

BLOQUE I: CONTENIDO DEL CONTRATO DE TRABAJO

LECCIÓN 1. MODO Y LUGAR DE LA PRESTACIÓN DEL TRABAJO

0. INTRODUCCIÓN

De la existencia del contrato de trabajo se derivan una serie de obligaciones y derechos de las partes (trabajador y empresario). Estas obligaciones y derechos son recíprocas de forma que cada obligación de una parte se corresponde con un derecho de la otra y viceversa.

La principal obligación del trabajador es efectuar la prestación de servicios objeto del contrato (trabajar) y la principal obligación del empresario es remunerar ese trabajo (salario).

La regulación básica de la prestación de servicios que adeuda el trabajador en virtud del contrato del trabajo abarca:

- 1-el modo y el cuanto de la prestación: cómo tiene que trabajar el trabajador
- 2-el lugar de la prestación: el centro de trabajo
- 3-el tiempo de la prestación: jornada y limitaciones.

1. EL MODO Y EL CUANTO DE LA PRESTACIÓN DEL TRABAJO

Los deberes del trabajador a este respecto son:

a) DILIGENCIA

La diligencia hace referencia al rendimiento o resultado tangible del trabajo y aparece sancionada en los art 5 a y 20.1 ET.

El núcleo de este deber se encuentra, más que en el resultado tangible y medible del trabajo, en la disposición que debe adoptar el trabajador a la hora de realizar su trabajo, así, se entiende por diligencia el modo correcto o la disposición necesaria que el trabajador necesita asumir para ejecutar el trabajo debido.

Esta acepción permite que la diligencia sea aplicable, no sólo a aquellos trabajos que comportan un resultado tangible y medible, sino también a aquellos donde esta medición no es posible.

Para trabajar de forma diligente el trabajador ha de tomar como referencia el rendimiento debido o normal y a este respecto existen dos posiciones jurisprudenciales a la hora de fijar este rendimiento: las subjetivas y las objetivas. Las posiciones subjetivas establecen el rendimiento normal en comparación con otros trabajadores pero, si bien existen sentencias en este sentido, la postura adoptada por el ET en el art 20.2 es la objetiva, que establece el rendimiento normal en base a las fuentes de la diligencia que son: las disposiciones legales, los Convenios Colectivos (si bien habitan ser poco concisos), el contrato de trabajo, las órdenes del empresario en ejercicio de sus funciones directivas y los usos profesionales y locales.

En definitiva, la definición de rendimiento normal quedaría como sigue: rendimiento exigible por el empresario y debido por el trabajador y que equivale al acostumbrado, el que habitualmente se obtiene en las tareas o funciones que integran la categoría profesional del trabajador.

Por último cabe decir que el incumplimiento del deber de diligencia puede ser sancionado con despido disciplinario, en términos del art 54.2e ET, cuando la inobservancia del deber de diligencia comporta una disminución continuada en el rendimiento normal o pactado, de forma voluntaria, podrá ser sancionada con el despido disciplinario.

b) BUENA FE CONTRACTUAL

El deber de buena fe contractual es un deber al que se encuentran sujetos el empresario y el trabajador y que aparece, respecto al trabajador, sancionado en los arts 5 a y 20.2 ET. El deber de buena fe contractual aparece, referido a los contratos en general, en los arts 7 y 1258 Cciv; pero cobra una relevancia especial en el contrato de trabajo y con respecto al trabajador, dado que se trata de un contrato de tracto sucesivo donde el empresario contrata una actividad y no un resultado.

En el Cciv se hace referencia a la buena fe tomando con la expresión “el que cumple como un buen padre de familia”, pero en el ET no aparece una definición de la buena fe. Así, por jurisprudencia se ha definido como el modelo de buena conducta exigido al trabajador y que se traduce en lealtad, buena disposición, honradez, rectitud... por tanto, la buena fe contractual en materia laboral, tiene un contenido múltiple que se prolonga incluso una vez finalizado el contrato de trabajo.

La buena fe tendrá en algunos puestos un grado de exigibilidad más alto, así, en aquellos cargos que comportan mayor confianza, tendrá un grado de exigibilidad mayor. En cualquier caso, la trasgresión de la buena fe contractual puede ser sancionada con el despido disciplinario, tal y como establece el art 54.2d ET.

Las manifestaciones concretas de la buena fe contractual son las siguientes:

-respecto a las propinas, regalos y demás dádivas, el trabajador esta obligado a rechazar todas aquellas que puedan ser constitutivas de soborno, si bien, puede aceptar el resto (algo especialmente común en el sector servicios). En cualquier caso, no podrá aceptarlas siempre que el empresario o el Convenio Colectivo lo hayan prohibido. Por otra parte, siempre que no lo haya prohibido, el empresario no podrá apropiarse de las propinas ni compensarlas con una reducción de salario.

-respecto de las gratificaciones, el trabajador no podrá aceptarlas cuando intervenga en operaciones relacionadas con su actividad, siempre que no tenga consentimiento expreso del empresario.

-el trabajador tiene la obligación de guardar secreto respecto de los asuntos relacionados con el negocio o explotación del empresario, y esta obligación no decae tras la extinción del contrato.

-prohibición de concurrencia, concurrencia desleal o competencia desleal: esta prohibición aparece en el art 5d ET y es desarrollada en el art 21 ET, suponiendo una prohibición para el trabajador de desarrollar por cuenta propia o ajena, actividades que compitan con la actividad de la empresa, durante la toda la vigencia del contrato, e incluso más allá de su finalización.

Esta prohibición de concurrencia, por una parte, no se limita a la actividad de la empresa propiamente, sino que se extiende a aquellas análogas o complementarias, y tampoco se limita a los casos en que el trabajador obtenga un beneficio directo, sino también indirecto.

Además, entra dentro de la prohibición, el supuesto de creación de un negocio y captación de clientes durante la vigencia del contrato, aún cuando, la puesta en marcha del mismo se posponga hasta la finalización del mismo.

Por otra parte, cabe señalar, que la prohibición de concurrencia no es absoluta, es decir, sólo afecta a aquellas actividades que supongan una concurrencia ilícita por competir económicamente o ser coincidentes o análogas con la de la empresa.

En cualquier caso, la prohibición de concurrencia tampoco se dará para las actividades que supongan concurrencia ilícita cuando medie el consentimiento del empresario.

Esta prohibición que hemos configurado es la genérica que establece el ET, pero, además, el propio texto prevé en el art 21 la posibilidad de otras modalidades de prohibición de concurrencia pactada, se trata de:

-pacto de plena dedicación: se trata de un posible pacto por el cual el trabajador se compromete a dedicarse en exclusiva a la actividad de la empresa, eliminándose así la posibilidad de pluriempleo. Este pacto, regulado principalmente en el art 21.3 ET, tendrá que celebrarse por escrito y afectará a las actividades que no impliquen una competencia desleal (para las otras ya existe la prohibición de concurrencia genérica). Para compensar al trabajador tendrá que mediar una compensación económica y el pacto será revocable, tanto de mutuo acuerdo, como por decisión unilateral del trabajador, que deberá avisar por escrito con una antelación de 30 días, aunque no del empresario. En caso de revocación del pacto, se perderá el derecho a la compensación económica, algo que puede suponer el germen de un litigio, principalmente cuando la compensación económica hubiera consistido en una cantidad a tanto alzado.

-pacto de no concurrencia para después de extinguida la relación laboral: se trata de un acuerdo escrito por el que empresario y trabajador acuerdan que el trabajador no prestará servicios para otros empresarios en el ámbito negocial de la empresa, durante un tiempo tras la finalización del contrato, por existir una colisión con el interés del primer empresario, mediando por ello, una compensación económica. Para poder celebrar este pacto, el art 21.2 ET establece dos condiciones: el empresario tiene que tener un efectivo interés industrial o comercial y la duración no podrá ser ilimitada, será como regla general, por un máximo de 6 meses tras la extinción del contrato, o 2 si se trata de un trabajador cualificado como técnico.

-pacto de permanencia en la empresa: se trata de una posibilidad contemplada por el art 21.4 ET y la finalidad de este pacto será asegurar una determinada duración de la relación laboral. Tiene que celebrarse por escrito y se dará en aquellos casos en que el trabajador haya recibido una especialización profesional para un proyecto concreto por cuenta del empresario. Su duración máxima será de 2 años y en caso de que el trabajador abandone la empresa antes de lo pactado, tendrá que indemnizar al empresario.

Hasta el momento nos hemos referido a la buena fe con respecto al trabajador, pero el empresario también está sometido al deber de buena fe contractual y algunas manifestaciones de ello son los siguientes deberes:

-el deber de preaviso: muestras de este deber son los arts 49.1 ET establece que el empresario deberá avisar con una antelación de 15 días cuando decida dejar de pagar al trabajador porque va a extinguir el contrato, 40.3 ET establece el deber de avisar con 30 días de antelación cuando pretenda efectuar un traslado y 41.3 ET que establece un plazo, de nuevo, de 30 días de antelación, para que el empresario avise al trabajador en caso de modificación de las condiciones sustanciales de trabajo.

-el deber de entregar diversos certificados relativos a la actividad de la empresa, ya sea en casos específicos, como en el caso de contratos para la formación o prácticas, o con carácter general, como el certificado de empresa, que el empresario deberá entregar al trabajador para que este pueda acceder a las prestaciones por desempleo, sea cual sea la causa de extinción del contrato, e incurriendo, el empresario que no lo entregue, en una infracción calificada en la LISOS como grave y sancionada con multa de hasta 3000 euros.

c) DEBER DE OBEDIENCIA

Este deber aparece sancionado en el art 5d ET y desarrollado en el art 20.1 ET.

Se trata del principal deber en relación con la dependencia y la relación jerárquica que se deriva del contrato de trabajo, de forma que, el trabajador está obligado a cumplir los reglamentos, órdenes y mandatos del empresario o de las personas en quienes este delegue o que le asistan.

Por tanto, este deber se corresponde a la facultad de dirección del empresario, de forma que todas las órdenes que cumplan los requisitos necesarios para ser vinculantes deberán ser obedecidas so pena de sanción. Así, para ser vinculantes, las órdenes empresariales deberán cumplir los requisitos de:

-objetividad: la orden tiene que darse para atender las necesidades del proceso productivo

-licitud: no pueden ser contrarias a las normas

-idoneidad: no puede ser perjudicial para los intereses de la empresa ni afectar a la seguridad, dignidad o intimidad del trabajador o el resto de personas de la empresa

-tienen que darse dentro y durante la jornada de trabajo.

Así siempre que una orden empresarial que cumpla estos requisitos, el trabajador estará obligado a cumplirla y en caso contrario su conducta podrá ser considerada como un incumplimiento contractual que, como establece el art 54.2 ET puede llegar a ser sancionada con el despido disciplinario. No obstante, para que pueda darse esta sanción máxima tendrán que concurrir las siguientes circunstancias:

-tiene que tratarse de una desobediencia injustificada

-tiene que haber gravedad en el incumplimiento, es decir, voluntad manifiesta de enfrentarse al empresario

-tiene que existir culpabilidad por el trabajador, es decir, que las consecuencias de la conducta desobediente sean imputables al trabajador.

En caso de que no concurren estas circunstancias, podrá aplicarse una sanción menor.

Así, se consolida un principio íntimamente relacionado con el deber de obediencia que es el principio “solve et repete” por el cual, el trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones y deberá siempre cumplir las órdenes empresariales aún cuando no este de acuerdo y será después cuando pueda reclamar.

Sin embargo, este deber de obediencia tampoco es un deber de obediencia ciega ya que tiene unos límites que coinciden con los límites del poder de dirección del empresario.

En esta línea, la jurisprudencia ha abierto el paso en los últimos tiempos al “ius resistenciae”, que es una facultad del trabajador que le permite, frente a determinadas órdenes empresariales, hacer uso de la desobediencia justificada. Se trata de los siguientes tipos de órdenes:

-aquellas que sean contrarias a derechos reconocidos constitucionalmente

-aquellas que supongan la comisión de un ilícito penal

-aquellas que incidan en la vida privada del trabajados

-aquellas que supongan un riesgo inminente para la salud, la vida o la integridad del trabajador, salvo que se trate de puestos a los que se vinculan consustancialmente este tipo de riesgos (algunos ejemplos de situaciones que suponen un riesgo grave e inminente para el trabajador y cómo actuar en este caso aparecen en el art 21 LPRL y la posibilidad de ejercer esta facultad de desobediencia justificada aparece en el art 19.5 ET)

-aquellas ajenas a la relación laboral o que procedan de persona no legitimada para darlas

-aquellas que afecten negativamente a la empresa (desobediencia técnica)

En estos casos en que actúa el poder de resistencia y desobediencia justificada se despenaliza el incumplimiento de las órdenes empresariales, aunque cumple tener presente que la regla general es el “solve et repete”.

2. EL LUGAR DE LA PRESTACIÓN DEL TRABAJO

Habrá que distinguir tres conceptos clave a este respecto: empresa, centro de trabajo y lugar de trabajo.

La empresa, desde un punto de vista mercantil, la podemos definir como una organización de medios personales, financieros y técnicos que tiene como objeto el desarrollo de una actividad productiva.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico-laboral, la empresa es un conjunto organizado de trabajadores dirigidos por un empresario, a cuenta del cual prestan servicios en virtud de un contrato de trabajo por el que queda establecida una relación jerárquica. Por tanto, desde este punto de vista, sólo hay empresa cuando hay ese conjunto de trabajadores vinculados al empresario por un contrato de trabajo.

El empresario, por su parte, puede ser persona física o jurídica y puede ser titular de una o varias empresas, incluso dedicadas a actividades distintas.

El concepto de empresa es un concepto amplio, de forma tal que la empresa podrá coincidir con el centro de trabajo o podrá englobar distintos centros de trabajo. Desde el punto de vista del derecho laboral la empresa sólo resultará relevante cuando sea un centro de trabajo, y no en caso contrario.

El centro de trabajo, aparece definido en el art 1.5 ET como la unidad productiva con organización específica que este dada de alta como tal ante la autoridad laboral.

Este mismo art establece una especialidad de centro de trabajo: en la actividad marítima, el centro de trabajo es el buque, situado en la provincia donde radique el puerto base.

Por tanto vemos que el centro de trabajo se caracteriza por:

- es una unidad productiva, es decir, individualizada, separada o no de la empresa, donde se lleva a cabo una actividad productiva

- con organización específica, es decir, esta ud productiva tendrá una organización y dirección propia que le garantice autonomía en cuanto a su funcionamiento

- dada de alta como tal ante la autoridad laboral. A este respecto cabe señalar que hasta el RDL 1/86 de medidas urgentes administrativas, laborales y fiscales, la solicitud de alta ante la autoridad laboral era un requisito indispensable para que el centro de trabajo pudiera iniciar su actividad. Sin embargo, desde la entrada en vigor de esta norma, será suficiente con la comunicación de apertura o reapertura en los 30 días siguientes a que esta se haya hecho efectiva.

La forma de dar el alta del centro de trabajo es mediante un documento denominado parte de comunicación de apertura o reanudación de la actividad, que el empresario deberá entregar ante la delegación provincial de la Conselleria de Trabajo, independientemente del resto de trámites que deba llevar a cabo. En caso de que la Conselleria observe algún error, se dará al interesado 10 días para subsanarlo.

El parte contiene tres partes: una referida a los datos de la empresa, otra referida a los datos del centro de trabajo (si se trata de una obra de construcción o una actividad clasificada habrá que indicarlo) y datos de la producción y/o almacenamiento.

El modelo consta de 5 hojas en papel autocopiativo de las cuales una será para la Administración, otra para la Inspección de Trabajo, otra para el centro provincial de seguridad e higiene, otra para el departamento de informática y estadística y otra para el empresario.

Los datos que la administración obtiene con este documento le servirán para clasificar ese centro en función de la peligrosidad que suponga y organizar así sus medidas de vigilancia.

Si el empresario incumple esta obligación de dar de alta un centro de trabajo incurrirá en una infracción administrativa contemplada en la LISOS.

Por último, dentro del centro de trabajo, encontraremos distintos lugares de trabajo. El lugar de trabajo es un espacio físico más concreto que será importante delimitar a efectos de aplicar las medidas de prevención de riesgos. Dentro de esta amplia normativa, encontramos en el art 2 RD 436/97 la definición del lugar de trabajo como las áreas dentro del centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o puedan acceder por razones de su trabajo. (se incluyen los servicios higiénicos, los locales de descanso, locales de primeros auxilios y comedores) Incluso se podría puntualizar más localizando dentro de los lugares de trabajo, los puestos de trabajo concretos.

LECCIÓN 2. EL TIEMPO DE LA PRESTACIÓN DEL TRABAJADOR

0. REGULACIÓN

El tiempo de trabajo aparece regulado en el ET (arts 34-38) y en el RD 1561/95, sobre jornadas especiales de trabajo.

1. LA JORNADA DE TRABAJO

La jornada de trabajo es el tiempo diario, semanal o mensual que el trabajador dedica a trabajar y su duración estará influenciada por diversos factores entre los que destaca la negociación colectiva.

La tendencia tradicional ha sido a reducir su duración siendo esta una materia muy recurrente en la negociación colectiva y habiendo tenido una gran influencia en el nacimiento del derecho laboral (Ley del Menor de 1873).

En la actualidad, la CE establece en el art 40.2 la función de los poderes públicos de garantizar el derecho al descanso mediante la limitación de la jornada.

Así, la estructura reguladora de la jornada se configura en torno a tres fuentes: la normativa estatal, los Convenios Colectivos y el contrato de trabajo (la voluntad de las partes), siendo la normativa estatal la encargada de establecer la regulación mínima de derecho necesario que, en cualquier caso, ha de respetarse.

En esta materia, las infracciones son contempladas por la LISOS que califica como graves.

Habrá que distinguir dos tipos de jornada: la jornada ordinaria (establecida, con carácter general para todo tipo de trabajo) y las jornadas especiales (establecida con carácter particular para trabajos o actividades con circunstancias específicas).

1.1 LA JORNADA ORDINARIA

La jornada ordinaria de trabajo vendrá establecida, con carácter general, por el Convenio Colectivo o por el contrato de trabajo, aunque el ET establece que la duración máxima será de 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual.

