

UNIVERSIDAD DE DEUSTO

FACULTAD DE DERECHO

3º Ciclo

**LA FLEXIBILIDAD LABORAL
Y LOS PODERES EMPRESARIALES**

Tesis realizada por: **Pablo Sesma de Luis**

Tesis dirigida por el Doctor: **Manuel Mª Zorrilla Ruiz**

El doctorando

El Director de la tesis

Bilbao, Abril 1994

A mi gran amigo Ramón Mínguez

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACION AL SIGNIFICADO DE LA PALABRA "FLEXIBILIDAD".

1. INTRODUCCIÓN.	11
2. ANTECEDENTES JUSTIFICATIVOS DE LA ACTUAL EXIGENCIA DE FLEXIBILIDAD. EL CASO CONCRETO DE ESPAÑA.	16
3. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA FLEXIBILIDAD.	21
4. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y LA FLEXIBILIDAD.	23
5. CRITERIOS PARA FIJAR EL GRADO DE RIGIDEZ-FLEXIBILIDAD DE CUALQUIER ORDENAMIENTO JURIDICO-LABORAL.	27
6. FLEXIBILIDAD ALTERNATIVA O "REGULACION LABORAL DE NUEVO TIPO". CONCEPTO. DIFICULTADES DE POTENCIAR LA AUTONOMIA COLECTIVA EN DETRIMENTO DE LA HETERONOMIA ESTATAL.	30
7. MODELOS DE FLEXIBILIDAD Y CLASIFICACION DE LAS FORMAS DE INCIDENCIA.	33
8. PAUTAS PARA UN EXAMEN SOBRE LA FLEXIBILIDAD DE LA RELACION LABORAL Y SUS FUENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL.	38
9. EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL.	39
10. EL PRINCIPIO DE LA NORMA MÁS FAVORABLE.	41
11. EL PRINCIPIO "IN DUBIO, PRO OPERARIO".	43
12. LA INDISPONIBILIDAD DE DERECHOS POR PARTE DE LOS TRABAJADORES.	45

CAPÍTULO II

FLEXIBILIDAD SALARIAL

1. INTRODUCCIÓN.	51
2. RIGIDECES ACTUALES EN LA FIJACIÓN DE LOS SALARIOS	51
3. RESPECTO AL SALARIO EN GENERAL.	53
4. SALARIO EN ESPECIE.	55
5. UN PROBLEMA PUNTUAL: RETRIBUCION DEL TIEMPO DEDICADO A LA EMISION DE VOTO.	57
6. CONCEPTOS EXTRASALARIALES. ESPECIAL MENCIÓN AL PLUS DE DISTANCIA.	59
7. COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN.	61
8. ACTOS DE BENEVOLENCIA DE LA EMPRESA. LA FIGURA DE LA "CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA".	68

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

INDICE

9.	REGULACION SALARIAL EXTRAESTATUTARIA.	71
9. 1	Comentario general.	71
9. 2	Regulación en el Decreto 2380/1973.	72
9. 3	Regulación en la Ley de Contrato de Trabajo.	78
10.	PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA. EN ESPECIAL, SIN DISCRIMINACIONES POR RAZÓN DE SEXO.	82
11.	LIQUIDACION Y PAGO DEL SALARIO: PRINCIPIOS LEGALES Y ESPECIAL MENCION AL DOCUMENTO DE FINIQUITO.	87
12.	ANTICIPOS SALARIALES.	92
13.	EL SALARIO A COMISIÓN.	94
14.	EL INTERÉS POR MORA EN EL PAGO DE SALARIOS.	98
15.	EL APARTADO 4 DEL ART. 29 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. .	100
16.	EFFECTOS SALARIALES DE LA IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN LABORAL Y FACULTADES EMPRESARIALES PARA EL EMPLEO DE LA MANO DE OBRA EN ESE SUPUESTO.	101
17.	LAS GRATIFICACIONES EXTRAORDINARIAS.	103
18.	CRITERIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES.	105
19.	CRITERIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS DESCUENTOS SALARIALES EN CASO DE HUELGA.	108
20.	MECANISMOS TEÓRICOS DE FLEXIBILIDAD SALARIAL.	109

