuras afines: 22-2.
- Personal estatutario: 4-5.
- Poderes del empresario: 18-1.
  - Garantías de los representantes legales o unitarios como límites: 26-5.
  - Límites del poder de control: 19-3.
  - Límites del poder de dirección: 19-2.
  - Límites del poder disciplinario: 19-4.
  - Poder de control: 18-3.
  - Poder de dirección: 18-2.
  - Poder disciplinario: 18-4.
    - Impugnación judicial de sanciones disciplinarias: 41-6.
- Polivalencia funcional: 14-2.
- Precontrato de trabajo: 12-4.
- Prescripción y caducidad de acciones:
  - Acción ejecutiva: 43-2.
  - Caducidad de la acción de despido: 37-3.
  - Caducidad en materia de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: 37-4.
  - Concepto: 37-1.
  - En materia de fijación de la fecha de disfrute de vacaciones: 37-5.
  - En materia de impugnación de laudo arbitral: 37-5.
  - En materia de permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares: 37-5.
  - En materia de sanciones disciplinarias: 37-3.
  - Naturaleza material de los plazos: 37-1.
  - Prescripción de acciones derivadas del contrato de trabajo: 37-2.
- Prestaciones personales obligatorias: 4-2.
- Prevención de riesgos laborales:
  - Fuentes reguladoras: 17-1.
  - Responsabilidades del empresario: 17-4.
  - Siniestralidad laboral: 17-5.
  - Sujetos implicados: 17-3.
- Principios del Derecho del Trabajo:
  - 3-1.
    - Absorción y compensación: 3-4.
    - Condición más beneficiosa adquirida: 3-5.
    - Irrenunciabilidad de los derechos: 3-6.
    - Jerarquía normativa: 3-2.
    - Norma más favorable: 3-3.
    - Pro operario*: 3-7.
  - Procedimientos administrativos laborales:
    - Para dictar actos administrativos sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral:
      - En materia de constitución de empresas de trabajo temporal: 36-2.
      - En materia de extensión de convenios colectivos: 36-2.
      - En materia de extranjería: 36-2.
      - En materia de infracciones y sanciones del orden social: 36-2.
      - En materia de traslados colectivos: 36-2.
      - Expedientes de regulación de empleo: 36-2.
    - Para dictar actos administrativos no sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral:
      - En conflictos colectivos: 36-3.
      - Reclamación administrativa previa a la vía judicial laboral: 36-3.
      - Reclamación al Estado de salarios de tramitación: 36-3.
      - Reconocimiento de prestaciones por el FOGASA: 36-3.
      - Registro de convenios colectivos: 36-3.

- Proceso laboral ordinario:
  - Conciliación judicial: 40-4.
  - Demanda: 40-2.
    - Admisión: 40-3.
  - Fuentes reguladoras: 40-1.
  - Juicio: 40-5.
  - Sentencia: 40-6.
    - Notificación: 40-7.
- Procesos laborales especiales:
  - Concepto: 41-1.
  - Clasificación: 41-2.
  - Por razón de la materia:
    - Clasificación profesional: 41-6.
    - Despido colectivo: 41-6.
    - Despido objetivo: 41-6.
    - Despidos disciplinarios: 41-6.
    - Impugnación de sanciones: 41-6.
    - Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo: 41-6.
    - Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares: 41-6.
    - Reclamación al Estado de salarios de tramitación: 41-6.
    - Seguridad Social: 41-6.
    - Tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales: 41-6.
    - Vacaciones: 41-6.
  - Por razón de su forma de iniciación:
    - Proceso de oficio: 41-3.
  - Por razón de sus partes materiales:
    - Conflictos colectivos: 41-5.
    - Impugnación de convenios colectivos: 41-5.
  - Por razón de sus partes principales:
    - Impugnación de laudos arbitrales electorales: 41-4.
    - Impugnación de resolución administrativa denegando el depósito de estatutos sindicales: 41-4.
  - Preferencias y urgencia: 41-7.
- Recursos:
  - Accesorios: 42-4.
  - Casación ordinaria: 42-6.
  - Casación para la unificación de doctrina: 42-7.
  - Fuentes reguladoras: 42-1.
  - Reposición y súplica: 42-2.
  - Revisión: 42-3.
  - Suplicación: 42-5.
- Reglamentaciones nacionales de trabajo: 6-5.
- Relaciones laborales de carácter especial: 11-4.
- Representantes legales o unitarios:
  - Arbitrajes electorales: 33-5.
  - Clases: 26-1.
  - Comités de seguridad y salud: 17-3.
  - Competencias: 26-4.
  - Concepto: 26-1.
  - Delegados de prevención: 17-3.
  - Elección: 26-2.
    - Procesos laborales especiales: 41-4.
  - Garantías: 26-5.
  - Información y consulta en contratas y subcontratas: 10-3.
  - Información y consulta en sucesión de empresa: 21-2.
  - Legislación histórica: 7-7.
  - Mandato: 26-3.
- Responsabilidad social de las empresas: 8-5.
- Salarios:
  - Base: 16-3.
  - Clases: 16-3.
  - Complementos salariales: 16-3.
  - Concepto: 16-2.
  - De tramitación: 25-4.
    - Reclamación al Estado: 41-6.
    - Vía administrativa previa: 36-3.
  - Discriminación: 19-2.
  - Doble escala salarial: 19-2.
  - Mínimo interprofesional: 16-3.
  - Pagas extraordinarias: 16-4.
  - Pago: 16-4.
  - Por rendimiento: 14-6.
  - Protección: 16-5.
- Sanciones disciplinarias: 18-4.
  - Proceso laboral especial: 41-6.