A estos efectos, el art 34.5 ET aclara que se entenderá por tiempo de trabajo efectivo el transcurrido entre la llegada y el abandono del puesto de trabajo, no el que permanece en el centro de trabajo, con lo cual habrá unos tiempos previos y posteriores a la jornada que no computan como trabajo efectivo (tiempo para cambiarse, asearse, trasladarse desde la entrada del centro hasta el puesto o desde el mismo a la salida...).

En cualquier caso, el Convenio o el contrato podrán establecer un número de horas de duración de la jornada inferior al establecido por el ET, pero en ningún caso mayor, y también podrá establecerse otra distribución del tiempo de trabajo, siempre y cuando, se compense de forma que respete la norma.

En todo caso, tendrán que respetarse los siguientes descansos mínimos:

-descanso diario (art 34.3 ET), se trata del descanso entre jornada y jornada, y no podrá ser inferior a las 12 horas

-descanso semanal (art 37 ET), a la semana el trabajador tendrá derecho a disfrutar, como mínimo, de un descanso de un día y medio (generalmente el domingo y la tarde del sábado o la mañana del lunes), acumulables por períodos de hasta 14 días. Para los menores de 18 años, este descanso semanal será, como mínimo de 2 días

-descanso dentro de la jornada (la pausa del bocadillo) (art 34.4 ET), siempre que la jornada diaria continuada exceda las 6 horas, los trabajadores deberán disfrutar de una

pausa de, al menos, 15 minutos, que computarán como tiempo de trabajo efectivo siempre que así lo establezca el Convenio o el contrato. En el caso de los menores de 18 años, el descanso será de 30 minutos siempre que la jornada exceda las 4 horas y media de duración.

Hay que decir que el ET puso fin a la prohibición de que la jornada diaria de 9 horas, siempre que así se establezca por Convenio o por acuerdo colectivo.

1.2 JORNADAS ESPECIALES

El ET prevé la posibilidad de que una norma establezca, para unos trabajos con condiciones específicas, duraciones superiores o inferiores a las que hemos estado comentando, así como la posibilidad de modificar la duración de los descansos. El desarrollo de esta posibilidad está contenido en el RD 1561/95 de Jornadas Especiales, donde se contempla una serie de supuestos donde la duración de la jornada puede ser superior o inferior a la ordinaria, se trata de ampliaciones y reducciones de jornada.

Entre las ampliaciones se regulan las siguientes:

-empleados de fincas urbanas (art 3 RD)

El tiempo de trabajo comprenderá el tiempo que transcurra entre las horas de entrada y cierre de los portales, con uno o varios descansos y sin superar el límite establecido por el ET: 40 horas/sem de promedio en cómputo anual. Con respecto a los descansos, entre jornada y jornada tendrán que transcurrir como mínimo 10 horas, las dos restantes se compensan por períodos de hasta 4 semanas. Por último, el en el descanso semanal, el medio día podrá acumularse también por períodos de hasta cuatro semana o separarse respecto al otro.

-guardas y vigilantes no ferroviarios (art 4 RD)

El tiempo de trabajo será como máximo de doce horas/día, siempre y cuando dispongan de un lugar para descansar y no se les exija una vigilancia constante. En los descansos rigen las mismas peculiaridades que en el caso anterior.

-trabajo en el campo: labores agrícolas, forestales y pecuarias (art 5 RD)

La distribución de las horas de trabajo la establecerá el convenio colectivo o, en su defecto, los usos locales.

En labores agrícolas, de ganadería o guardería rural, en determinados períodos por circunstancias estacionales, la jornada podrá incrementarse en 20 horas semanales sin superar las 12 horas de trabajo efectivo diario.

Con respecto a los descansos, las peculiaridades son las mismas que en el primer supuesto.

-comercio y hostelería (art 6 y 7 RD)

Por convenio o acuerdo de empresa podrá establecerse la acumulación del medio día de descanso semanal por períodos de hasta 4 semanas.

Para estas actividades en temporada alta podrá establecerse la acumulación de ese medio día por períodos más amplios (hasta 4 meses) así como la reducción del descanso entre jornadas a diez horas.

-transportes y trabajo en el mar (arts 8-18bis RD)

Se diferencia entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia (el trabajador está a disposición del empresario, pero no presta trabajo efectivo). El tiempo de trabajo efectivo deberá respetar la regla general de 40 horas/semana de promedio en cómputo anual y la jornada diaria no podrá superar 12 horas, incluyendo horas.

El tiempo de presencia no podrá superar las 20 horas semanales de promedio en cómputo mensual.

Se establecen peculiaridades específicas para el transporte por carretera, ferroviario, aéreo y trabajo en el mar.

-trabajos en condiciones específicas: a turnos, puesta en marcha y cierre de los demás, condiciones especiales de aislamiento y actividades con jornadas fraccionadas (arts 19-22 RD)

En el caso del trabajo a turnos, cuando el cambio de turno impida disfrutar de las doce horas entre jornada y jornada, podrá reducirse este descanso hasta 7 como mínimo, compensándose en los días inmediatamente siguientes. El medio día de descanso semanal se podrá acumular por períodos de hasta 4 semanas o disfrutarse de forma separada del día completo.

En el caso de los trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás, se podrá ampliar la jornada en tiempo estrictamente necesario mediando la compensación que se establezca por convenio o acuerdo colectivo y, en todo caso, respetando los descansos entre jornada y semanal.

En el caso de los trabajos en condiciones especiales de aislamiento, los descansos entre jornadas y semanal podrán acumularse por períodos de hasta 8 semanas. En todo caso, salvo situaciones excepcionales, entre jornada y jornada deberá respetarse un descanso de 10 horas.

Entre las limitaciones de jornada se regula:

-trabajos expuestos a riesgos ambientales (limitación o control administrativo del tiempo de exposición) (art 23 RD)

En los trabajos que supongan para el trabajador un riesgo por circunstancias de especial peligrosidad, toxicidad o insalubridad y resulte imposible la eliminación del riesgo por otra vía, podrá establecerse la limitación de la jornada por convenio, acuerdo de empresa o contrato. En caso de que no se llegara a acuerdo podrá ser la autoridad laboral la que establezca esta limitación, que en ningún caso se verá compensada con una reducción de salario. La limitación durará mientras permanezca el riesgo y afectará al puesto que se encuentra expuesto, no a todo el centro de trabajo.

-trabajo en el campo (art 24)

En aquellas actividades que exijan un esfuerzo físico extraordinario o concurren circunstancias de especial penosidad, la jornada no podrá exceder las 6 horas y 20 minutos diarios y 38 horas semanales de trabajo efectivo.

En caso de que las actividades requieran tener los pies en el agua o en el fango y en las de cava abierta, la jornada diaria no podrá exceder las 6 horas diarias y treinta y seis semanales.

-trabajo en minas (art 25-28) (existe además una norma especial: Estatuto del Minero)

Con carácter general, la jornada no podrá exceder las 35 horas semanales de trabajo efectivo, tiempo que computa desde la entrada del 1º a la mina hasta la llegada de los primeros a la salida.

En los casos en que concurren circunstancias de especial penosidad, la jornada no podrá exceder las 6 horas diarias.

Por último, en algunos trabajos subterráneos, pueden darse patologías neumosicóticas, especialmente la silicosis, para evitar el levantamiento de polvo, en ocasiones se emplean sistemas basados en el uso del agua, en esos trabajos que se trabaje mojado, la jornada podrá reducirse hasta las 5 horas.

-trabajos de construcción y obras públicas (art 29 y 30)

En este caso se emplean unas reglas similares a las del apartado anterior, salvo que se trate de trabajos en cajones de aire comprimido, cuyas especialidades figuran en una OM de 1956.

-trabajo en cámaras frigoríficas (art 31 y 32)

Hasta la temperatura mínima de -5°C, la jornada será la normal, con descansos de 10 minutos cada 3 horas.

Entre -5°C y -18°C, la jornada no superará las 6 horas, con descansos de 15 minutos cada hora.

Cuando la temperatura sea inferior a -18°C, la jornada no superará las 6 horas, con descansos de 15 minutos por cada 45 de trabajo.

1.3 JORNADAS REDUCIDAS

El art 37, establece para determinados trabajadores en circunstancias específicas, la posibilidad de reducir la jornada, tratándose, en todo caso, de un derecho potestativo.

Los supuestos son los siguientes:

-37.4 ET: las trabajadoras por lactancia de hijo menor de 9 meses, tienen derecho a una hora de ausencia al trabajo, que podrán dividir en dos fracciones de ½ hora, y que pueden disfrutar el padre o la madre. Existe la posibilidad de que la trabajadora, por propia voluntad, sustituya este derecho por una reducción de ½ hora al final de la jornada, caso en el cual sólo ella podrá disfrutar la reducción. En cualquier caso, esta posibilidad sólo se mantiene mientras el hijo es menor de 9 meses y su disfrute no implica la pérdida del derecho a salario.

-37.4 bis ET: por parto prematuro u hospitalización del neonato, con la reducción proporcional del salario.

-37.5 ET: por motivos familiares tendrán derecho a reducción de jornada los trabajadores a cargo directo de un menor de 6 años, un minusválido o un familiar de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, en ningún caso, desempeñe actividades retribuidas. En el caso de los menores, el derecho se atribuye a los padres o tutores y se prolonga hasta el cumplimiento de la edad y, en el resto de supuestos, el derecho persiste hasta la recuperación o hasta que el trabajador decida dejar de ejecutarlo. En todo caso, conlleva una reducción de salario.

-37.7 ET: las trabajadoras víctimas de violencia de género, tienen derecho a una reducción de jornada con la reducción proporcional del salario, así como a la reordenación de la jornada, el horario... siempre con la finalidad de proteger a la víctima. Los términos concretos del ejercicio de este derecho se pueden fijar por convenio, acuerdo colectivo o contrato y, en ausencia de pacto, corresponde a la trabajadora la determinación de tales condiciones. En caso de desacuerdo, se acudirá a la jurisdicción social por procedimiento especial.

1.4 LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES

El art 34.3 ET establece que la jornada máxima diaria de trabajo para los menores de 18 años será de 8 horas, incluyendo las horas de formación teórica, trabaje para uno o varios empresarios.

El art 6 ET, por su parte, prohíbe el trabajo nocturno (de 10 de la noche a 6 de la mañana) y las horas extraordinarias a los menores de 18 años, así como la realización de determinados trabajos que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, declare nocivos, peligrosos o penosos.

Este mismo precepto, aunque permite el trabajo de los menores de 16 años en espectáculos públicos, lo hace bajo la condición de que estos trabajos no afecten a su desarrollo, su salud o su integridad.

Cabe aludir, al Decreto de 26 de Julio de 1956, sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores, que si bien a sido derogado en lo referido a prohibiciones a mujeres, se mantiene en vigor en cuanto a trabajos prohibidos a menores.

También la LPRL hace en su art 27 hincapié en el especial cuidado que el empresario debe prestar a la seguridad y salud de los trabajadores menores, calificándose cualquier infracción en materia de seguridad e higiene que afecte a un menor con el grado de muy grave y comportando una sanción mínima de multa de 5 millones de pesetas.

Además, la reciente Ley 28/2005, prohíbe el trabajo de los menores en aquellos espacios en los que esté permitido fumar.

2. TIPOS DE JORNADA: JORNADA CONTINUADA, JORNADA PARTIDA Y TRABAJO NOCTURNO

2.1 JORNADA CONTINUADA

Estaremos ante un supuesto de jornada de trabajo continuada cuando el tiempo de trabajo transcurre de forma ininterrumpida.

La única referencia en el ET aparece en el art 34.4, donde se establece que en las jornadas continuadas de más de 6 horas, deberá haber un descanso de 15 minutos (30 minutos, cuando la jornada exceda de 4 horas y ½ de duración, en el caso de los menores).

Por otra parte, los convenios, acuerdos de empresa o el propio contrato pueden hacer referencia a un supuesto de jornada continuada más reducida de lo habitual que se da generalmente en los meses de verano.

2.2 JORNADA PARTIDA

La jornada partida se caracteriza porque el tiempo de trabajo se divide en dos fracciones, separadas por un tiempo que, generalmente, coincide con el de la comida.

2.3 TRABAJO NOCTURNO (art 36 ET y RD 1561/1995)

El art 36.1 del ET establece que tendrá la consideración de trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana, y, tendrán la consideración de trabajadores nocturnos, aquellos que realicen 3 horas de su jornada dentro de esta franja horario o aquellos que se prevea que realizarán ½ de su jornada anual dentro de este horario.

A estos trabajadores nocturnos se les reconoce el derecho a que, por Convenio Colectivo, se establezca una remuneración específica, dadas las circunstancias especialmente penosas del trabajo nocturno, a no ser que su salario haya sido establecido teniendo en cuenta esas circunstancias o que se haya acordado la compensación con descansos.

Dada la incidencia del trabajo nocturno en la alteración de los ritmos biológicos y su relación con determinadas patologías, el trabajo nocturno se encuentra especialmente controlado:

- a) en relación al tiempo de trabajo, ya que la jornada no podrá ser superior a 8 horas al día de promedio en períodos de 15 días y los trabajadores nocturnos no podrán realizar horas extraordinarias.

*Si bien el RD 1561/1995 exceptúa estos límites cuando se trate de supuestos de ampliación de jornada, de reparar o prevenir daños extraordinarios o cuando se produzcan irregularidades en el relevo de los turnos.

b) en relación con las medidas de prevención y protección, dado que los trabajadores nocturnos deberán contar con las medidas apropiadas a las características de su trabajo y equivalentes a las del resto de trabajadores.

3. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS (art 35 ET)

Tendrán consideración de horas extraordinarias, las horas realizadas sobre la duración de la jornada ordinaria de trabajo.

Por convenio o, en su defecto, por contrato se optará entre abonar estas horas (nunca a un precio inferior al de una hora ordinaria) o compensarlas con descansos retribuidos. En ausencia de pacto se compensarán con periodos de descanso retribuido, dentro de los 4 meses siguientes a su realización.

El número máximo de horas extraordinarias que se pueden realizar son 80 horas al año y, a efectos de este máximo no computarán, las compensadas con descanso retribuido dentro de los 4 meses siguientes ni las realizadas para prevenir o reparar siniestros de carácter urgente.

La realización de horas extraordinarias será voluntaria, salvo que se haya pactado su realización por convenio o por contrato.

El Gobierno podrá limitar o suprimir la posibilidad de realizar horas extraordinarias, de forma general o en un ámbito específico, con el fin de incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso.

4. TRABAJO A TURNOS (art 36 ET)

El art 36.3 ET establece que tendrá la consideración de trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipos por la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar servicios en horarios diferentes en un periodo de días o semanas.

Las empresas que sigan esta modalidad organizativa deberán tener en cuenta:

- a efectos de la rotación, ningún trabajador podrá estar más de dos semanas consecutivas en turno de noche, salvo adscripción voluntaria
- el art 23 ET establece preferencia en la elección de turno a los trabajadores que se encuentren cursando una formación conducente a la obtención de un título académico o profesional
- en el caso de trabajadoras embarazadas cuando el sistema de turnos afecte a la madre o al feto o, en su caso, al hijo en período de lactancia, se podrá prohibir esta modalidad (art 26 LPRL)
- en materia de seguridad e higiene en el trabajo, los trabajadores en régimen de turnos gozarán de las mismas garantías que los trabajadores nocturnos, ya que también esta modalidad organizativa del tiempo de trabajo se asocia a la alteración de los ritmos biológicos
- en cuanto al ritmo de trabajo, se tendrá en cuenta el principio de adaptación del trabajo al trabajador y la ergonomía de los puestos de trabajo.

5. DESCANSO SEMANAL, FESTIVOS Y VACACIONES (arts 37 y 38 ET)

37.1 ET DESCANSO SEMANAL

El descanso semanal consiste en un período de descanso retribuido de 1 día y medio ininterrumpido, acumulable por períodos de hasta 14 días y, salvo pacto, los días serán el domingo completo y la tarde del sábado o la mañana del lunes.

En el caso de los menores de 18 años, el descanso será de 2 días ininterrumpidos por semanas, también ampliables por períodos de hasta 14 días.

La duración del descanso semanal es ampliable por convenio colectivo y el Gobierno posee la facultad de fijar regímenes alternativos, ejemplo de ello son algunas de las disposiciones del RD 1561/95.

37.2 ET FESTIVOS

Las festividades son días de descanso retribuido y no recuperables, serán como máximo 14 al año, de los cuales dos serán locales.

Por tanto, los festivos nacionales son 12 y vienen establecidos por el RD 2001/83, que aunque fue derogado por el RD 1561/95, mantiene en vigor sus artículos 45, 46 y 47.

El art 45 de este RD, establece las festividades nacionales, entre ellas, el 12 de Octubre, el 1 de Mayo o el 25 de Diciembre.

Por su parte, el art 46 establece que las fiestas locales serán las propias por tradición.

Al respecto de las festividades nacionales, se concede al Gobierno la facultad de trasladar a lunes los festivos que coincidieran en medio de la semana, salvo que se trate del 1 de Mayo, 12 de Octubre o 25 de Diciembre y, cuando un festivo coincide en domingo el disfruta el lunes posterior o que, las CCAA, sin sobrepasar ese límite de 14 festividades, establezcan en su lugar, las que le sean propias.

En caso de que ninguna festividad nacional coincida domingo, la CCAA podrá establecer una festividad local adicional de carácter recuperable.

38 ET VACACIONES ANUALES

Las vacaciones anuales consisten en el disfrute de un periodo de descanso retribuido e ininterrumpido que tiene como finalidad recuperar la forma física y realizar actividades de ocio.

Su duración se fija por convenio o contrato y será, como mínimo 30 días naturales, que se disfrutaran en proporción al tiempo trabajado. En principio, salvo pacto, el derecho a disfrutar las vacaciones ha de disfrutarse dentro del año natural ya que caduca al finalizar el año.

La retribución, en principio, la fija el convenio o el contrato. Lo habitual es que esta retribución coincida con lo percibido en el periodo anterior, excluyéndose los complementos de carácter extrasalarial.

Respecto al período concreto de disfrute de las vacaciones, se establecerá mediante pacto entre el empresario y el trabajador o los representantes de los trabajadores, con la posibilidad de que el periodo se fraccione pero, a lo menos, 14 días tendrán que disfrutarse de forma ininterrumpida. En caso de desacuerdo se estará a lo establecido el Convenio Colectivo.