CAPÍTULO III

FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

1.	INTRODUCCIÓN.	115
2.	TRABAJO EN COMUN Y CONTRATO DE GRUPO.	115
3.	TRABAJO A DOMICILIO.	118
4.	CONTRATACION E INGRESO EN EL TRABAJO.	121
5.	DIRECCION Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL.	125
5. 1	Confrontación entre poder de dirección y derechos de los trabajadores.	126
5. 2	Tratamiento jurisprudencial del ejercicio de las facultades disciplinarias del empresario.	128
5. 3	Vigilancia y control ejercida por el empresario respecto a las obligaciones laborales del trabajador y su inasistencia por enfermedad o accidente.	132
5. 4	Conclusiones.	134
6.	PROTECCION EN EL TRABAJO.	135
7.	TRABAJOS DE SUPERIOR E INFERIOR CATEGORIA.	139
7. 1	La realización de trabajos de superior categoría durante el período preciso para poder reclamar la consolidación de tal categoría.	140
7. 2	La imposibilidad de adquirir una categoría superior por impedimento legal o convencional.	141
7. 3	La realización de trabajos de categoría inferior.	144
8.	MOVILIDAD FUNCIONAL.	145
8. 1	El grupo profesional.	146
8. 2	Los derechos profesionales.	148

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
INDICE

8. 3	Los derechos económicos.	148
8. 4	Naturaleza jurídica del art. 39 ET.	149
8. 5	La contratación individual y la movilidad funcional.	150
8. 6	Efectos prácticos más relevantes de la movilidad funcional.	152
8. 7	Conclusiones.	153
9.	LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA.	154
9. 1	Los traslados. Concepto.	155
9. 2	La autorización administrativa del traslado.	157
9. 3	Consecuencias del traslado.	159
9. 4	Los desplazamiento. Concepto.	161
9. 5	Naturaleza de los desplazamientos.	162
9. 6	Consecuencias de la orden de desplazamiento.	162
9. 7	La movilidad geográfica por iniciativa del trabajador.	164
9. 8	La movilidad geográfica disciplinaria.	166
9. 9	Movilidad geográfica impuesta por Ley a la empresa.	166
9.10	Cambio de centro de trabajo sin cambio de residencia.	168
9.11	Cambio de puesto dentro del mismo centro.	168
9.12	Conclusiones.	168
10.	MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.	170
10. 1	Condiciones modificables según su origen.	171
10. 2	Concepto de modificaciones sustanciales.	174
10. 3	Regulación legal, colectiva e individual.	176
10. 4	Modificaciones colectivas e individuales.	177
10. 5	Aceptación de la modificación.	178
10. 6	Consecuencias de la modificación.	179
10. 7	La intervención de la autoridad laboral en el expediente del art. 41 ET.	182
10. 8	Conclusiones.	183
11.	LA DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA. EL TRATAMIENTO LABORAL DE LAS CONTRATAS.	184
11. 1	Ambito subjetivo de responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios.	185
11. 2	Pluralidad de contratas.	186
11. 3	Un factor decisivo: el concepto de " <i>propia actividad</i> ".	187
11. 4	Contenido de la responsabilidad del art. 42 ET.	190
11. 5	Delimitación temporal de la responsabilidad.	194
11. 6	Otros efectos del art. 42 ET.	195
12.	LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.	196
12. 1	Concepto general.	196
12. 2	Los inconvenientes de su admisión.	197
12. 3	Argumentos en favor de su admisibilidad.	199
12. 4	Criterios para una posible regulación de las empresas de trabajo temporal	201
12. 5	Situación actual de las empresas de trabajo temporal	203
13.	LOS GRUPOS DE EMPRESAS.	203
13. 1	Su vinculación con la idea de la flexibilidad.	205
13. 2	Formas de manifestación de los grupos de empresas.	205
13. 3	Criterios de la Jurisprudencia a efectos de apreciar una única empresa a efectos laborales.	206