- Servicios públicos de empleo: 9-3.
- Sindicatos:
  - Derecho histórico: 7-3; 7-4; 7-5; 7-6; 7-7.
  - Véase Libertad sindical.
- SMAC (Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación): 33-2.
- Sociedades laborales: 10-5.
- Sucesión de empresa: 21-2.
- Suspensión del contrato de trabajo:
  - Causas: 22-3; 22-4.
  - Concepto: 22-1.
  - Distinción de figuras afines: 22-2.
  - Efectos: 22-1; 22-2; 22-5.
  
- Temeridad procesal: 2-8; 40-7.
- Trabajador:
  - Buena fe: 20-2; 20-3; 20-4.
  - Capacidad: 12-2.
  - Clasificación: 11-3.
  - Concepto jurídico: 11-1.
  - Derechos fundamentales: 19-1; 19-2; 19-3; 19-4; 19-5.
    - Tutela judicial: 41-6.
  - Dignidad: 19-2.
  - Extranjero no comunitario: 3-3; 12-5; 36-2.
  - Fijo: 13-4.
  - Fijo-discontinuo: 13-5; 37-3.
  - Indemnidad: 19-5.
  - Intimidación: 18-3; 19-3.
  - No discriminación: 19-1.
  - Obligación de trabajar: 14-1.
  - Relevancia social: 11-2.
- Trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad: 4-4.
- Trabajo asalariado típico: 4-7.
- Trabajo familiar: 4-3.
- Tribunales laborales: 38-1.
  - Competencia funcional: 38-3.
  - Competencia material: 38-2.
  - Competencia objetiva: 38-4.
  - Competencia territorial: 38-5.
  - Gratuidad: 39-7.
  - Legislación histórica: 6-2; 6-4; 6-5.
  
- Principios del proceso laboral: 39-7.
- Relación procesal laboral:
  - Actos procesales del juez: 39-5.
  - Actos procesales del secretario: 39-6.
  - Litisconsoricios: 39-3.
  - Partes procesales: 39-1.
    - Capacidad procesal: 39-2.
    - Legitimación: 39-3.
    - Postulación: 39-4.
  
- Unión Europea: 8-4.
  - Desplazamientos transnacionales: 3-3; 9-5; 21-4.
  - Duración del contrato de trabajo: 13-4
  - Empresas de trabajo temporal: 9-5.
  - Igualdad de trato: 19-1.
  - Información al trabajador sobre los elementos esenciales de su contrato: 12-3.
  - Información y consulta: 26-4.
  - Insolvencia del empresario: 16-5.
  - Participación institucional: 34-3.
  - Prevención de riesgos laborales: 17-1.
  - Protección de los jóvenes en el trabajo: 12-2.
  - Remuneraciones: 16-3.
  - Sociedad anónima europea: 26-1.
  - Teletrabajo: 11-3.
  - Tiempo de trabajo: 15-1; 15-2; 15-6.
  - Trabajo a tiempo parcial: 13-5.
  - Trasposos de empresas: 21-2.
- Unión General de Trabajadores (UGT):
  - Nacimiento: 7-4.
  - Mayor representatividad: 27-4.
  
- Vacaciones: 15-6.
  - Proceso laboral especial: 41-6.
  
- Violencia de género:
  - Despido objetivo: 24-4.
  - Extinción del contrato de trabajo: 23-1; 23-5.
  - Suspensión del contrato de trabajo: 22-5.
  - Traslados: 21-4.