Las directrices que suelen fijar los convenios a este respecto son:

-posibilidad de que el empresario excluya como período de vacaciones, aquellas fechas que por razón de la actividad puedan considerarse “temporada alta”

-posibilidad de que las vacaciones se disfruten de acuerdo con un régimen de turnos

-en caso de seguir este último sistema, posibilidad de que los trabajadores con cargas familiares tengan preferencia para elegir turno.

En esta línea, las empresas deberán tener un calendario de vacaciones (o calendario laboral) situado en un lugar visible para que los trabajadores puedan conocer su período de vacaciones con, al menos, dos meses de anterioridad.

En caso de desacuerdo individual y también colectivo, la solución vendrá dada por vía judicial (juzgado de lo social), por procedimiento especial y sumario recogido en la LPL.

Por último, respecto a este tema, la Ley Orgánica de igualdad ha introducido un nuevo párrafo en este art 38 ET, estableciéndose que, cuando el período de vacaciones fijado en el calendario laboral coincida con una IT derivada de embarazo, maternidad, lactancia natural o con el descanso por maternidad (suspensión del contrato del art 48 ET), la trabajadora tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en otras fechas, inclusive, una vez terminado el año natural.

6. PERMISOS RETRIBUIDOS (art 37.3 ET)

Se trata de una serie de supuestos en los que el trabajador, previo aviso y con justificación, puede ausentarse de su trabajo (interrumpir la prestación del trabajo), sin menoscabo de su salario.

La ley regula algunos de estos supuestos:

-15 días naturales por matrimonio civil o religioso

-2 días por nacimiento de hijo o por fallecimiento, accidente, enfermedad grave u hospitalización de un familiar de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; y 4 días cuando se requiera desplazamiento. Con respecto a este supuesto, la LO de igualdad, incorpora un nuevo supuesto: la intervención quirúrgica sin hospitalización que requiera descanso domiciliario

-1 día por traslado de domicilio habitual

-el tiempo inexcusable por cumplimiento de deberes inexcusables de carácter público y personal. Este supuesto merece dos consideraciones especiales, ya que, cuando las ausencias superen el 20% de horas laborales en un período de 3 meses, el trabajador podrá ser pasado a una situación de excedencia forzosa, y, cuando el trabajador perciba una indemnización como consecuencia del ejercicio de ese deber de carácter público, se le descontara del salario que debiera percibir.

-para realizar funciones de representación sindical o unitaria en los términos establecidos legal o convencionalmente (crédito de horas)

-tiempo indispensable para realización de exámenes y pruebas prenatales.

Además de estos supuestos de ausencia retribuidas, el ET prevé otras, como para concurrir a exámenes (art 23.1 ET) o cuando el trabajador encuentre su trabajo retrasado o interrumpido por causas no imputables a él.

En cualquier caso, estos son los permisos mínimos y por convenio pueden ampliarse o regularse otros nuevos.

LECCIÓN 3. PRESTACIONES DEL EMPRESARIO: EL SALARIO

0. INTRODUCCIÓN

Las obligaciones básicas que vinculan al empresario por el contrato de trabajo son dos: retribuir y respetar laboral y personalmente al trabajador.

Cuando hablamos de salario, estamos haciendo referencia directamente a la obligación de retribuir, es decir, a una de las obligaciones principales del empresario.

1. EL SALARIO (art 26)

El salario es un elemento básico de la relación laboral, ya que, su función jurídica es la de retribuir los servicios prestados por el trabajador por cuenta ajena.

Pero además, el salario cumple otra función, ya que sirve como medio de subsistencia del trabajador.

CONCEPTO

El art 26.1 define el salario como el total de las percepciones económicas, ya sea en dinero o en especie, que el trabajador percibe como compensación por sus servicios laborales o por los descansos computables como trabajo, cualquiera que sea la forma de remuneración,

Respecto al salario en especie, el ET advierte que no puede superar el 30% de la totalidad de las percepciones salariales del trabajador. Ello se debe, principalmente, a que este no es un sistema de remuneración que agrade especialmente al legislador.

PERCEPCIONES NO SALARIALES

Por su parte, el art 26.2 ET amplía la definición de salario al hacer referencia a una serie de cantidades que el trabajador percibe en el marco de la relación laboral, que no tienen la consideración de salario, ya que les falta carácter retributivo. Estos supuestos son:

- las indemnizaciones o suplidos por gastos: se trata de una serie de cantidades que tratan de compensar por una serie de gastos en que el trabajador ha de incurrir para poder llevar a cabo la realización del trabajo, tales como el quebranto de moneda, el desgaste de útiles, herramientas y ropa de trabajo o los gastos de locomoción y dietas
- las prestaciones e indemnizaciones de Seguridad Social
- las indemnizaciones por traslado, suspensión o despido.

TIPOS DE SALARIO

- a) El salario puede ser en dinero, es decir, en moneda de curso legal, aceptándose el pago mediante talón, ingreso o cualquier otro medio similar, o bien en especie, es decir, entregando cualquier remuneración distinta al dinero.
- b) El salario puede ser por unidad de obra (salario a destajo), remunerándose el resultado obtenido independientemente del tiempo de trabajo, o por unidad de tiempo, es decir, remunerando el tiempo de trabajo independientemente del resultado obtenido. dentro de la categoría de salario por unidad de tiempo se diferencian dos posibilidades: el salario a jornal, donde el módulo de cómputo es el día o la hora y el sueldo, donde el módulo es el mes.
- c) Existen además otros tipos de salario como el salario a tarea (el trabajador se compromete a obtener un resultado en un tiempo determinado), los incentivo (primen el esfuerzo), el salario a comisión o las stock options (derechos de opción de compra a un precio determinado).

2. ESTRUCTURA SALARIAL

SALARIO BASE

Es la parte de la retribución del trabajo fijada para cada categoría o grupo profesional por unidad de tiempo, independientemente del resultado.

La cuantía será una determinada y vendrá establecida por Convenio Colectivo o por contrato. Esta, no podrá ser en ningún caso inferior al SMI, que operará como salario base en defecto de Convenio.

La importancia del salario base radica en dos puntos:

- es la cantidad que uniformiza la retribución de la categoría o grupo profesional
- sirve como soporte para el cálculo de los complementos.

COMPLEMENTOS SALARIALES

Se trata de unos pluses que complementan al salario base cuando concurren una serie de circunstancias. Estos complementos se reconocen en los convenios o en el contrato fijando su cuantía o la forma de realizar el cálculo para hallarla y su función es romper la uniformidad retributiva dentro del grupo o categoría profesional.

Las circunstancias en torno a las cuales pueden establecerse estos complementos se pueden clasificar en tres bloques:

-complementos relacionados con las circunstancias personales del trabajador: retribuyen una determinada cualificación profesional, unos conocimientos específicos y, en general, una serie de características que repercutirán en la cantidad y calidad del trabajo. Entre ellos, tradicionalmente ha sido muy importante el de antigüedad, que retribuye los años de servicio. Este complemento es establecido y regulado por el convenio, donde necesariamente se recogerá: el tramo necesario para su nacimiento y su cuantía, ya sea un porcentaje del salario base o una cantidad a tanto alzado.

A efectos de este complemento computará como antigüedad:

- el tiempo que el trabajador permaneció en la empresa con un contrato formativo
- el periodo de prueba
- el tiempo de excedencia forzosa

*además, la antigüedad se mantiene aunque el trabajador cambie de puesto en la empresa.

En la actualidad la tendencia es a la eliminación y reducción de este complemento.

-complementos relacionados con el puesto de trabajo: se trata de una serie de complementos asociados a las características peculiares del puesto o de la forma de realizar el trabajo como la penosidad, toxicidad, nocturnidad...

Se trata de complementos funcionales y, por tanto, no consolidables, es decir, una vez que el trabajador deja de realizar esa tarea, el complemento se deja de percibir.

SMI

El Salario Mínimo Interprofesional constituye el marco legal que establece la cuantía mínima del salario para todas las actividades, teóricamente corresponde al nivel mínimo de subsistencia y su fijación es independiente de las categorías profesionales, puestos, sectores... con lo cual resulta de aplicación a cualquier trabajador por cuenta ajena.

Por convenio colectivo o por contrato podrán fijarse salarios distintos siempre y cuando sean superiores pero, en ningún caso, por debajo del SMI. A este respecto destacan las tablas salariales fijadas en los convenios colectivos que deberán ser revisadas cada año con ocasión de los incrementos en el SMI.

Respecto a su fijación, el art 27 ET establece que corresponde al Gobierno, previa consulta de las organizaciones sindicales y asociaciones profesionales más representativas y teniendo en cuenta datos como el IPC, el PIB, la evolución del empleo y la coyuntura económica en general. En concreto, para el año 2007, el RD 1632/2006

establece que la cuantía del SMI será de 19,02 euros/día, 570,60 euros/mes y 7988,40 euros/año.

Esta cuantía, se entiende referida a la jornada ordinaria legal, correspondiendo la parte proporcional en los casos en que la jornada sea menor.

A esta cuantía se añadirán, en su caso, los complementos y, a efectos del cálculo de los mismos, el SMI se emplea como base del cálculo en los casos en que en el convenio no se haya fijado un régimen.

ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN

El SMI establece un mínimo para la cuantía del salario pero nada impide que por convenio o por contrato se establezcan cuantías distintas siempre y cuando no resulten inferiores, el caso es que cuando se produzcan incrementos en el SMI habrá que revisar lo pactado en convenio o contrato para que no quede por debajo y si es necesario aumentar lo pactado, al menos, hasta la cuantía del SMI.

Sin embargo, cuando los niveles salariales sigan siendo superiores al SMI, el aumento del mismo no les afectará y a este respecto resultan clarificadores los arts 26.5 y 27.1 ET.

El art 26.5 ET establece que opera la absorción y compensación cuando los salarios realmente abonados, en su cómputo conjunto y anual, resulten más favorables y, por su parte, el art 27.1 ET establece en su último párrafo que la revisión del SMI no afecta cuando los salarios profesionales en su conjunto y cómputo anual sean superiores al mismo.

IPREM

El Indicador Personal de Rentas de Efectos Múltiples, que entro en vigor en Julio de 2004, se emplea para el cálculo de algunas prestaciones de SS y, para el 2007, esta fijado por la Disposición Adicional 33ª de la Ley de Presupuestos del Estado en 16,64 euros/día, 499,20 euros/mes y 5990,40 euros/año.

3. LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LOS SALARIOS

En principio el lugar del pago del salario siempre que este sea en metálico o mediante cheque será el lugar de trabajo, empresa o centro de trabajo. Cuando el pago se efectue mediante cuenta bancaria, el trabajador podrá negarse a abrir una cuenta en la entidad que la empresa le solite.

Respecto al momento, el pago ha de ser puntual aunque, como regla general será a posteriori. Esta posterioridad no podrá superar el mes y cuando no se respete esta regla se aplicaran intereses de demora que el art 29.3 ET establece en el 10% de lo adeudado. Por otra parte, el trabajador tiene derecho a percibir anticipos por el trabajo ya realizado. El pago, además, ha de estar documentalizado en un recibo de salario según el modelo establecido por Convenio o por la OM de 27 Dic 1994. en este documento se exige la firma y sello de la empresa así como la del trabajador a no ser que se utilice como fórmula de pago la transferencia bancaria, caso en el cual esta última no será necesaria.

4. LA PROTECCIÓN DEL SALARIO

A este respecto operan los siguientes principios:

-Igualdad: este principio recogido en el art 28 ET así como en el 35 CE impide al empresario el tratamiento diferenciado injustificado, a la hora de abonar el salario, entre hombres y mujeres. Lo que no se impide son los tratamientos diferenciado por causa justificada.

-Inembargabilidad: el art 27.2 ET establece que el SMI es inembargable en su totalidad. No obstante, esta regla tiene una excepción ya que la Ley de enjuiciamiento civil establece la posibilidad de embargo cuando se trate de hacer frente al deber de alimentos con el cónyuge o hijos en procedimientos de separación, divorcio, nulidad matrimonial...

Por otra parte, cuando se trate de salarios superiores al SMI habrá que atender a los porcentajes de embargabilidad que se establecen en función de la proporción en que se supere el SMI: el 30% cuando se doble el SMI, el 50% cuando se triplique el SMI...

-Privilegio de los créditos salariales: esta regulado en el art 32 ET donde se establecen las posibles consideraciones que podrán tener los créditos salariales en las situaciones en que concurren varios acreedores del empresario.

El art 32.1 ET establece la consideración de créditos superprivilegiados para los salarios de los últimos 30 días que no superen el doble del SMI, hallándose estos créditos en situación preferente incluso sobre los créditos garantizados por una prenda o hipoteca.

El art 32.2 ET establece la consideración de créditos con preferencia especial para los salarios correspondientes a objetos elaborados por el trabajador y en posesión del empresario.

El art 32.3 establece una preferencia ordinaria para los salarios adeudados tras aplicar las reglas anteriores en la cuantía de 3 veces el SMI por el número de días pendientes de pago, estos créditos tendrán preferencia sobre cualquier otro excepto los garantizados por derechos reales.

Por otra parte, el art 32.5 ET establece que cuando el empresario se encuentre en situación de concurso se aplicará lo dispuesto en la Ley Concursal.

-Fondo de Garantía Salarial (FOGASA): el art 33 ET se refiere a este organismo, creado por el RD 505/1985, como un organismo autónomo, dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que garantiza en los casos de insolvencia, quiebra, declaración de concurso... del empresario, el pago de los salarios debidos a los trabajadores que hayan sido reconocidos en un acto de conciliación o por sentencia firme en la cuantía máxima de de 3 veces el SMI por el número de días de salario pendientes hasta un máximo de 150.

Además, el FOGASA, también abona las indemnizaciones debidas e igualmente reconocidas en casos de extinción del contrato conforme a los arts 50, 51 y 52 ET y, en su caso, extinción de contratos temporales o de duración determinada. En todos estos casos el límite será 1 año sin que el salario diario base del cálculo pueda superar 3 veces la cuantía del SMI, incluyendo la parte proporcional de las pagas extras.

Hasta ahora nos hemos venido refiriendo a una responsabilidad subsidiaria del FOGASA, sin embargo, el Fondo tiene responsabilidad directa en empresas de menos de 25 años cuando se produzca una extinción del contrato por causas económicas, organizativas o de la producción o en caso de despido objetivo. Casos en los que corresponderá al Fondo abonar el 40% de las indemnizaciones.

Por último, el art 51.12 ET contempla la posibilidad de que en determinados supuestos de necesidad o fuerza mayor, el pago de las indemnizaciones que puedan corresponder a los trabajadores, fuera realizado por el FOGASA.

LECCIÓN 4. OTRAS OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO

1. RESPETO A LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

La facultad organizativa del empresario se traduce en el poder de impartir órdenes a los trabajadores, denominado poder de dirección.

Este poder no constituye un derecho absoluto sino que está sometido a algunas limitaciones, entre las que destaca el derecho a la dignidad y el respeto a la intimidad de los trabajadores.

En caso de no respetar esta obligación, el empresario incurriría en una infracción calificada por la LISOS como muy grave.

Este deber del empresario se corresponde directamente con el derecho de los trabajadores contemplado en el art 4.2 ET, a que se respete su intimidad y su dignidad.

Otras referencias relacionadas que podemos encontrar en el ET son las siguientes:

- art 18 ET → cautelas que el empresario debe adoptar en caso de efectuar registros
- art 20.3 ET → consideraciones a la dignidad humana y a la capacidad real de los trabajadores disminuidos cuando tome medidas de vigilancia y control
- art 50.1a ET → respeto a la dignidad del trabajador cuando se realicen modificaciones sustanciales
- arts 4.2c, 17 y 28 ET → derecho a la no discriminación
- art 39.3 ET → respeto a la dignidad del trabajador cuando se efectúe movilidad funcional

2. EL ACOSO MORAL O MOBBING

Se define como la situación en que una persona o grupo de personas ejercen violencia psicológica extrema de forma sistemática sobre otra persona o personas con el fin de destruir sus redes de comunicación, perturbar sus labores... para lograr que, definitivamente, abandone el lugar de trabajo.

El mobbing se manifiesta en dolencias físicas y psíquicas y afecta de forma especial a las mujeres, en concreto, en el sector de la Administración Pública.

Para poder hablar de acoso moral tienen que concurrir las siguientes circunstancias:

- comportamientos negativos graves hacia la persona
- prolongados en el tiempo (más de 6 meses)
- ejercidos por compañeros o superiores
- repercusión en dolencias físicas o psíquicas
- con la finalidad de que el trabajador dimita de su puesto.

Resulta de aplicación a esta situación la Constitución, el ET, la LPRL y la LGSS.

Si se encontrara en esta situación, el trabajador deberá:

- poner los hechos en conocimiento de los representantes de los trabajadores
- denunciar el hecho a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
- interponer una acción ante el juez de lo social
- solicitar la extinción indemnizada del art 50 ET
- acudir al Proceso Especial de Tutela de la Libertad Sindical y demás derechos fundamentales

3. EL DEBER DE DAR OCUPACIÓN EFECTIVA

El art 4.2a ET sanciona el derecho de los trabajadores a la ocupación efectiva y, en este sentido, también se configura como deber del empresario.

Este deber se verá incumplido:

- cuando el empresario no tome en consideración el trabajo del trabajador o lo destine a trabajos inferiores a los que le corresponden

- cuando por causas imputables al propio empresario, este no facilite al trabajador los instrumentos necesarios para realizar su trabajo (el trabajador tiene derecho a salario).

El trabajador al que no se le respete su derecho a la ocupación efectiva podrá:

- pedir al juez que condene al empresario a dársela

- solicitar al juez la extinción del contrato fundada en incumplimiento contractual del empresario con una indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades.

4. DEBER DE PROMOCIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DE LOS TRABAJADORES

El derecho a la promoción y formación profesional de los trabajadores se sanciona en el art 4.2b ET, aunque se menciona en muchos otros (16, 22, 23, 24, 25 y 39).

Este derecho se corresponde con el deber del empresario de facilitarla que se regula brevemente en el art 23 ET.

LECCIÓN 5. LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

1. SISTEMA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL: CATEGORÍAS Y GRUPOS

El contrato de trabajo es un contrato personal, es decir, se celebra teniendo en cuenta las cualidades específicas del trabajador.

Estas cualidades personales y, más concretamente, las profesionales resultarán determinantes a la hora de encuadrar al trabajador dentro de una determinada clasificación y dentro de la estructura organizativa de la empresa.