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

INDICE

13. 4	Responsabilidad de los grupos de empresas.	208
14.	LA SUCESSION EMPRESARIAL.	211
14. 1	El objeto de la transmisión.	212
14. 2	Formas de transmisión. Especial referencia a las sociedades anónimas laborales.	214
14. 3	Alcance de la subrogación.	223
15.	LA HUELGA Y EL CIERRE PATRONAL.	225
15. 1	Introducción	225
15. 2	La huelga: contenido y aspectos formales	225
15. 3	Efectos de la huelga	227
15. 4	Servicios mínimos en huelga	228
15. 5	La huelga ilegal	230
15. 6	El cierre patronal	231
15. 7	Regulación legal del cierre patronal	232
15. 8	Huelga intermitente y cierre patronal	233
15. 9	Sanciones frente al cierre patronal	234

CAPÍTULO IV

FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

1.	ANTECEDENTES INMEDIATOS Y TENDENCIA ACTUAL.	239
2.	JORNADA DE TRABAJO Y DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO.	240
3.	NORMAS LEGALES IMPERATIVAS Y FLEXIBLES Y ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SIGNIFICATIVOS.	243
4.	LA FLEXIBILIDAD HORARIA EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS. FACULTADES CONCEDIDAS POR ÉSTOS A LAS EMPRESAS.	254
5.	CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES SOBRE LA AUTONOMÍA COLECTIVA E INDIVIDUAL EN MATERIA DE HORARIO DE TRABAJO.	258
6.	INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ORDENACIÓN DE LOS HORARIOS.	260
7.	LAS MODALIDADES MÁS SIGNIFICATIVAS DE FLEXIBILIDAD HORARIA.	261

CAPÍTULO V

FLEXIBILIDAD CONTRACTUAL

PARTE PRIMERA

LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

1.	COMENTARIO GENERAL.	269
2.	EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL.	271
3.	SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL.	280
4.	CRÍTICA A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL, ESPECIALMENTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO.	289

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
ÍNDICE

5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL.	293
5.1 La temporalidad en el contrato de trabajo.	293
5.2 Ámbito de cada modalidad de contrato.	294
5.3 Criterios de distinción entre las diferentes modalidades.	296
5.4 La relevancia de los requisitos formales.	297
5.5 La relevancia de los requisitos materiales o de fondo.	298
5.6 El fraude de ley y el abuso del derecho en la contratación temporal.	299
5.7 La prórroga de los contratos temporales.	302
5.8 La continuación del trabajo tras la conclusión del período pactado.	303
5.9 El derecho a la permanencia en el trabajo.	304
5.10 La extinción de los contratos temporales.	305
5.11 Procedimiento de extinción.	306
5.12 Efectos de la extinción del contrato.	307
5.13 Legislación general y legislación especial.	308
5.14 Los convenios colectivos como fuente reguladora de los contratos temporales.	310
5.15 Condiciones de trabajo y derechos colectivos de los trabajadores temporales.	311

PARTE SEGUNDA

LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

1. CONCEPTO DELIMITADOR DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.	315
2. LA ACTITUD DE LA JURISPRUDENCIA ANTE LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.	316
3. LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES NO REGULADAS EXPRESAMENTE COMO TALES.	319
4. LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES, EL PROTECCIONISMO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SU EXPANSIÓN A NUEVOS COLECTIVOS.	323
5. RESEÑA DE LAS NORMAS LEGALES MÁS LLAMATIVAS INDICADORAS DEL GRADO DE FLEXIBILIDAD-RIGIDEZ DE LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.	329

PARTE TERCERA

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO LABORAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXCEDENCIA. REGULACIÓN LEGAL.	335
2. ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA EXCEDENCIA.	337

PARTE CUARTA

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. FLEXIBILIDAD DE LA JUBILACIÓN.	343
2. LA EXTINCIÓN POR CAUSAS TECNOLÓGICAS O ECONÓMICAS Y FUERZA MAYOR. LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO.	347
2.1 Planteamiento.	347