Desde un punto de vista teórico, podemos diferenciar dos tipos de clasificación profesional que afectarán al trabajador:

-la clasificación individual del trabajador, que lo posicionara en un determinado grupo o categoría y que se produce en todas las empresas

-y la clasificación global dentro de la empresa, que hace referencia al encuadramiento de ese trabajador dentro del esquema organizativo de la empresa y no tiene que darse necesariamente en todas las empresas porque dependiendo del tamaño de la empresa habrá tal estructura o no.

Desde un punto de vista más práctico, podemos distinguir entre clasificación horizontal y vertical. La primera hace referencia a la agrupación de todos los trabajadores con cualificación similar y la segunda a la estructura jerárquica que existe dentro de cada especialidad.

Lo más importante en relación con la clasificación profesional es que de la categoría profesional dependerán las funciones exigibles al trabajador, al igual que el salario y las cotizaciones. En este sentido, podemos decir también que la clasificación profesional del trabajador determina el objeto cierto del contrato de trabajo: las tareas específicas para las que se contrata la prestación de servicios, con lo cual, nos permite diferenciar el trabajo libre objeto de un contrato de trabajo del trabajo esclavo o de la servidumbre, donde al siervo se le exige la realización de cualquier tipo de tarea.

En concreto resulta imprescindible aludir en relación con el tema de la clasificación profesional al art 22 ET.

El art 22.1 ET establece que el sistema de clasificación profesional se establecerá por convenio o acuerdo de empresa y, aunque el ET no lo menciona expresamente, en ausencia de pacto, se atenderá a los usos y costumbres locales y profesionales.

En concreto, la clasificación se hará por categorías o grupos profesionales y, por su parte los autores diferencian tres posibles sistemas de clasificación profesional: por categorías, por grupos y mixtos (agrupan a los trabajadores por grupos y, dentro de ellos por categorías).

Respecto de las categorías, el ET no establece una definición de las mismas pero podemos caracterizarlas por agrupar a los trabajadores en función de su aptitud profesional en virtud de una titulación o de una experiencia. Lo que si se menciona expresamente en el art 22.3 ET son las categorías equivalentes entendiendo que una categoría es equivalente a otra cuando las aptitudes de la primera permitiesen desarrollar las funciones básicas de la segunda previa realización, si fuera necesario, de un proceso simple de formación o adaptación.

Los grupos profesionales, sin embargo, aparecen expresamente definidos en el art 22.2 ET caracterizándose por encuadrar de forma amplia aptitudes y titulaciones y contenido general de la prestación, pudiendo englobar a más de una categoría.

El art 22.4 ET hace una referencia a los criterios de clasificación profesional estableciendo que no podrán ser discriminatorios.

Respecto de la determinación de las tareas concretas a realizar así como de la clasificación profesional, el art 22.5 ET establece que resultará pactada entre las partes, si bien en este sentido hay que tener en cuenta dos matices, por un lado es el empresario quien demanda un trabajador para cubrir un puesto o una necesidad productiva concreta y, por otro, determinados trabajos exigirán por norma administrativa la posesión de una determinada cualificación o titulación.

Cabe hacer una serie de puntualizaciones en lo tocante a las cualidades del trabajador que sustentan la clasificación profesional y también en cuanto a las tareas que en virtud de esta realizara:

-en primer lugar cabe decir que el empresario dispone del periodo de prueba como medio para constatar que el trabajador reúne realmente esas cualidades y su clasificación es correcta ya que estas, como regla general, no podrán ser argüidas como causa de despido una vez transcurrido dicho período; si bien, en los casos en que haya habido por parte del trabajador una ocultación maliciosa de información si se admitirán estos argumentos como fundamento del despido.

-en segundo lugar, también es importante que el trabajador puede tener más de una categoría subjetiva, sin embargo, sólo estará obligado a realizar aquellas funciones correspondientes a aquella categoría para la que se celebró el contrato.

-por último, hacer mención a una serie de supuestos en los que se celebra un contrato, asignando a un trabajador una clasificación inferior a la que correspondería a las tareas que efectivamente va a realizar. En estos supuestos, el trabajador tendrá derecho a reclamar las remuneraciones y cotizaciones que realmente le corresponderían, si bien hay que distinguir estos casos de aquellos en que determinadas tareas puedan ser desarrolladas con dos titulaciones, ya que en estos casos no es discriminatorio remunerar mejor al que tenga la titulación superior.

2. LA POLIVALENCIA FUNCIONAL

De la lectura del art 22.5 2º párrafo ET se extraen claramente dos conclusiones a este respecto:

-que un trabajador puede realizar tareas correspondientes a distintas categorías o grupos profesionales

-que el criterio para establecer su clasificación profesional no serán las funciones superiores, sino las que resulten prevalentes.

3. LA PROMOCIÓN EN EL TRABAJO: ASCENSOS Y PROMOCIÓN ECONÓMICA

A efectos de ascensos y promoción económica resulta clave el conocido como escalafón de empresa que consiste en una relación de los trabajadores de la empresa en la que se contienen datos relativos a los mismos como, por ejemplo, la antigüedad.

Hay que distinguirlo de la plantilla, que es un esquema que contiene los puestos que constituyen el organigrama de la empresa y cuya elaboración corresponde al empresario teniendo en cuenta los acuerdos que hubiera adoptado.

Ya se ha mencionado que la clasificación profesional del trabajador resulta condicionante de toda la relación laboral, si bien, esta no tiene porque permanecer inmutable: cabe la novación. En este sentido, la trayectoria habitual, salvo raras excepciones, suele ser el ascenso, que podemos definir como la reclasificación del trabajador en una categoría profesional superior a la que tenía antes.

Esto tampoco significa que los ascensos sean automáticos, sino que para ascender habrá que reunir unos requisitos o superar unas pruebas, en concreto, el art. 24 ET que se refiere a los ascensos establece respecto a los criterios para ascender que:

-los ascensos se producirán conforme a lo establecido por convenio colectivo o acuerdo de empresa

-tendrán en cuenta las capacidades, méritos o antigüedad del trabajador, así como las capacidades organizativas del empresario

-en ningún caso, los criterios de ascenso podrán resultar discriminatorios por razón de sexo.

Un sistema de ascenso habitual en las empresas suele ser el de turnos que consiste en dividir las posibilidades de ascenso en bloques de modo que a un porcentaje de ascensos se accede por antigüedad, a otro por una prueba, otro lo designa el empresario...

Otro tipo de ascenso es el llamado ascenso condicionado o a prueba que consiste en ascender temporalmente al trabajador y si no supera esa prueba retorna a su anterior categoría, pero que no debe confundirse con el contrato a prueba.

Cabe matizar que de las palabras del ET “los ascensos se producirán” algunos autores han extraído la conclusión de que los ascensos son un derecho de los trabajadores, no fundamental, pero si reconocido constitucionalmente en el art. 35 CE.

Por último, apuntar que también se considera ascenso aunque impropio porque no implica una reclasificación profesional del trabajador, el ascenso dentro de la propia categoría profesional para acceder a un puesto mejor.

A la promoción económica se refiere el art. 25 ET que en su apartado primero establece la posibilidad de que el trabajador, en función del trabajo desarrollado, pueda tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en el convenio o en el propio contrato. (lo habitual es el plus por antigüedad)

Por otra parte el apartado 2º parece que, en la actualidad, carece de sentido al establecer que “lo dispuesto en el número anterior se entiende sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el tramo correspondiente” refiriéndose al antiguo apartado 2º del precepto que ha sido derogado.

4. LA MOVILIDAD FUNCIONAL

Se trata de un cambio de funciones que no implica un cambio de domicilio (puede haber un cambio de centro de trabajo pero no hay movilidad geográfica porque no hay cambio de domicilio) y es, por tanto, una modificación no sustancial de las condiciones de trabajo.

Resulta imprescindible a este respecto el art. 39 ET que regula los límites y condiciones de la movilidad funcional.

De la primera lectura del 39.1 ET se extrae la licitud de la movilidad de funciones, que es una facultad de la que el empresario puede hacer uso libremente, si bien, los autores entienden que no puede ser arbitraria ni discriminatoria y ha de producirse con arreglo a la buena fe contractual.

A continuación, se establecen los límites de la movilidad funcional, que serán:

-las titulaciones requeridas para el desarrollo de determinadas funciones

-las funciones del grupo profesional de pertenencia o, en su caso, de las categorías equivalentes

-y, aunque el ET no hace mención expresa, el respeto a lo establecido en el convenio y en el propio contrato.

El 39.2 ET regula la posibilidad de que la movilidad funcional exceda los límites a los que nos hemos referido, así, el que a un trabajador se le asignen tareas de distinto grupo

o de categoría no equivalente, sólo podrá ocurrir cuando existan razones técnicas u organizativas que lo justifiquen y por el tiempo imprescindible (movilidad vertical transitoria).

El 39.3 ET establece las exigencias de la movilidad funcional que se llevará a cabo:
-sin menoscabo de la dignidad y promoción profesional del trabajador,
-abonando la diferencia en caso de que se le asignen funciones de categoría superior,
-manteniendo la remuneración cuando se le asignen tareas de inferior categoría
-y sin posibilidad de invocar la ineptitud sobrevenida como causa de despido objetivo
Por último, el 39.5 ET establece que la movilidad vertical permanente se producirá siempre por acuerdo entre trabajador y empresario.

5. TRABAJOS DE SUPERIOR E INFERIOR CATEGORÍA

En ambos supuestos rige lo establecido en el art. 39 ET.

En concreto, cuando se realicen funciones de categoría superior, el art 39.4 ET establece que si se realizan por un tiempo superior a 6 meses en un período de referencia de un año u 8 meses en un período de referencia de 2, el trabajador tendrá derecho a reclamar el ascenso, siempre y cuando a ello no obste el convenio colectivo, por ejemplo, por tener establecido un régimen concreto de ascensos.

Además, con independencia del tiempo que se realicen estas funciones de categoría superior, el trabajador tendrá derecho a reclamar la diferencia salarial que le corresponda.

En caso de que la empresa se niegue y, previo informe del Comité, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción competente, siendo ambas acciones acumulables.

Con respecto a los períodos a los que se ha hecho referencia cabe decir que por convenio se pueden establecer otros diferentes.

Por último, cabe citar el caso concreto de aquellos trabajadores que siempre realizaran tareas de superior categoría, caso en el cual, no se aplicará lo dispuesto en este art. 39.4 ET al que nos referimos porque lo que se produce realmente es una clasificación profesional inicial errónea.

Por otra parte, cuando se realicen funciones de categoría inferior, el art 39.2 ET establece que tendrá que justificarse por circunstancias perentorias y transitorias, y el 39.3 ET establece que se mantendrá la retribución anterior. En todo caso, habrá que informar a los representantes de los trabajadores.

BLOQUE II: MODIFICACIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO

LECCIÓN 6. LA ACTIVIDAD ORGANIZATIVA Y DISCIPLINARIA DEL EMPRESARIO

1. EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO Y EL IUS VARIANDI

El art 20.1 ET establece que el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue.

De la lectura de este precepto extraemos 3 conclusiones claras:

-el trabajador esta obligado a realizar el trabajo convenido, pero no cualquier trabajo que el empresario le encomiende

-el empresario dispone de un poder de dirección que le permite dictar órdenes e instrucciones sobre cómo efectuar el trabajo. Estas órdenes podrán ser de dos tipos: generales o “de taller” o particulares

-aunque el titular de este poder de dirección, lo ejercerá a través de una cadena de mando, bien por tratarse de una persona jurídica o, siendo una persona física, porque lo ha delegado.

Este poder de dirección se corresponde con el deber de obediencia que sanciona el art. 20.2 ET por el cual el trabajador esta obligado a cumplir las órdenes que le dicte el empresario en el ejercicio regular de sus funciones.

Dentro de este poder de dirección se encuentra el poder de control al que hace referencia el art. 20.3 ET y que permite al empresario controlar que el trabajador cumpla con sus obligaciones, respetando siempre el límite de la dignidad humana. En esta línea, el art. 20.4 ET concreta la posibilidad de controlar el estado del trabajador en los casos de ausencia al trabajo.

Además del respeto a la dignidad del trabajador, el empresario, en el ejercicio de su poder de dirección deberá respetar los siguientes límites:

-igualdad de trato y prohibición de la discriminación: la jurisprudencia del TC entiende que hay que dar trato igual a las situaciones iguales, es decir que, se admite el trato diferenciado cuando existan fundamentos válidos porque no se vulnera el principio de igualdad de trato.

En los casos en que se presentase la posibilidad de un trato discriminatorio, dada la dificultad de probarlo, el TC entiende que ha de invertirse la carga de la prueba y, por tanto, corresponde al empresario demostrar que había causas que justificaban el trato diferente y no discriminación injustificada.

-no se puede atentar contra el prestigio profesional del trabajador

-respecto de las órdenes que afectan a la esfera privada, sólo se incluirán en el poder de dirección cuando resulten trascendentes para el trabajo

-en cuanto a las órdenes que interfieren en la tendencia ideológica de el trabajador, si bien caben casos puntuales en que pueden incluirse en el poder de dirección, nunca se admitirán cuando se hubiera establecido un acuerdo inicial entre las partes.

Por lo demás, las órdenes empresariales se presumen válidas y, por tanto, hay que cumplirlas, salvo que se trate de una orden manifiestamente ilegal, y siempre que provengan de una persona legitimada para darlas.

En caso de duda, el trabajador deberá cumplir la orden y después puede reclamar si lo considera oportuno: principio solve el repete.

Íntimamente ligado al poder de dirección se encuentra el ius variandi consiste en una facultad del empresario que le permite modificar unilateralmente las condiciones de trabajo respetando el límite de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Cuando el empresario haga uso de esta facultad, el trabajador estará obligado a aceptar la modificación con arreglo a las exigencias de la buena fe, que también deberá respetar el empresario al llevar a cabo la modificación.

2. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA

La movilidad geográfica se trata de un cambio de centro de trabajo que implica un cambio de residencia, entendiéndose que implica cambio de residencia cuando el traslado diario al nuevo centro de trabajo desde el domicilio habitual resulta imposible o excesivamente gravoso, pudiéndose establecer por convenio las distancias concretas. La movilidad geográfica se regula en el art. 40 ET y abarca dos conceptos: el traslado, regulado en .1, .2 y .3 del precepto, y el desplazamiento, regulado en el .4.

El desplazamiento es temporal, mientras que el traslado es permanente o superior a un tiempo que se establece en el último párrafo del art. 40.4 ET: 12 meses en un período de referencia de 3 años.

El art 40.1 establece, con respecto a los traslados, que se podrá recurrir a ellos por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien, por contrataciones referidas a la propia actividad empresarial.

A continuación, el propio estatuto aclara cuando se entenderá que concurren tales circunstancias, que no podrán invocarse de forma genérica, sino que se hará de una forma específica y concreta, a fin de impedir el uso fraudulento de esta posibilidad.

El precepto también establece la obligación de preavisar, al trabajador y a sus representantes, con una antelación mínima de 30 días. Una vez notificado el traslado corresponderá al trabajador decidir si acepta la nueva situación, recibiendo las compensaciones correspondientes, o decide abandonar la empresa, extinguiéndose el contrato y recibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año, hasta un máximo de 12 mensualidades. (en consecuencia, el máximo indemnizable son 18 años)

Por otra parte, la orden es ejecutable, es decir, el trabajador debe cumplirla, independientemente de que no esté de acuerdo y decida impugnarla.

El art.40.2 se refiere al traslado colectivo, entendiéndose como tal:

- el que afecte a todo el centro de trabajo, en empresas de más de cinco trabajadores
- el que afecte, en un período de 90 días a: 10 trabajadores en empresas de hasta 100 trabajadores, al 10% de los trabajadores en empresas entre 100 y 300 trabajadores o a 30 trabajadores en empresas de más de 300.

En estos casos, el traslado deberá ir precedido de un período de consultas, tras el cual, el empresario deberá comunicar su decisión, ante la cual, los trabajadores se encontrarán con las mismas posibilidades que en caso de traslado individual: aceptar el traslado y la compensación o extinguir el contrato con la indemnización.

En este caso, además de la acción individual de la que dispone el trabajador para reclamar en caso de desacuerdo con el traslado, se podrá recurrir en conflicto colectivo.

El art 40.3 establece el derecho del cónyuge a ser trasladado a la misma localidad que su pareja cuando trabaje en la empresa.

Por su parte, el art 40.3 bis, introduce el derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género a ser trasladadas, algo que en cierto modo rompe con el esquema del art 40 que, trata sobre la movilidad geográfica en tanto que facultad empresarial.

El art. 40.4, que se refiere al desplazamiento, establece como requisito para recurrir a él la concurrencia de las mismas causas que para el traslado.

En este caso, se establece un preaviso de 5 días por cada 3 meses y un derecho de 4 días de permiso en su domicilio habitual por cada 3 meses, corriendo los gastos a cargo de la empresa y no computando los días de viaje.

Igualmente, la orden es ejecutable, sin perjuicio de la posibilidad de reclamar.

Por último se fija el límite temporal entre el traslado y el desplazamiento al que ya se ha hecho referencia: 12 meses en un período de 3 años.

En el art. 40.5 se establece la preferencia de los representantes de los trabajadores a efectos de permanencia en el centro de trabajo habitual.

Por último, cabe aludir a la posibilidad de que, en caso de declaración de concurso del empresario, él mismo o los trabajadores, soliciten el traslado a otro centro en mejor situación económica. En estos casos, cuando un juez decida el traslado, el trabajador estará obligado a aceptarlo cuando sea en un radio inferior a 60 Km dentro de la misma provincia.

3. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

La regla general es que cuando una modificación de las condiciones de trabajo no es excesivamente gravosa para el trabajador, el empresario puede hacer uso del “ius variandi”, sin embargo, cuando la modificación si resulta excesivamente gravosa, el empresario deberá adaptarse al procedimiento y a las exigencias que le impone el art. 41 ET, que regula la modificación sustancial.

En primer lugar, el art. 41.1 establece que para llevar a cabo una modificación sustancial deberán existir causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción que lo justifiquen.

A continuación, se establece que se considerará modificación sustancial la que afecte, entre otras, a las siguientes materias: jornada, horario, régimen de turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y funciones, cuando se excedan los límites del art. 39 en movilidad funcional.

De este precepto se extraen dos ideas que resultan claves:

-por una parte, esta lista de materias no es taxativa, puede haber otras

-por otra, del contexto se deduce que no todos los cambios en estas materias supondrán una modificación sustancial.

En definitiva, habrá que atender a la materia y a la intensidad del cambio para dilucidar el carácter sustancial o no sustancial de la modificación y, en último término, corresponderá al juez tomar la decisión.

Este apartado concluye indicando que se considerará que concurren las causas necesarias para adoptar una modificación sustancial cuando con ello se contribuya a mejorar la situación competitiva de la empresa en el mercado, a una mejor organización de los recursos o a una mejor atención a las exigencias de la demanda.

Por su parte, el art. 41.2 establece dos posibles modificaciones sustanciales: las individuales y las colectivas.

Las individuales se refieren a las condiciones que el trabajador disfruta a título individual, mientras que las colectivas son aquellas que se refieren a condiciones que los trabajadores disfrutaban en virtud de un acuerdo o pacto colectivo, de entre las cuales, las referidas a horario, régimen de trabajo a turnos, remuneración y sistema de trabajo y rendimiento que se establecen en un Convenio Colectivo del Título III, sólo podrán ser modificadas por un acuerdo de empresa.

En todo caso, en el mismo apartado se establece que no tendrán la condición de modificaciones sustanciales las referidas a funciones u horarios que afecten, en un período de 90 días, a un número de trabajadores inferior a: 10 trabajadores en centros de

trabajo de menos de 100 trabajadores, el 10% en empresas de entre 100 y 300 trabajadores y 30 en empresas de 300 ó más.

En definitiva, se establecen dos criterios para la consideración de la modificación sustancial de condiciones de trabajo como colectiva:

- que afecte a condiciones disfrutadas en virtud de un acuerdo o pacto colectivo
- que afecte a un número de trabajadores determinado en el caso de que la modificación se refiera a funciones u horarios.

El art. 41.3 se refiere al procedimiento en caso que el empresario debe seguir en caso de realizar una modificación sustancial de carácter individual.

En este caso, deberá notificar al trabajador y a sus representantes legales la decisión con una anterioridad mínima de 30 días a su efectividad.

En los casos en que la modificación se refiera a jornada, horarios o régimen de trabajo a turnos, el trabajador que se vea perjudicado por la decisión empresarial, podrá optar por rescindir su contrato, recibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año hasta un máximo de 9 mensualidades.

Por tanto, el trabajador podrá optar por aceptar la modificación y quedarse en la empresa o rescindir su contrato y percibir la indemnización.

En caso de que decidiese permanecer en la empresa pero no este de acuerdo con la modificación, sin perjuicio de la ejecutividad de la misma, tendrá la posibilidad de recurrirla ante un juez que será el encargado de dilucidar si concurren las causas necesarias para llevar a cabo la modificación.

Por último, este apartado prevé la posibilidad de que, a fin de evadir las exigencias que el art. 41.4 establece para la modificación sustancial de carácter colectivo, las empresas realicen en periodos sucesivos de 90 días modificaciones sustanciales que queden dentro de los umbrales cuantitativos que establece el art. 40.2 para que determinadas modificaciones sean consideradas de carácter colectivo.

En estos casos, cuando las causas alegadas para las nuevas modificaciones coincidan con las del período anterior sin alegar otras nuevas, se entenderá que las modificaciones se han realizado en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto.

El art. 41.4 establece el procedimiento a seguir en el caso de modificación sustancial de carácter colectivo.

En este caso, la decisión del empresario deberá ir precedida de un período de consultas no inferior a 16 días, en el que el empresario y los representantes legales de los trabajadores tratarán de encontrar una solución que perjudique lo mínimo posible a los trabajadores.

Transcurrido este período, el empresario notificará a los trabajadores su decisión, que surtirá efectos transcurridos 30 días.

Contra la decisión empresarial se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de las acciones individuales, que tampoco se verán afectadas por el acuerdo adoptado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

4. EL PODER DISCIPLINARIO

El poder disciplinario es la facultad de que dispone el empresario para, ante el incumplimiento de una orden por parte del trabajador, sancionarle directamente.

Relacionado con esto se encuentra el ya citado principio solve et repete según el cual, con carácter general, el trabajador, aunque no esté de acuerdo con una orden empresarial debe cumplirla, sin perjuicio de la posibilidad de impugnarla ante un juez, pero a posteriori.

Esta facultad se refiere a conductas de los trabajadores y cometidas en el trabajo o trascendentales para el mismo, aunque con carácter excepcional, puede referirse a conductas privadas, pero que trasciendan al terreno laboral.

Las sanciones laborales frecuentes suelen ser la amonestación o el apercibimiento, la suspensión de empleo y sueldo, el traslado y el despido disciplinario.

La dureza de estas sanciones es diferente y, por tanto, es lógico que la sanción deba ser proporcional a la falta cometida.

El ET no establece una gradación de las faltas y sanciones, en su lugar, el art. 58.1 hace una remisión al convenio aplicable.

Así, los convenios establecen tres niveles de faltas a los que se suelen asociar unas sanciones:

- las faltas leves, generalmente, se sancionan con una advertencia o apercibimiento o, a lo sumo, con una breve suspensión de empleo y sueldo (menos de 4 días)

- las graves se sancionan con una suspensión de empleo y sueldo de entre 4 y 15 días o un traslado temporal

- y las muy graves, se sancionan con una suspensión de empleo y sueldo de 15 a 30 días, un traslado más largo o definitivo o, en último caso, el despido disciplinario.

En cualquier caso, el art. 58.3 prohíbe que la sanción recaiga sobre el salario o el derecho al descanso, lo que si es posible es una suspensión de empleo y sueldo.

Además, la responsabilidad laboral a la que nos estamos refiriendo es exigible con independencia de la posible responsabilidad penal en que pudiera incurrir el trabajador con su falta.

Respecto al procedimiento, la sanción de faltas leves, en principio, no requiere ningún trámite; sin embargo la sanción de faltas graves y muy graves requiere un comunicado por escrito al trabajador indicando la fecha y los hechos que motivan la sanción y la fecha del comunicado. Además, si la sanción es por falta muy grave hay que informar al comité de empresa.

En caso de que el sancionado sea un representante, unitario o sindical, la sanción ha de adoptarse en un procedimiento de expediente contradictorio.

Cuando el trabajador no esté de acuerdo con la sanción dispone de 20 días para recurrir ante la jurisdicción competente, pudiendo reclamar por la propia existencia de la falta, la graduación de la misma o la sanción impuesta.

El resultado puede ser la confirmación de la sanción, la anulación por inexistencia de falta o la anulación de la sanción, permitiendo imponer otra. Contra esta resolución sólo se puede recurrir cuando el juez confirma la sanción por falta muy grave, aunque siempre cabe recurso cuando se trata de un procedimiento de despido disciplinario.

Para sancionar una falta hay que tener en cuenta los plazos de prescripción de las faltas que establece el art 60.2 ET. En este precepto aparecen dos plazos de prescripción:

- la prescripción corta son 10 días para las leves, 20 para las graves y 60 para las muy graves, a contar desde la fecha en que la empresa conoció la comisión de la falta

- la prescripción larga son 6 meses de la propia comisión de la falta.

En cualquier caso, si hubiera responsabilidad penal se atenderá a la prescripción del delito, pero la responsabilidad laboral ya no es exigible transcurridos estos plazos.

Existen, por otra parte, dos especialidades, se trata de las faltas continuadas, caso en el cual existe la posibilidad de que no se contemple la prescripción, y el expediente contradictorio, que interrumpe el plazo de prescripción.

LECCIÓN 7. GARANTÍAS POR CAMBIO DE EMPRESARIO

1. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS (42 ET)

EL ART 42 Y LA PRÓXIMA MODIFICACIÓN

La contratación o subcontratación de obras hace referencia a una situación en la cual, una empresa X que realiza un trabajo, contrata con otra empresa la realización de una parte concreta de esa obra o la prestación de un servicio, en lugar de recurrir a trabajadores directamente contratados por ella.

Esta posibilidad existe y, de hecho, es muy habitual, por ejemplo, en el sector de la construcción. El peligro de esta posibilidad es que puede encubrir una cesión ilegal de trabajadores del art 43 ET, por ello, el art 42 ET establece una serie de garantías para que los trabajadores no resulten perjudicados en estos casos. No obstante, en la actualidad, este precepto está a punto de ser modificado a fin de ampliar esas garantías e impedir la violación de los derechos de los trabajadores.

De momento, la redacción vigente del art 42.1 ET establece que cuando una empresa contrate la realización de una obra o servicio de la propia actividad con otra, deberá comprobar que esta no tiene deudas con la SS, solicitando un certificado de negativa por descubierto a la TASS (si no hay respuesta en 30 días se entiende que no las hay).

Por otra parte, el art 42.2 establece que la responsabilidad de la empresa principal será solidaria por las deudas salariales contraídas durante la contrata y en el año siguiente y por las deudas de cotización contraídas durante la contrata, salvo que hubiera solicitado el certificado de descubierto, caso en el cual la responsabilidad será subsidiaria.

En cualquier caso, se aclara no habrá tal responsabilidad por los actos del contratista en los casos en que un cabeza de familia contrate una construcción o reparación en su vivienda, ni cuando el propietario de la obra no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

TRABAJADORES FIJOS DE CENTRO Y FIJOS DE PLANTILLA

Existen normas sectoriales, en especial en el sector de la seguridad y de la limpieza, que obligan, ante el cambio de empresa adjudicataria de la contrata, a la nueva empresa a subrogarse en la posición de la anterior con respecto de los trabajadores contratados por ella para trabajar en el centro de la empresa principal. Se trata de los denominados “trabajadores fijos de centro”, a los que habitualmente se les exige una permanencia de 6 meses.

Sin embargo, no se impone esta subrogación respecto de los trabajadores no adscritos al centro de trabajo, sino ordinarios de la empresa anterior, que son los llamados “fijos de plantilla”.

Tampoco se impone la subrogación en caso de que la empresa principal opte por terminar con el régimen de contrata y utilice trabajadores propios, sin embargo, si continúa con el régimen de contrata, está obligada a aceptar la subrogación de la nueva empresa contratista para con los trabajadores fijos de centro de la anterior, quedando vinculado indirectamente por el convenio.

2. CESIÓN DE TRABAJADORES (43 ET)

Hasta 1993, en nuestro derecho, la cesión o puesta a disposición de trabajadores estaba prohibida e incluso tipificada como delito, con una única excepción ubicada en la relación laboral de carácter especial de los deportistas profesionales y con el consentimiento del trabajador.

Con la introducción de las ETTs en nuestro ordenamiento jurídico, vemos que, como sanciona el art 43.1 ET, además del matiz anterior, la cesión de trabajadores está permitida cuando se realice a través de una ETT debidamente autorizada.

En el resto de los supuestos continúa estando prohibida pero, sin embargo, se dan casos en que las empresas utilizan el mecanismo de la contratación de obras o servicios u otros semejantes para encubrir una cesión ilícita. En este sentido, el art 43.2 es el resultado de incorporar una serie de supuestos que, según la jurisprudencia, se presumen cesiones ilícitas:

-celebración de un contrato de obra o servicio que se limita a la puesta a disposición de trabajadores

-cuando la empresa cedente no cuente con los medios para desarrollar una actividad

-cuando la empresa cedente no ejerza sus funciones de empresario.

Para estos casos de cesión ilegal, el art 43.3 establece para ambas empresas una responsabilidad solidaria por las deudas contraídas con los trabajadores y con la SS, sin perjuicio de las demás responsabilidades exigibles, incluso penal.

Por último, el art 43.4 introduce para los trabajadores objeto de la cesión ilícita una garantía: podrán acceder a la condición de fijos en la plantilla de la empresa que elijan, cedente o cesionaria, y si optasen por quedarse en la empresa cesionaria, computará su antigüedad desde el inicio de la cesión.

3. SUCESIÓN DE EMPRESAS (44 ET)

El contrato de trabajo es un contrato personal en el cual el trabajador no puede ser sucedido en su posición por otra persona, sin embargo, el empresario sí puede cambiar. El art 44.1 ET establece que el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva con organización autónoma, no extinguirá por sí misma la relación laboral. En estos casos, el nuevo empresario tendrá que asumir a los trabajadores del empresario anterior y quedará subrogado en sus obligaciones laborales y de SS, así como en las obligaciones asumidas por el empresario anterior en materia de protección complementaria.

A este respecto, existe una excepción en el seno de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección dada la especial relación de estos trabajadores con la dirección de la empresa.

El art 44.2, por su parte, introduce una aclaración que procede de la doctrina jurisprudencial y que consiste en que, cuando se realice una transmisión de local, medios productivos..., se entenderá que hay una sucesión de empresa siempre que se transmita una entidad productiva con identidad propia.

A continuación, los arts 44.3 y siguientes, introducen una serie de pautas que rigen la sucesión "inter vivos":

-44.3: habrá responsabilidad solidaria, durante los 3 años siguientes a la transmisión, por las obligaciones laborales contraídas con anterioridad a la cesión, e igualmente la habrá de las obligaciones contraídas con posterioridad en los casos en que la sucesión fuera declarada delito

-44.4: salvo pacto en contrario, el convenio que se aplicará a los trabajadores será el que se aplicaba hasta el momento de la cesión, hasta que expíe su vigencia

-44.5: en principio, los representantes unitarios, también continuarán su mandato

-44.6: habrá que informar a los representantes de los trabajadores del cambio de titularidad, también a los de la empresa sucesora si ello les afectase

-44.9: cuando se tomen medidas que afecten a los trabajadores se hará conforme a lo dispuesto en los preceptos legales correspondientes.

En principio, en los casos de muerte del empresario, esta es causa de extinción del contrato. Sin embargo, si hubiera un heredero, ya sea por vía testamentaria o sin testar, y este acepta continuar con la actividad, nos encontraríamos ante una sucesión “mortis causa” en la que operan las exigencias del art 44 ET.

Por otra parte, el heredero no está obligado a continuar con la actividad, con lo cual, es posible que se produzca la extinción de los contratos y se proceda a la venta de los despojos, no operando el art 44; o que opte por transmitir el negocio, produciéndose una transmisión “inter vivos” del art 44.

En cualquier caso, no existe un plazo establecido para que el heredero opte por una u otra posibilidad, si bien es cierto que la jurisprudencia ha entendido que la decisión deberá tomarse, no de forma inmediata, pero tampoco con excesiva tardanza.

También la incapacidad total o absoluta, así como la jubilación del empresario son causas de extinción de los contratos, con derecho a una pequeña indemnización, si bien, hay que tener en cuenta que si otra persona opta por continuar con la actividad, lo hará conforme a las exigencias del citado art 44.

Por último, igual que nos hemos referido a muerte, incapacidad o jubilación del empresario persona física, cabe aludir al supuesto análogo en caso de que se trate de un empresario persona jurídica. Nos referimos a la extinción de la personalidad jurídica, caso en el cual, la extinción de los contratos se producirá conforme a un expediente de regulación de empleo.

BLOQUE III: LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

LECCIÓN 8. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. CONCEPTO Y TIPOS (45 ET)

El art. 45.2 establece que la suspensión del contrato exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar, por tanto, nos encontraremos ante una serie de supuestos que, aunque no extinguen la relación laboral, interrumpen las obligaciones principales de la misma.

Respecto a las causas de suspensión, el art 45.1 establece una enumeración que no constituye una lista cerrada en la cual se incorpora el mutuo acuerdo de las partes o el ya desaparecido cumplimiento del servicio militar. Esta enumeración, contempla también, otra serie de supuestos más concretos y habituales que podemos clasificar en dos categorías: suspensiones individuales y colectivas.

2. SUSPENSIONES INDIVIDUALES (45 y 46 ET)

-Incapacidad temporal (45.1c)

Se trata de una situación que puede derivar de una enfermedad o accidente, laboral o común, que puede prolongarse hasta un máximo de 18 meses y que se caracteriza porque el trabajador recibe asistencia médica y se encuentra incapacitado temporalmente para trabajar.

Durante esta situación, el trabajador percibe unas cantidades que pueden abonarle el INSS, la MATEP o el empresario, ya sea en régimen de pago delegado o a su propia cuenta, pero, en cualquier caso, estas cantidades nunca tienen la consideración de salario, tal y como establece el art 26.2 ET.

Una vez se obtiene el alta médica, se reanuda la prestación laboral y el empresario vuelve a estar obligado a retribuir.

Es importante destacar que, tal como hemos visto, la IT no es una causa de extinción del contrato, pero puede suceder que durante la misma se produzca la extinción del contrato por otras causas, como el fin de la duración del contrato, a petición del trabajador...

Por otra parte, también puede ocurrir que la IT concluya, no con el alta médica del trabajador, sino con una declaración de IP. En estos casos, cuando sea previsible la mejoría del trabajador, se fijará una revisión en plazo de 2 años, período durante el cual subsistirá la suspensión del contrato y el derecho a reserva de puesto.

-Privación de libertad del trabajador mientras no exista sentencia condenatoria (45.1g)

Se trata de un supuesto en el cual el trabajador no puede acudir al trabajo por causa ajena a su voluntad y, dado que todavía no ha sido juzgado, el contrato permanecerá en esta situación de suspensión y en caso de que sea absuelto podrá reincorporarse a su puesto.

En cuanto a los casos en que exista sentencia condenatoria pero esta no sea firme, las posiciones de los autores varían. Algunos autores afirman que, aunque la sentencia no sea firme se podrá extinguir el contrato, incluso con la existencia de un auto de procesamiento; otros, sin embargo, entienden que para extinguir la relación laboral tiene que haber una sentencia firme y, mientras tanto, el contrato permanece en suspenso.

-Desempeño de cargo público y excedencia forzosa (46.1 ET)

El art 46.1 hace referencia a la posibilidad que la excedencia sea voluntaria o forzosa, a continuación, se establece como forzosa la excedencia que produzca por la designación

o elección de cargo público (se entiende de carácter político) que inhabilite para asistir al trabajador.

En este caso, la suspensión del contrato da lugar a reserva de puesto y computa como antigüedad, debiendo solicitarse la reincorporación en el mes siguiente al cese del cargo. Hay que distinguir esta excedencia de otros supuestos como son el permiso especial que se aplica durante el período de elecciones a quienes se presenten a las elecciones o el permiso para el cumplimiento de un deber inexcusable del art 37 ET.

-Excedencia para el ejercicio de funciones sindicales (46.4 ET)

Se trata de un supuesto de suspensión del contrato para ejercer funciones en un sindicato y operan los mismos efectos que en la excedencia forzosa: reserva de puesto y cómputo de antigüedad.