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

INDICE

2. 2	La extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor.	350
2. 3	La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas. . .	354
2. 4	Adecuación del art. 51 ET a la Directiva 75/129 CEE en materia de despidos colectivos.	356
2. 5	Reivindicaciones empresariales y posición de los sindicatos.	358
3.	EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS.	361
3. 1	Introducción.	361
3. 2	Las causas de extinción.	362
3. 3	Forma y efectos de la extinción.	364
4.	EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR.	366
4. 1	Consideraciones generales.	366
4. 2	Las modificaciones de las condiciones de trabajo.	369
4. 3	La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario.	370
4. 4	Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones del empresario.	374
4. 5	El ejercicio de la acción resolutoria.	375
4. 6	Efectos de la resolución del contrato.	377
5.	EL DESPIDO DISCIPLINARIO.	378
5. 1	Introducción.	378
5. 2	Las causas del despido disciplinario.	380
5. 3	Los requisitos formales.	387
5. 4	Ámbito del despido nulo. El despido discriminatorio.	389
5. 5	Calificación del despido disciplinario.	395
5. 6	La ejecución de la sentencia de despido.	406

CAPÍTULO VI

LAS RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS

1.	RELEVANCIA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	415
2.	DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO LABORAL.	416
3.	EFFECTOS DE LAS IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE LA ADMINISTRACIÓN.	418
4.	EL ACCESO A LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA DERIVADA DE UNA PREVIA CONTRATACIÓN TEMPORAL.	420
5.	LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.	423

CAPÍTULO VII

INFRACCIONES Y SANCIONES

1.	LA NORMATIVA SANCIONADORA.	431
2.	EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.	431
3.	LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD.	432

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
INDICE

4. INFRACCIÓN DE CLÁUSULAS NORMATIVAS DE CONVENIOS COLECTIVOS.	433
5. EL PROBLEMA DE LA COMPATIBILIDAD DE LAS SANCIONES DE DIVERSA NATURALEZA.	434
6. LAS ACTAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.	438
 CONCLUSIONES	 441
 APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO	 451
 RESUMEN DE CITAS	 463

INTRODUCCIÓN

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

INTRODUCCIÓN

Flexibilizar el mercado de trabajo y adaptar la legislación laboral a la situación económica de los últimos años, y en especial a la actual, es una cuestión en gran parte pendiente en España.

Los acontecimientos que demandan una reforma en ese sentido son abundantes, pero los más importantes han nacido en fechas recientes. Desde los partidos políticos, el Gobierno fue instado en Febrero de 1992, con motivo del debate sobre el estado de la Nación en el Congreso de los Diputados, a reformar la normativa laboral para superar las rigideces que impiden crear más puestos de trabajo; la propuesta es teóricamente buena, y más para los políticos, que ven en la creación de empleo el objetivo políticamente más rentable que la flexibilidad laboral les pueda proporcionar, omitiendo u olvidando que la creación de empleo no se logra únicamente flexibilizando el mercado de trabajo. Poco tiempo después, en Abril del mismo año, el Gobierno remitió a las Cortes Generales un *"Programa de Convergencia 1992-1996"* aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 12 de Mayo de 1992, en el que se incluyen las grandes líneas de acercamiento a la Comunidad Europea, entre las que figuran un conjunto de medidas flexibilizadoras. El problema ha adquirido más relevancia con ocasión de la instauración el 1 de Enero de 1993 del mercado unitario europeo, previsto por el Acta Única de 1986, y por la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de Febrero de 1993.

Inmersa España en este gran proceso de integración económica y política con el resto de los países europeos, la contemplación del problema de la flexibilidad de la legislación laboral interna constituye una labor que compete a los juristas y a los economistas, así como a las organizaciones empresariales y a los sindicatos. Al abordar el problema, cualquiera que sea la ambición y la finalidad de quién lo haga, hay que evitar la simplificación, las propuestas meramente teóricas y la ideologización.