Es importante distinguir este supuesto de la situación de los liberados sindicales dado que estos últimos, se exoneran de la obligación de trabajar por la acumulación del crédito de horas de varios representantes de los trabajadores, y tienen derecho a salario, sin embargo, en la suspensión del contrato por ejercicio de funciones se mantiene la naturaleza de la suspensión y, por tanto, no hay obligación de retribuir.

-Excedencia voluntaria (46.2 ET)

El ET establece que tiene derecho a situarse en situación de excedencia voluntaria el trabajador que tenga una antigüedad en la empresa de 1 año y podrá hacerlo por un período entre 4 meses y 5 años, no pudiendo volver a ejercitar este derecho hasta que transcurra un plazo de 4 años desde que finalizó la anterior.

El ET no delimita el concepto de excedencia voluntaria pero podemos entender que se incluyen en este párrafo las excedencias no reguladas por el párrafo primero (por desempeño de cargo público), en el párrafo cuarto (por ejercicio de funciones sindicales) o por el párrafo tercero (por cuidado de familiares).

Por otra parte es cuestionable su carácter voluntario ya que, si bien lo es para el trabajador, no lo es para el empresario, en tanto que es un derecho para los trabajadores que tengan 1 año de antigüedad.

Otro matiz importante radica en su ámbito de aplicación ya que, aunque pueda parecerlo, no se aplica a los funcionarios, sino a los trabajadores de empresas con una cierta magnitud y al personal laboral de la Administración.

Durante la excedencia voluntaria no existe reserva de puesto, lo que si existe es una preferencia del trabajador para, una vez solicitado el reingreso, si su puesto o uno similar no está libre, incorporarse en el primer puesto que quede vacante y que tenga unas funciones equiparables a las del que ocupaba antes de solicitar la excedencia.

Como no existe reserva de puesto, nada impide que la empresa contrate a otro trabajador para cubrir el puesto que deja libre el trabajador en situación de excedencia y, en ese caso, una práctica admitida por los tribunales, es la de establecer en ese contrato como condición resolutoria tácita el reingreso del excedente.

Lo que no es admisible es que la empresa proceda a la amortización del puesto sin más, para ello es necesario llevar a cabo un expediente de regulación de empleo.

En caso de que la empresa deniegue el reingreso del trabajador existiendo un puesto para él, quedará obligada a readmitirle y tendrá derecho a una indemnización por los salarios dejados de percibir desde que solicitó el reingreso y este fue injustamente denegado.

Respecto de los límites, en principio, nada impide que el trabajador desempeñe otro trabajo y, en teoría, aunque sea en la misma actividad, no habría competencia desleal; sin embargo, algunos tribunales han entendido que se produce un quebranto de la buena fe contractual.

Cabe añadir que el párrafo 6º de este precepto establece la posibilidad de que las condiciones, posibilidades o plazos de excedencia sean mejorados por convenio colectivo.

-Excedencia por cuidado de hijo o de familiares (46.3 ET)

Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a 3 años para atender al cuidado de cada hijo, ya sea por maternidad biológica, adopción o acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque sea provisional. (este último matiz ha sido introducido por la reciente Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres)

También tendrán derecho a situarse en situación de excedencia por un plazo no superior a dos años (período modificado por LO 3/2007), salvo que se amplíe por convenio colectivo, los trabajadores por cuidado de un familiar de hasta segundo grado de afinidad o consanguinidad.

La excedencia podrá disfrutarse de forma fraccionada (posibilidad introducida por LO 3/2007) y constituye un derecho individual de los trabajadores, aunque si en una misma empresa, dos trabajadores generan este derecho por el mismo hecho causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo.

Cuando un nuevo hecho causante genere derecho a una excedencia pondrá fin a la anterior, es decir, no son acumulables.

El tiempo que el trabajador permanezca en esta situación computa como antigüedad y da lugar a reserva de puesto durante 1 año, quedando referida a un puesto de la misma categoría o grupo profesional transcurrido ese año.

Esta protección se amplía para los trabajadores con familia numerosa, en cuyo caso la reserva será de 15 meses si se trata de familia numerosa general (3 hijos) y 18 si se trata de familia numerosa especial (más de 3 hijos). A estos efectos, los hijos minusválidos computan como dos.

3. SUSPENSIONES COLECTIVAS (47 ET)

-Por causas económicas, organizativas, técnicas o de la producción (47.1 ET)

El art. 47.1 ET se refiere a la posibilidad de que los contratos se suspendan, a iniciativa del empresario, por estas causas.

En ese caso, la suspensión se llevará a cabo con arreglo al procedimiento contemplado en el art 51 ET, es decir, el expediente de regulación de empleo, aunque, en este caso, el período de consultas se reduce a la mitad.

Durante esta situación, los trabajadores tienen derecho a percibir prestaciones de desempleo, sin perjuicio de ayudas que les pueda conceder la Administración.

-Por fuerza mayor (47.2 ET)

El art 47.2 ET contempla la posibilidad de la suspensión colectiva de los contratos por fuerza mayor y, en este caso, nos remite al art. 51.12 ET.

BLOQUE IV: EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

LECCIÓN 9. EXTINCIÓN POR CUMPLIMIENTO

1. CAUSAS VÁLIDAMENTE PACTADAS (49.1b ET)

La extinción del contrato de trabajo supone la desaparición de las obligaciones recíprocas que derivan del mismo. En los contratos de tracto único, como regla general, la extinción se produce por cumplimiento; pero el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, con lo cual, el cumplimiento es precisamente lo que asegura la subsistencia del contrato.

Las causas de extinción son variadas y, en concreto, el art. 49.1b ET contempla la posibilidad de que el contrato se extinga por las causas consignadas en el propio contrato, salvo que constituyan un abuso de derecho por parte del empresario.

Se trata, por tanto, de condiciones resolutorias (art. 1113 Cc), pero para que sean válidas han de cumplir dos requisitos:

-por una parte, tienen que estar debidamente consignadas en el contrato; con la única excepción de que se admite como condición resolutoria que el trabajador deje de cumplir los requisitos que exija legislación específica (por ejemplo, si un extranjero pierde el permiso de trabajo o de residencia)

-por otra parte, las causas pactadas no pueden ser contrarias a la ley, a la moralidad, a los usos y costumbres...Expresamente, el Cc prohíbe las condiciones imposibles. En cualquier caso, estas condiciones no anulan el contrato, sino que se tienen por no puestas.

Algunas de las causas o condiciones que los tribunales han admitido son:

-la superación de un número mínimo de ventas, siempre que no sea excesivo

-la obtención o mantenimiento de una subvención por parte de un organismo administrativo

-el mantenimiento de una concesión o permiso administrativo

-la obtención de un determinado título profesional en un plazo de tiempo

-hay autores que incluyen en este grupo, los contratos de interinidad, en los que la condición resolutoria sería el regreso del trabajador ausente

-otros, incluso engloban aquí también los contratos con período de prueba, en los que la causa de extinción depende simplemente de la voluntad de las partes.

En todo caso, el cumplimiento o incumplimiento de la condición pactada no extingue automáticamente el contrato, tiene que haber una denuncia de ello, y si no se produce, el contrato se torna indefinido. A lo que no alude el ET es a la forma en que se tiene que producir esa denuncia.

Cuando se produce la extinción por alguna de estas causas, el trabajador no genera derecho a indemnización, a lo que si tendrá derecho es a paro.

Por último, cabe añadir, que cuando la empresa despida por esta vía sin una verdadera causa justificada, la extinción se equipara al despido improcedente.

2. EL PLAZO O TÉRMINO (49.1c ET)

Se entiende que existe plazo cuando las partes vinculan la duración del contrato al transcurso de un lapso de tiempo (x meses o x años), y existe término cuando las partes vinculan la duración del contrato a la llegada de un día determinado (el día x o el día que finalice la obra o servicio).

El transcurso del plazo o la llegada del término operan aún cuando el contrato se encuentre en suspensión, pero no provocan inmediatamente la extinción, tiene que haber una denuncia.

En el caso de los contratos temporales para los que la ley establece una duración máxima, si el contrato se celebra por un tiempo inferior, al no haber denuncia y si el trabajador continuó prestando servicios, el contrato se entiende prorrogado tácitamente hasta el tiempo máximo.

En caso de que transcurra ese tiempo o que el contrato ya se hubiera celebrado para el tiempo máximo permitido por la ley, si no hay denuncia y el trabajador sigue prestando servicios, el contrato se torna indefinido; salvo que se demuestre su carácter temporal. Lo mismo ocurre con los contratos por obra o servicio cuando finaliza la obra o servicio y no hay denuncia y el trabajador continúa prestando servicios.

El art. 49.1c ET establece además, que en los contratos de duración superior a un año, tiene que haber un preaviso de 15 días como mínimo.

La extinción de este tipo de contratos genera derecho a una indemnización introducida por la Ley 12/2001, de 8 días por año de servicio, salvo en los contratos de interinidad, inserción y formativos. Esta indemnización puede ser mejorada por convenio colectivo. Además, la extinción de estos contratos permite acceder a la situación legal de desempleo y, por tanto, a las prestaciones por desempleo, salvo que el plazo o el término hayan operado por denuncia del empresario (208 TRLGSS). A estos efectos, el documento que acredita la situación legal de desempleo puede ser el propio contrato o la comunicación escrita del empresario.

3. LA DIMISIÓN DEL TRABAJADOR (49.1d ET)

El art. 49.1d ET se refiere a este supuesto de extinción del contrato, en el cual el trabajador manifiesta de forma expresa o tácita su voluntad de extinguir el contrato.

Es importante distinguir este supuesto de otra posible extinción por voluntad del trabajador pero que no es dimisión, se trata del supuesto regulado en el art. 49.1j ET: cuando el trabajador manifiesta su voluntad de extinguir el contrato basada en un incumplimiento empresarial.

Centrándonos en la dimisión del art. 49.1d ET cabe aludir a un supuesto concreto: cuando el trabajador, en un proceso de despido, se niegue a aceptar la decisión unilateral del empresario de readmitir. Este supuesto, hasta no hace mucho se consideraba dimisión, sin embargo, los tribunales han considerado que no hay dimisión porque el contrato ya se ha extinguido.

El art 49.1d ET hace referencia al preaviso, que vendrá establecido por convenio (normalmente 15 días para obreros y subalternos y 30 días para administrativos y técnicos) o, en su defecto, por las costumbres y usos profesionales. En cualquier caso, el TS ha establecido que, en caso de indeterminación será de 15 días.

Por otra parte, ni el ET ni los convenios se han pronunciado en cuanto a la forma.

En cualquier caso, la falta de preaviso no impide que el contrato se extinga, habrá otras consecuencias (normalmente una indemnización por daños y perjuicios al empresario que se plasma en un descuento en la liquidación de 1 día de salario por cada día que no se preavisó) pero el contrato se extingue igualmente.

En estos casos, estaremos ante lo que la doctrina considera abandono, que se trata de una demostración clara e inequívoca de la voluntad del trabajador de extinguir la relación laboral.

La dimisión cabe tanto en contratos indefinidos como temporales y es un acto irrevocable, es decir, causa estado y desde ese momento la empresa es libre para actuar

según considere. Por ese motivo no cabe lugar a retractarse, salvo que la empresa lo acepte o que haya mediado una intención maliciosa en la decisión del trabajador. Como regla general, la dimisión no genera derecho a indemnización ni permite acceder a la situación legal de desempleo y, en consecuencia, a las prestaciones de desempleo; sólo habrá derecho a una liquidación de haberes.

4. EL MUTUO ACUERDO (49.1a ET)

Lógicamente, si la voluntad de las partes puede hacer nacer el contrato y la relación laboral, también puede ponerle fin y a ello se refiere el art 49.1a ET.

Esta voluntad no debe estar viciada y ha de exteriorizarse, aunque puede hacerse de cualquier forma, si bien, es recomendable que sea por escrito.

En principio, salvo que se pacte lo contrario, no genera derecho a indemnización y, dado que es una modalidad de extinción voluntaria, tampoco permite acceder a la situación legal de desempleo ni a las prestaciones por desempleo.

A este respecto, la LISOS establece que el falseamiento de documentos o la connivencia entre empresa y trabajador para que se obtengan prestaciones por desempleo, simulando un cese involuntario falso, son sancionables para la empresa con una multa, y para el trabajador con la pérdida del derecho a ellas, la obligación de devolver lo percibido indebidamente y la pérdida de la posibilidad de acceder a ellas en un plazo de 1 año.

5. EL FINIQUITO

El finiquito se produce en todos los casos de extinción del contrato y se trata de un documento, aunque no es el único, que acredita que las partes dan por terminada la relación de haberes.

En este documento se hacen constar dos cosas: la voluntad de extinguir la relación laboral, entendida no sólo como voluntad en el sentido de extinción voluntaria, sino también como aceptación de la misma; y la liquidación de haberes.

Hay casos en los que no está totalmente clara esa voluntad de extinguir el contrato o de aceptar el fin de la relación laboral, en estos casos el finiquito se limitará a constatar una liquidación de haberes.

Por ejemplo, una práctica fraudulenta aunque, en ocasiones, empleada es la firma del finiquito en blanco, incluso en el momento de contratar. Esta práctica está tipificada como delito en el C. Penal y, cuando en un procedimiento laboral, se alegue la falsedad de este documento, el juicio se suspenderá por 8 días para presentar la pertinente querrela y, después, se estará a la espera de la sentencia penal para reanudar el proceso laboral.

En principio, una vez que la empresa ha finiquitado al trabajador ya no le adeuda nada, sin embargo, existe doctrina jurisprudencial que considera que cuando un convenio se aprueba con efectos retroactivos, hay que pagar al lo que proceda al trabajador ya finiquitado.

En la extinción de los contratos temporales, juegan un papel importante los representantes de los trabajadores que deben conocer la denuncia de todos los contratos que deban celebrarse por escrito en plazo de 10 días, salvo en el caso del personal de alta dirección. Por este motivo, también son competentes para conocer los modelos de finiquito que usa la empresa y estar presentes en la firma de los mismos cuando lo solicite el trabajador.

* MODIFICACIÓN DEL ART 15.5 ET POR RDL 5/2006

La intención de esta modificación es evitar el uso fraudulento de la contratación temporal.

Con esta modificación no se suprime la conversión en indefinidos de los contratos temporales celebrados en fraude de ley, pero se extiende la posibilidad a contratos que, individualmente, serían perfectamente válidos.

Así, según el nuevo art 15.5 ET, los trabajadores que:

- en un período de 30 meses
- hubieran estado contratados por tiempo superior a 24 meses
- con o sin solución de continuidad
- para el mismo puesto
- en la misma empresa
- mediante 2 o más contratos temporales
- directamente o a través de una ETT
- con la misma o distinta modalidad de contrato de duración determinada
- se convierten directamente en indefinidos.

El mismo precepto aclara a continuación que los convenios colectivos establecerán medidas o requisitos para evitar la cobertura fraudulenta de un mismo puesto con varios trabajadores a través de contratos temporales.

Explícitamente, se excluyen de esta conversión los contratos formativos, de interinidad y relevo.

*DISPOSICIÓN TRANSITORIA DEL RDL 5/2006

Esta norma entra en vigor a partir de la fecha de publicación y se aplica a los contratos vigentes en ese momento. En principio, la transformación es automática, aunque tiene que ser declarada por un juez.

LECCIÓN 10. EXTINCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

1. POR PARTE DEL TRABAJADOR: EL DESPIDO DISCIPLINARIO

1.1 NOTAS GENÉRICAS SOBRE EL DESPIDO

El despido es la decisión unilateral del empresario de rescindir el contrato de trabajo y el ET contempla 4 modalidades del mismo:

- disciplinario por incumplimiento grave y culpable
- por causas objetivas legalmente procedentes
- por causas económicas, técnicas u organizativas
- por fuerza mayor.

Frente a la libertad de que dispone el trabajador para dimitir sin alegar causa alguna, observamos que en nuestro ordenamiento, no está permitido el despido libre y, por tanto, el empresario siempre tiene que alegar una causa para poder extinguir el contrato unilateralmente.

El único supuesto en que podemos contemplar algún indicio de despido libre sería durante el período de prueba.

Además de la justificación, existe un requisito formal para el despido: siempre tiene que realizarse por escrito, ya que en caso contrario podría ser declarado improcedente.

Además de las exigencias que plantea el despido, existe, en todo caso, una posibilidad por parte del trabajador de impugnarlo aunque, en todo caso, el despido es efectivo desde el momento en que el empresario comunica su decisión.

1.2 EL DESPIDO DISCIPLINARIO: REQUISITOS (54.1 ET)

El despido disciplinario se enuncia en el art 49.1k ET y se desarrolla en el art 54 ET.

El art 54.1 fija las notas características del despido disciplinario al establecer que la empresa puede recurrir a él en caso de incumplimiento contractual grave y culpable por parte del trabajador.

En primer lugar hay que aclarar que la expresión incumplimiento contractual ha de interpretarse en un sentido amplio, no como un incumplimiento exclusivamente de las obligaciones fijadas en el contrato, sino de las derivadas de la relación laboral.

En segundo lugar, el incumplimiento tiene que ser grave y culpable, entendiendo la gravedad en el sentido de que la falta sea proporcional a la sanción y la culpabilidad en el sentido de que sea imputable al trabajador, aunque no tiene que existir necesariamente la intención de provocar un daño.

Estas dos condiciones tienen que darse en conjunto y serán examinadas en cada caso concreto ya que dos conductas iguales en circunstancias diferentes pueden dar lugar a consecuencias distintas, por ello, no es habitual en este terreno el recurso para unificación de doctrina ante el TS.

Entre las causas justas de despido que contempla el art 54.2 ET existen matices que reflejan estos dos requisitos, por ejemplo: faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad (la repetitividad denota gravedad y la injustificación denota culpabilidad), disminución continuada y voluntaria del ritmo de trabajo (la continuidad denota gravedad y la voluntariedad alude a la culpabilidad)...

Por último cabe citar la posición jurisprudencial frecuentemente adoptada por los tribunales ante dos circunstancias concretas:

- en primer lugar, cuando se trata de enfermos, en ocasiones, psíquicos no se entiende que haya culpabilidad y, por tanto, no cabe el despido disciplinario

-en segundo lugar, cuando la empresa ha adoptado una posición tolerante frente a ciertas conductas, estas no pueden alegarse posteriormente como causa de despido disciplinario.

1.3 CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO (54.2 ET)

El art 54.2 ET enumera una serie de causas consideradas justa justificación del despido disciplinario. Estas causas, algunas tan amplias que podrían englobar a las demás, pueden ser concretadas o determinadas por los convenios colectivos, y a ellas se añaden las sancionadas en el art 16 del RDL 17/77.

- 54.2a ET: Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad

Por faltas de asistencia se entiende la comparecencia en el puesto durante la jornada, ya sea total, parcialmente o ausentándose y las faltas de puntualidad hacen referencia a llegar tarde o abandonar el puesto antes de tiempo.

Los elementos de repetitividad e injustificación tienen que darse conjuntamente y a este respecto cabe decir que:

-por una parte, el ET no fija el número de faltas, que suelen establecer los convenios, si bien, desde el Acuerdo de Cobertura de Vacíos, se ha determinado que serán 10 faltas de puntualidad en un período de 6 meses o 29 en un período de 1 año y 3 faltas de asistencia seguidas o 5 alternativas

-por otra parte, la falta de justificación hace referencia a que no existen hechos ajenos a la voluntad del trabajador que le impidan acudir al trabajo, como una IT o una huelga legal.

A efectos de la prescripción de la falta para sancionar se computará a partir de la última falta y en la carta de despido han de constar el número de faltas y las fechas de las mismas, cuya existencia corresponde demostrar a la empresa. Una vez demostrada la existencia de las faltas corresponde al trabajador demostrar, si es así, que ha habido justificación.

Algunos hechos concretos que los tribunales han aceptado para poder alegar esta causa como fundamento del despido son, entre otros, la no comunicación de un ingreso en prisión, la no incorporación inmediatamente después de un alta médica de curación, la toma de las vacaciones sin comunicación por parte de la empresa, la no presentación de los partes de confirmación de baja...

- 54.2b ET: Indisciplina o desobediencia en el trabajo

Esta causa de despido se relaciona con el deber de obediencia del art 5 ET y con el poder de dirección del art 20 ET.

La desobediencia hace referencia al incumplimiento de las órdenes empresariales y la indisciplina añade una connotación de insubordinación manifestada en enfrentamientos o alteraciones.

Cabe recordar que, la regla general es que el trabajador siempre tiene que cumplir las órdenes del empresario aunque no este de acuerdo con ellas y decida, a posteriori, impugnarlas (solve et repete). Por tanto, la desobediencia sólo estaría justificada en casos muy concretos en que ocasionaría un perjuicio irreparable para el trabajador, implicaría la comisión de un ilícito o supondría un abuso de derecho por parte del empresario (ius resistenciae).

Algunos hechos concretos que los tribunales han incluido en esta causa de despido son la negativa de realizar una jornada extraordinaria pactada por el comité de empresa, a aprender a manejar una máquina...

- 54.2c ET: Ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos

Esta causa de despido se corresponde con el reconocimiento de los derechos del trabajador del art 4 ET.

Por ofensas verbales se entiende expresiones orales o escritas que entrañan una ofensa para la persona a la que se dirigen y, por ofensas físicas se entiende un ataque injusto de una persona a otra que lesiona su integridad corporal. Aunque el ET se refiere a ambas conjuntamente, no tienen porque darse las dos.

El ofensor, en principio, puede ser el propio trabajador o sus familiares, aunque el TS entiende que cuando se trate de un familiar, si no ha sido instigado por el trabajador, no es causa de despido.

Concretamente, cuando se trata de representantes de los trabajadores se suele mitigar el ánimo injurioso.

El ofendido, puede ser el empresario (si es persona jurídica, quienes lo representen) o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.

El motivo de la ofensa tiene necesariamente relacionado con el trabajo, si bien, el TS ha precisado que tiene que producirse en el centro de trabajo ni durante la jornada.

Como siempre, tiene que tratarse de conductas graves y culpables que han de examinarse en cada caso concreto.

- 54.2d ET: Tránsito de la buena fe contractual y abuso de confianza

Se trata de la causa de despido más amplia y, en consecuencia, la más socorrida.

La transgresión de la buena fe hace referencia al incumplimiento de las obligaciones de lealtad, fidelidad o diligencia, y el abuso de confianza se refiere a un mal uso de las facultades concedidas al trabajador, ocasionando un daño a la empresa, aunque el daño no tiene que ser muy cuantioso y tampoco tiene que ser directo, se puede ocasionar el daño directamente a un cliente o usuario y, con ello, a la imagen de la empresa.

Algunos supuestos concretos que los tribunales han aceptado como alegaciones para recurrir a esta causa de despido son, entre otros muchos, el trabajar para una empresa de la competencia durante una excedencia voluntaria, el uso de videojuegos por parte de un vigilante de seguridad durante la jornada laboral, el apropiarse del dinero cobrado en una factura de un cliente para cobrar los salarios atrasados...

- 54.2e ET: Disminución continuada del rendimiento normal o pactado

Si el rendimiento se ha pactado en el contrato de trabajo, incumplirlo es causa de despido siempre y cuando lo pactado no resulte abusivo. Cuando no se haya pactado, disminuir el rendimiento por debajo de lo normal también es causa de despido y la determinación del rendimiento normal se observará en comparación con el rendimiento habitual de un trabajador medio en un puesto análogo, o incluso, el rendimiento del propio trabajador en otras épocas.

La disminución del rendimiento tiene que ser continuada porque en ello radica la gravedad y tiene que ser voluntaria para que poder apreciar la culpabilidad.

Esta causa de despido es poco recurrida y, por ello, la litigiosidad es escasa.

- 54.2f ET: La embriaguez habitual o toxicomanía si repercute negativamente en el trabajo

Respecto a la embriaguez se especifica que tiene que ser habitual, aunque es posible que sin serlo pueda ser motivo de despido, pero no por esta vía. Respecto a la toxicomanía, que abarca la drogadicción, alcoholismo... no se hace tal matización porque se entiende que se trata de un hábito.

Además tales conductas tienen que repercutir negativamente en el trabajo, bien porque dañan la imagen de la empresa, porque disminuyen el rendimiento, porque aumentan el peligro de accidente de trabajo... Esa repercusión negativa corresponde probarla a la empresa.

- 54.2g ET: El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa

Esta causa ha sido modificada por la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva, introduciéndose la parte “y el acoso sexual o por razón de sexo”.

El acoso es una conducta no deseada que tiene como objetivo crear un entorno intimidatorio relacionado con alguno de los motivos citados, aunque no es necesario conseguir ese objetivo para que sea causa de despido, es suficiente con haberlo intentado.

El acosador tiene que ser el trabajador y el acosado puede ser el empresario o cualquier otra persona que trabaje en la empresa.

Corresponde a la empresa probar que ha habido acoso aunque, si hay indicios, se suele invertir la carga de la prueba.

1.4 LA FORMA DEL DESPIDO: REQUISITOS (55.1 ET)

El art 55.1 ET establece una serie de requisitos de forma que condicionan la validez del despido, en primer lugar unos requisitos generales que el empresario deberá observar para despedir a cualquier trabajador y, a continuación, unos requisitos específicos para determinados trabajadores.

En primer lugar el ET establece que el despido deberá ser notificado por escrito haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.

Estos requisitos, añade el ET podrán ampliarse por convenio colectivo.

Por tanto, los requisitos del despido son los siguientes:

-tiene que notificársele al trabajador

-la comunicación tiene que ser escrita, el objetivo de este requisito es que el trabajador pueda conocer los hechos que se le imputan para defenderse y, a la vez, delimitar la controversia del juicio porque en él juicio no se podrán alegar nuevas causas

-tienen que figurar los hechos que motivan el despido relatados de una forma concreta, no es necesaria una narración minuciosa y pormenorizada pero tampoco es suficiente una narración vaga y abstracta

-tiene que figurar la fecha en que surte efectos el despido, que puede coincidir o no con la fecha de entrega de la carta de despido, pero, en cualquier caso será determinante para establecer el plazo de caducidad para reclamar. A estos efectos, cuando las fechas de entrega de la carta y efectos del despido no coinciden primará la fecha de efectos siempre y cuando sea posterior a la de recepción y, cuando el trabajador rehusó de recibir la carta y queda probado que la empresa intentó entregarla, la caducidad computará a partir de la fecha de efectos del despido.

La forma de entrega no es un requisito, es válido cualquier medio, si bien alguno de los medios posibles puede generar dificultades para el empresario a la hora de probar que se ha intentado la notificación (por ejemplo, el correo ordinario, electrónico...) o para el trabajador a la hora de presentar en el INEM el documento acreditativo de la situación legal de desempleo (por ejemplo, el burofax).

El lugar de la entrega tampoco es un requisito, siendo válida la notificación en el antiguo domicilio del trabajador cuando este ha cambiado de residencia y no lo ha comunicado a la empresa.

En principio, la persona que tiene que recibir la notificación es el trabajador, si bien cuando sea imposible localizarle o se niegue a recibirla, será válida la notificación a un familiar directo o la firma de testigos.

Además, el ET establece unos requisitos específicos para determinados colectivos de trabajadores: los representantes de los trabajadores y los trabajadores afiliados a un sindicato cuando al empresario le constara.

Cuando se el trabajador despedido sea un delegado de personal o miembro del comité de empresa, se exige un expediente contradictorio en el que deberá ser oído el propio trabajador, así como los demás delegados o miembros del comité

También se exige un expediente contradictorio para despedir a un delegado sindical, en el que deberá ser oído el propio trabajador, además de los restantes delegados de la sección

El TS extiende este requisito para despedir a los candidatos a estos cargos durante el período electoral

Esta obligación perdura durante el año posterior al fin del mandato, salvo que la expiación del cargo fuera por dimisión o revocación.

El expediente contradictorio no exige formalidades de ningún tipo, es suficiente con comunicar al trabajador los hechos que se le imputan para que pueda alegar lo que considere oportuno en su defensa y presentar las pruebas oportunas.

Por otra parte, cuando el empresario despida a un trabajador que está afiliado a un sindicato y a la empresa le constara, deberá dar audiencia a los delegados de la sección correspondiente, para ello, el ET no fija el plazo y el TS sólo ha dicho que tiene que ser un plazo razonable.

Cuando el despido se produzca sin observar los requisitos genéricos o específicos para estos colectivos, su calificación será improcedente, pero no nulo.

1.5 SUBSANACIÓN DE LOS REQUISITOS DE FORMA (55.2 ET)

El art 55.2 ET establece la posibilidad de que el empresario que despidiera sin cumplir los requisitos de forma, pueda efectuar un nuevo despido en el plazo de 20 días desde el día siguiente al anterior observando, en esta ocasión los requisitos formales.

Al hacerlo, deberá entregar al trabajador los salarios correspondientes al los días que medien entre el primer y el segundo despido y mantenerlo en alta en la SS, aunque esta obligación no es un requisito que condicione la validez del despido y este podrá ser calificado como procedente aunque el empresario no cumpliera esta obligación.

En principio, el segundo despido es en realidad una subsanación del primero y la fecha de efectos será la que figure en el segundo, por eso hay que abonar los salarios de los días que medien entre uno y otro y mantenerlo en alta.

Pero puede suceder que en el segundo despido figuren nuevas causas y, en este caso, el TS entiende que estamos ante un segundo despido y que hay que impugnar ambos (el primero y el segundo) dentro de sus plazos correspondientes, independientemente de que los procedimientos puedan acumularse.

1.6 EFECTOS DEL DESPIDO

El despido, como establecen los arts 49.1k, 54 y 55.7 ET extingue el contrato y se extingue la relación laboral, cesando las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar.

Desde el momento en que se entrega la carta de despido, el trabajador ya puede acceder a la situación legal de desempleo y a las prestaciones, independientemente de que decida impugnar el despido e incluso pueda producirse la readmisión.

Una vez despedido al trabajador, la empresa puede proceder a darlo de baja en la SS y dejar de cotizar, y si el trabajador se encontraba en situación de IT en ese momento, seguirá cobrando las prestaciones pero de forma directa. Además, el trabajador tendrá derecho a percibir todas las cantidades que la empresa le adeudaba en concepto de salarios, pagas extras, vacaciones... y si ocupaba una vivienda por razón de su trabajo deberá abandonarla.

1.7 LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR (59.3 ET)

Una vez notificado el despido al trabajador, por carta u otro medio, este tiene dos posibilidades: aceptarlo o impugnarlo.

El ET establece en el art 59.3 que la acción contra el despido estará sometida a un plazo de caducidad de 20 días hábiles a contar desde el día siguiente a la notificación o a la fecha de efectos si fuera posterior a la de notificación.

En el caso de trabajadores fijos discontinuos, cabe precisar, que el cómputo se efectuará a partir del día siguiente en que el trabajador tenga conocimiento de su no convocatoria.

Además, en el despido tácito (no se ha producido el despido pero existen indicios claros), la acción para impugnar también está sometida a este plazo de caducidad.

Esta caducidad es automática y apreciable de oficio aunque no la aleguen las partes.

En el cómputo, además del día de la notificación y los días inhábiles, también se excluyen los días de presentación de la papeleta conciliatoria y el día de la conciliación.

A estos efectos cabe matizar que, los sábados son días inhábiles, los días hábiles del mes de agosto son días hábiles y no computan los días inhábiles de la localidad donde se encuentre el juzgado de lo social correspondiente.

Además, el mismo precepto nos habla de la interrupción del plazo desde el día de presentación de la papeleta conciliatoria hasta el día de la conciliación, si bien, el TS interpreta que lo que se produce es, en realidad, la suspensión del plazo porque sólo los plazos de prescripción se someten a interrupciones y, en este caso, estamos ante un plazo de caducidad. En principio, la suspensión se produce en este intervalo, pero cuando medien más de 15 días, el cómputo se retoma.

En el caso de trabajadores cuyo empresario tenga personalidad jurídica de carácter público, lo que procede es presentar una reclamación previa en lugar de papeleta conciliatoria, y el plazo se suspenderá hasta la fecha de la resolución, aunque se retomará si este paréntesis supera un mes.

En cualquier caso cuando, por razón del empresario, exista duda de si el paso previo a la reclamación debe ser la conciliación o la reclamación previa, el TS entiende como válida siempre la conciliación, pero no siempre admite la reclamación previa para dar por realizado ese paso previo.

En otros casos es posible que el trabajador tenga dudas a la hora de determinar quien debe ser el destinatario de la conciliación, en principio, siempre que el trabajador haya obrado de buena fe, se volverá a suspender el plazo si hay que presentar una nueva papeleta.

1.8 CALIFICACIÓN DEL DESPIDO I: DESPIDO NULO (55.5 ET)

CASOS DE DESPIDO NULO

El art 55.5 ET establece que el despido será nulo cuando tiene por móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la CE o en la ley, o cuando se produce en violación de derechos fundamentales o libertades públicas.

Además será nulo:

- el despido que se produzca durante los descansos de maternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia, adopción, acogimiento o paternidad, salvo que se declare su procedencia por concurrir las causas justas alegadas para su justificación
- el despido de las trabajadoras embarazadas, salvo que se declare su procedencia por concurrir las causas justas alegadas para su justificación
- el despido de la trabajadora que haya solicitado una reducción de jornada por lactancia (37.4 ET), parto prematuro u hospitalización del neonato (37.4bis ET) o por haber sido víctima de violencia de género (37.7 ET), salvo que se declare su procedencia por concurrir las causas justas alegadas para su justificación
- el despido de la trabajadora víctima de violencia de género que haya solicitado una modificación de horario, cambio geográfico..., salvo que se declare su procedencia por concurrir las causas justas alegadas para su justificación
- el despido que se basara en la solicitud de una excedencia por cuidado de hijo o de familiares salvo que se declare su procedencia por concurrir las causas justas alegadas para su justificación.

En cualquier caso, el despido que incurriera en una causa de nulidad y que se produjera sin contemplar los requisitos de forma no será declarado improcedente, sino que se declarará nulo igualmente que si se hubieran cumplido los requisitos de forma.

EFFECTOS

Los efectos de la declaración de nulidad del despido por parte del juez son dos: la reincorporación del trabajador a su puesto (salvo que esta resulte imposible) y el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión y con las correspondientes cotizaciones.

1.9 CALIFICACIÓN DEL DESPIDO II: DESPIDO PROCEDENTE

PROCEDENCIA DEL DESPIDO

El despido es procedente cuando:

- se han cumplido los requisitos formales genéricos y específicos del art 55.1 ET
- se prueba la existencia de la causa acreditada por la empresa para despedir y el incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador.

EFFECTOS

La calificación del despido como procedente convalida la decisión empresarial de despedir, con lo cual, la sentencia no modifica la fecha de efectos del despido.

Esta calificación no genera derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, a lo que si tendrá derecho el trabajador es a que se le abonen los haberes adeudados y a prestaciones por desempleo.

1.10 CALIFICACIÓN DEL DESPIDO III: DESPIDO IMPROCEDENTE

CASOS DE IMPROCEDENCIA

El despido será calificado como improcedente cuando:

- no se cumplan los requisitos formales del art 55.1 ET
- no quede probada la causa acreditada para despedir
- el incumplimiento no sea lo suficientemente grave para resultar proporcionado a la sanción.

EFFECTOS: LA OPCIÓN

Como consecuencia de esta calificación, el empresario podrá optar, en un plazo de 5 días entre: readmitir al trabajador abonándole los salarios de tramitación desde la fecha

del despido hasta la notificación de la sentencia, o bien, extinguir el contrato abonando una indemnización además de los salarios de tramitación.

En principio, como hemos dicho, esta opción corresponde al empresario aunque no será así cuando el trabajador despedido sea un representante de los trabajadores o cuando el convenio conceda al trabajador el derecho a elegir en estos casos.

En cualquier caso, si en ese plazo el empresario o, si fuera el caso, el trabajador, no ha optado expresamente por ninguna opción, se entenderá que ha optado por la readmisión. Además, existe una tercera posibilidad que se dará cuando la calificación del despido como improcedente se deba a un incumplimiento de los requisitos formales del art 55.1 y consiste en subsanarlos, en un plazo de 7 días.

LA READMISIÓN

En caso de que se opte por la readmisión, el empresario deberá comunicar en un plazo de 10 días al trabajador la fecha de reincorporación que será, como mínimo en un plazo de 3 días, a contar desde la comunicación. Además, el trabajador tiene derecho a reincorporarse a su puesto en las mismas condiciones que tenía antes de ser despedido y, en caso contrario, la readmisión será irregular.

En caso de que no se produzca la readmisión o sea irregular, el trabajador podrá reclamar al juez que ejecute la sentencia y este, tras dar previa audiencia a las partes comprobará si no se ha llevado a cabo a cabo la readmisión o si ha sido irregular y dictará un auto.

En caso de que la opción hubiera correspondido al empresario, el juez declarará la relación laboral extinguida y en el auto fijará: la indemnización de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, la posible indemnización de 15 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades y los salarios de tramitación correspondientes a los días transcurridos desde la fecha de la sentencia hasta la del auto.

Si, por el contrario, la opción correspondió al trabajador, el juez no declarará la extinción de la relación laboral, sino que obligará al empresario a readmitir en un plazo de 5 días, en las mismas condiciones que antes de ser despedido. El único caso en que se declarará la extinción de la relación laboral será cuando la readmisión no sea posible y, en este caso, en el auto se fijará: la cuantía de la indemnización de 45 días por año de servicio, posiblemente, la cuantía de la indemnización de 15 días por año de servicio y los salarios de tramitación correspondientes al período transcurrido desde la sentencia hasta el auto.

LA INDEMNIZACIÓN

En caso de que se opte por despedir abonando la indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, la cuantía de la misma vendrá fijada en la sentencia o el auto y se calculará teniendo en cuenta las siguientes:

- los años de servicio no tienen que coincidir con la antigüedad y, a estos efectos, computarán los períodos de vacaciones, incapacidad temporal y prórrogas y servicios en régimen de contratación temporal sin tener en cuenta las interrupciones siempre y cuando no superen los 20 días
- para los trabajadores fijos discontinuos, computan los períodos efectivamente trabajados
- en caso de trabajadores con relación laboral ordinaria, no computarán los períodos trabajados como personal de alta dirección
- el salario regulador será el salario bruto del trabajador siempre y cuando este sea igual o superior al que debiera percibir, porque si fuera inferior se utilizará para el cálculo el que debería percibir

-cuando el trabajador se encontrara en situación de reducción de jornada, el salario regulador será el salario ordinario, independientemente de que en ese momento estuviera reducido

-existen reglas especiales para el cálculo de la indemnización en algunas relaciones laborales de carácter especial (para el personal de alta dirección y el personal al servicio del hogar familiar será de 20 días por año de servicio, para los deportistas profesionales será lo pactado...)

-en cualquier caso esta indemnización es la establecida por la ley pero nada impide que las partes pacten una superior.

LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Habrá que abonar salarios de tramitación en caso de despido nulo o improcedente, independientemente de que se opte por la readmisión o el despido.

La cuantía es el resultado de multiplicar el salario bruto diario por los días correspondientes (desde la fecha del despido hasta la sentencia, la readmisión o el auto del juez).

Del mismo modo que en la indemnización, la base del cálculo será el salario bruto pero con una diferencia: a los trabajadores que se encuentren en situación de reducción de jornada se les calcularán en base al salario correspondiente a la reducción y no al total.

Los salarios de tramitación computan, en todo caso, como período cotizado y el empresario deberá, por tanto, efectuar las cotizaciones correspondientes.

Existen una serie de casos en que los salarios se pueden ver reducidos o eliminados y son los siguientes:

-cuando el trabajador realizó un trabajo durante el transcurso del procedimiento y percibió, por consiguiente, una remuneración, el empresario podrá reducir los salarios de tramitación en la cuantía percibida, siempre y cuando, logre demostrar que ha existido esa relación laboral y la cuantía percibida; si no logrará demostrar la cuantía de los salarios percibidos sólo podrá descontar de los salarios de tramitación el SMI

-cuando el trabajador estaba percibiendo prestaciones por desempleo, el empresario deberá devolver al INEM la cuantía de las mismas

-el art 56.2 ET establece la posibilidad de eliminar los salarios de tramitación cuando la empresa efectúa un despido y reconoce la improcedencia del mismo, poniendo a disposición del trabajador la cuantía de la indemnización en el juzgado en un plazo de 48 horas desde que efectuó el despido y comunicándoselo al trabajador, siempre y cuando, la opción entre despedir o readmitir correspondiera a la empresa.

El mismo precepto establece que la cuantía de los salarios de tramitación quedará limitada a los devengados desde la fecha del despido hasta su puesta a disposición del trabajador en el juzgado de lo social cuando se superara el plazo de 48 horas.

En ambos casos, la cuantía a ingresar será la cuantía íntegra de la indemnización y, si procede, los salarios de tramitación, pero no el finiquito y, para que el depósito sea válido, la cuantía ha de estar correctamente calculada (aunque se pueden aceptar pequeñas diferencias).

En cualquier caso, el trabajador puede negarse a aceptar el depósito e intentar que el despido sea declarado nulo.

Por último, el art 57 ET establece la responsabilidad del Estado en el pago de los salarios de tramitación, así, cuando el juez tarde más de 60 días hábiles en dictar una sentencia, a contar desde la fecha en que fue recibida la demanda, el estado se hará cargo de los salarios de tramitación a partir de ese momento, salvo que el despido sea nulo.

2. INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL EMPRESARIO (49.1j ET)

En primer lugar, resulta clave diferenciar la extinción por voluntad del trabajador fundada en el incumplimiento por parte del empresario que contempla el art 49.1j ET, de la dimisión o extinción voluntaria por parte del trabajador que se contempla en el apartado d del mismo precepto.

Ya centrándonos en la extinción fundada en el incumplimiento por parte del empresario, cabe matizar que no cualquier incumplimiento empresarial sirve para extinguir el contrato por la vía del art 49.1j, tiene que tratarse de uno de los incumplimientos contemplados en el artículo 50 ET:

- modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunde negativamente en la formación profesional o dignidad del trabajador,
- falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado
- cualquier otro incumplimiento grave por parte del empresario, excluidos aquellos que se deban a causas de fuerza mayor.

También es necesario para alegar esta causa de extinción que el vínculo laboral esté vivo, en este sentido, el trabajador no puede alegar esta causa después de ser despedido ni tampoco puede abandonar su puesto de forma inmediata, sino que deberá esperar a que un juez extinga el contrato si considera probado el incumplimiento empresarial. Sin embargo, nada impide que una vez que el trabajador ha iniciado el procedimiento, se produzca un despido disciplinario y, dado el caso, el trabajador deberá impugnarlo y ambas acciones se acumularán.

Esta modalidad de extinción genera derecho a una indemnización de 45 días de servicio por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades, y también genera derecho a prestaciones por desempleo, utilizándose como documento que acredita la situación legal de desempleo, la sentencia en la que el juez declara extinguida la relación laboral.

LECCIÓN 11. EXTINCIÓN POR IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE CUMPLIMIENTO

1. MUERTE, INCAPACIDAD O JUBILACIÓN DEL TRABAJADOR (49.1e ET)

El motivo de que estos acontecimientos se contemplen en el art 49.1e ET como causas de extinción radica en el carácter personalísimo de la relación laboral.

En caso de muerte del trabajador, los herederos tendrán derecho a recibir las cantidades debidas al trabajador pero el ET no hace referencia a ninguna indemnización, si bien es frecuente que los convenios suelen establecer la obligación de contratar pólizas de aseguramiento para riesgos profesionales, e incluso para riesgos comunes.

En todo caso a lo que si tendrán derecho los herederos será a las prestaciones previstas en la legislación de Seguridad Social e incluso, de aplicarse un antiguo RD del año 44, podrían tener derecho a una indemnización de 15 días por año de servicio.

En caso de sobrevenir una incapacidad permanente de en los grados de total, absoluta o gran invalidez, reconocida en sentencia firme; está será causa de extinción sin perjuicio de lo dispuesto en el art 48.2 ET (cuando se prevea mejoría, la relación laboral quedará en suspenso por un período de 2 años).

En todo caso, tiene que haber una comunicación del empresario de que la relación laboral se extingue como consecuencia de la incapacidad dado que, cuando el grado de la misma fuera total, nada impide que el trabajador continúe trabajando en una actividad distinta a la que venía desempeñando y, por tanto, si el empresario lo desea puede proceder a la reclasificación de ese trabajador. Además, esta comunicación será el documento que acredite la situación legal de desempleo.

Igual que en caso de muerte del trabajador, el ET no fija una indemnización, si bien es frecuente que los convenios la establezcan, sobre todo cuando la incapacidad derive de riesgos profesionales.

La jubilación supone que el trabajador se aparta de forma definitiva de su puesto de trabajo por cumplimiento de la edad.

A este respecto, la edad ordinaria de la jubilación es de 65 años, aunque existen una serie de jubilaciones distintas a la ordinaria que permiten jubilarse antes de esta edad (jubilaciones anticipadas) o continuar trabajando después de jubilarse (jubilación parcial).

En relación al tema de la edad cabe citar la Disposición Adicional 10ª ET que originariamente permitía que el empresario impusiera una edad máxima para jubilarse. En sus primeras interpretaciones, el TC limitó esta posibilidad a los casos en que se acordara en convenio colectivo y, poco después, eliminó la posibilidad. Sin embargo, desde el año 2005 esta posibilidad se ha recuperado con las condiciones de que: se fije en el convenio colectivo, se haga en un contexto de fomento de empleo y el trabajador reúna los requisitos para jubilarse.

Tampoco en este caso el ET prevé indemnización pero de nuevo es frecuente encontrarla en los convenios (los denominados premios de jubilación).

2. MUERTE INCAPACIDAD O JUBILACIÓN DEL EMPRESARIO (49.1g ET)

Estos tres acontecimientos serán causa de extinción de la relación laboral en los casos en que el empresario sea una persona física y la titularidad de la empresa no sea conjunta.

La morte del empresario será causa de extinción en los casos en que no haya herederos o cuando habiéndolos decidan no hacerse cargo de la empresa familiar, algo a lo que, por otra parte, no están obligados.

Los herederos deberán decidir si continúan o no con el negocio y, si hubiera varios, podrán mantener unos y no otros; el ET no fija un plazo para decidirlo, si bien los tribunales hablan de un plazo prudencial.

Para llevar a cabo la extinción de los contratos no se exige ningún procedimiento, siendo suficiente con una comunicación a los trabajadores que, a su vez, servirá como documento para acreditar la situación legal de desempleo.

La indemnización a la que da derecho esta extinción es de 1 mes de salario.

La jubilación será causa de extinción de los contratos, independientemente del régimen por el que se tramite, siempre que el empresario decida dejar de hacerse cargo del negocio y no exista nadie que le sustituya.

En este caso, se exige que exista una resolución de Seguridad Social e, igualmente, ha de realizarse una comunicación a los trabajadores.

Igual que en el caso anterior, la indemnización será de 1 mes de salario y se tendrá acceso a prestaciones por desempleo, acreditando la situación legal de desempleo con la comunicación del empresario.

La incapacidad del empresario abarca la incapacidad civil por decisión judicial, la incapacidad prevista en la legislación de Seguridad Social, e incluso la inhabilidad manifiesta; si bien esta última puede ser impugnada por los trabajadores para que un juez decida si concurre o no tal inhabilidad.

Tampoco en este caso se exige ningún procedimiento (es suficiente con la comunicación) y la indemnización será de 1 mes de salario.

3. EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL EMPRESARIO (49.1g ET)

Este supuesto se dará cuando el empresario sea una persona jurídica y esa personalidad se extinga por decisión de los socios, cumplimiento del plazo...

En el campo mercantil, la extinción se traduce en un período de liquidación, y en el laboral, se traduce en la tramitación de un Expediente de Regulación de Empleo a través del cual se obtiene la autorización administrativa para llevar a cabo la extinción de los contratos.

Esta modalidad de extinción genera derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades y permite acceder a la protección por desempleo, acreditándose la situación legal de desempleo con la resolución resultante del ERE.

4. EXTINCIÓN POR FUERZA MAYOR (49.1h ET)

Se trata de acontecimientos no previstos o inevitables, pero fuera del control de la empresa que imposibilitan definitivamente la continuidad de la actividad.

Entre estos acontecimientos suelen incluirse catástrofes o desastres naturales, aunque no necesariamente tiene que tratarse de acontecimientos de esta naturaleza (se incluiría, por ejemplo, la concesión de una licencia administrativa).

En cualquier caso, estos acontecimientos tienen que imposibilitar la continuidad de la actividad de forma definitiva, porque sino lo que procedería es una suspensión de los contratos.

Para que se produzca la extinción de los contratos, la imposibilidad de continuar la actividad tiene que ser reconocida por la autoridad laboral y podrán solicitarlo el empresario, los representantes de los trabajadores o los propios trabajadores, siempre por escrito y recibiendo una respuesta en un plazo de 5 días (en caso de silencio se entiende positivo).

Esta extinción genera derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades y, dadas las circunstancias, el FOGASA se hará cargo del 40 % de la indemnización en empresas de menos de 25 trabajadores y en aquellas que resulten insolventes se hará cargo del total con el límite de 3 veces el SMI incrementado en el prorrateo de 2 pagas extras. Además, la autoridad laboral puede, en casos puntuales, reducir o eliminar la indemnización o hacerse cargo del pago.

La resolución de la autoridad laboral acredita la situación legal de desempleo.

5. DESPIDO COLECTIVO POR CAUSAS ECONÓMICAS TÉCNICAS O DE PRODUCCIÓN (49.1i ET)

Se trata de un despido motivado en la imposibilidad de continuar la actividad fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Concretamente, concurren causas económicas cuando los despidos contribuyen a mejorar la situación de la empresa en el mercado y concurren causas técnicas, organizativas o de producción cuando los avances tecnológicos, las modificaciones en el organigrama o el propio mercado, hacen que los despidos sean necesarios para garantizar la viabilidad futura de la empresa.

Para que el despido sea considerado colectivo deberá afectar, en un período de 90 días a un número de trabajadores que será como mínimo: 10 en empresas de menos de 100, el 10% en empresas de 100 a 300 y 30 en empresas de más de 300.

La extinción tiene que ser autorizada por la vía de un Expediente de Regulación de Empleo y, como regla general, lo solicitará el empresario, aunque también pueden solicitarlo los representantes de los trabajadores o los propios trabajadores.

Además, los despidos deberán ir precedidos de un período de consultas con los representantes de los trabajadores que durará como mínimo 15 días en empresas de menos de 50 trabajadores y 30 en empresas de más de 50 (salvo que se alcance un acuerdo antes).

En el momento de solicitar la autorización, el empresario deberá entregar una copia del comunicado en el que se fija la fecha de apertura del período de consultas y una memoria motivando los despidos.

Una vez finalizado el período de consultas caben dos posibilidades:

-si se ha alcanzado un acuerdo, la autoridad laboral autorizará los despidos en plazo de 15 días

-si no se ha alcanzado acuerdo, dictará una resolución motivada en el plazo de 15 (en caso de silencio se entiende que los despidos están autorizados)

En principio, el empresario es libre para elegir los trabajadores que van a ser despedidos, lo único que debe respetar es la prioridad de los representantes de los trabajadores para quedarse en la empresa y no incurrir en discriminaciones.

Este tipo de despido genera derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, aunque nada impide que durante el período de consultas se acuerde una mayor. La autorización deberá ser abonada en el momento en que se autoricen los despidos y, en empresas de menos de 25 trabajadores, el FOGASA se hará cargo del

40% de la indemnización legal y del total en aquellas que resulten insolventes con el límite de 3 veces el SMI incrementado en el prorrateo de 2 pagas extras.
A efectos de prestaciones por desempleo, el documento que acredita la situación legal de desempleo es la resolución de la autoridad laboral.

6. DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS (49.11 ET)

Se trata de un despido cuyas causas no dependen de la voluntad de las partes, por ejemplo:

- ineptitud sobrevenida o conocida después de la formalización del contrato y, en todo caso, medida en relación al puesto
- imposibilidad del trabajador de adaptarse a las modificaciones técnicas efectuadas en su puesto de trabajo, siempre tras haber dado un plazo prudencial de 2 meses a tal fin
- necesidad de amortizar puestos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (se trata de las mismas causas que en el despido colectivo sólo que el número de trabajadores no alcanza los mínimos para que el despido se califique como colectivo)
- absentismo laboral, entendido como faltas justificadas e intermitentes que superan el 20% de los días en un periodo de 2 meses consecutivos o el 25% de los días en un período interrumpido de 4 meses dentro de un bloque de 12.

Esta modalidad de despido exige una comunicación escrita al trabajador y poner a disposición del trabajador, en ese momento, una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, salvo que la causa del despido fuera la amortización de puestos por razones económicas, caso en el cual, la indemnización no tiene que ponerse a disposición del trabajador de forma inmediata.

Además de la comunicación, este despido exige un preaviso mínimo de 30 días, período durante el cual, el trabajador tiene derecho a un permiso de 6 horas semanales para buscar un nuevo empleo.

El trabajador dispone de 20 días para reclamar contra la decisión empresarial y el despido podrá calificarse como nulo, procedente o improcedente.

LECCIÓN 12. PÉRDIDA DE DERECHOS POR EL TRANCURSO DEL TIEMPO

La pérdida de los derechos por el transcurso del tiempo se produce cuando un derecho no es ejercitado en el plazo establecido la ley y, a estos efectos, los plazos pueden ser de dos tipos: de prescripción y de caducidad.

La prescripción se caracteriza porque puede interrumpirse y, en ese caso, al retomarse, el cómputo del plazo se reinicia.

La prescripción tiene que ser alegada por la parte interesada porque el juez no puede apreciarlos de oficio.

Por el contrario, la caducidad se caracteriza porque no puede interrumpirse, a lo sumo, se suspende en los casos establecidos por la ley.

Otra diferencia es que la caducidad no tiene que ser alegada porque el juez si puede apreciarla de oficio.

El art 59 ET se refiere a la prescripción y la caducidad estableciendo una regla general: las acciones laborales que no tengan fijado un plazo específico, prescriben al año de terminar el contrato.

Este mismo precepto establece, además, dos reglas especiales:

-la acción para exigir el cobro de percepciones económicas está sujeta a un plazo de prescripción de 1 año, a contar desde el día en que nació el derecho a reclamarlas

-la acción para reclamar contra el despido, la decisión empresarial de movilidad geográfica, la modificación de las condiciones de trabajo o las sanciones, estará sujeta a un plazo de caducidad de 20 días a contar desde la fecha de la decisión empresarial.