Cuando desde el punto de vista jurídico se comienza a indagar sobre cualquier aspecto de la flexibilidad laboral, una de las primeras realidades que se constata es la escasez de estudios extensos elaborados por juristas, abundando en cambio los estudios puntuales y los comentarios generales, y sobre todo los estudios económicos hechos por autores extranjeros. La crítica que pueda merecer la Doctrina española ha sido aceptada ya por algunos autores al reconocer que el debate se ha producido en España tardíamente, con frecuencia en términos abstractos y con una visión economicista y, al mismo tiempo, fraccionada, es decir, aislada, dejando de lado el conjunto

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

INTRODUCCIÓN

de figuras potencialmente afectadas por cualquier reforma flexibilizadora con vocación de generalidad. También ha reconocido la Doctrina que ha de abandonarse por completo el empleo de las palabras que encierran obstáculos a todo estudio notable ("despido libre", "conquistas sociales históricas", etc.) y tener presente que hay varios modelos y grados de flexibilidad que pueden beneficiar tanto a las empresas como a los trabajadores.

La censura a la Doctrina española se ha extendido al silencio que frecuentemente ha guardado respecto a proyectos de reforma y a reformas consumadas. En este caso la réplica sería sencilla porque también quienes poseen iniciativa legislativa no han hecho planteamientos que denoten rigor y empeño, ni las organizaciones empresariales y los sindicatos han hecho dejación de sus principios ideológicos y de defensa de sus respectivas posiciones clásicas alejadas entre sí. Esta ha sido la pauta de comportamiento de los destinatarios directos de las medidas de flexibilidad y de los promotores de las mismas, por lo que lógico es admitir que la Doctrina no haya tenido un protagonismo mayor, que desbordaría la función que le es propia y se introduciría en el examen de antecedentes y consideraciones generales provenientes generalmente de la ciencia económica.

La flexibilidad no es un problema nuevo, pero, como se ha dicho al principio, la necesidad de dar una solución se intensifica en los actuales momentos de adaptación de las empresas y el Ordenamiento Laboral a una nueva dinámica. Es indiscutible que se está produciendo un retraso a la hora de eliminar las rigideces existentes en las relaciones laborales. Incluso un factor reciente ha contribuido a ello: el período de crecimiento económico habido entre 1986 y 1991 ha hecho olvidar el defecto de la rigidez, que influye negativamente en la inversión, el nivel de desempleo y la competitividad de las empresas españolas dentro del Mercado Único Europeo; dicho período de expansión pudo haberse utilizado para introducir las reformas que aún siguen pendientes. No obstante, este retraso cuenta con una explicación importante; la normativa laboral actual ha heredado la normativa procedente de un período histórico caracterizado por la economía autárquica y un intenso intervencionismo estatal en las relaciones laborales. La inercia de aquel período hace que, por una parte, la negociación colectiva se remita con frecuencia a las Ordenanzas Laborales en lugar de sustituir su contenido por normas pactadas mediante las que se flexibilice, por ejemplo, la movilidad funcional, y por otra parte, hace que el sindicalismo español se mantenga en una posición de tradicional reivindicación, alejado de la corresponsabilidad que conlleva la implantación de medidas flexibilizadoras por medio de la negociación colectiva, en la que un avance en favor de la empresa cuenta siempre con una contraprestación en beneficio de los

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

INTRODUCCIÓN

trabajadores o con un reforzamiento de los derechos de representación colectiva.

Por consiguiente, el estado actual de las relaciones laborales presenta un importante grado de rigidez que la flexibilidad ha de remediar. En cualquier caso no puede olvidarse que toda medida flexibilizadora debe ser certera y coordinada con otras medidas de índole diversa, puesto que la eliminación de rigideces no sería útil si se cambia una situación por otra, un modelo por otro, sin que con ello se deriven soluciones a los problemas que incitan a proponer y adoptar tales tipos de medidas. La experiencia acumulada hasta el momento, escasa por lo ya dicho, indica que la flexibilidad por sí sola no genera más empleo, como lo evidencia la permanencia de la desocupación entre los jóvenes y los parados de larga duración, por lo que la creación de empleo se enmarca realmente en el desarrollo y dinamismo del sistema económico y no, en cambio, en unas reformas legislativas concretas. Lo mismo puede concluirse respecto a la contención de la inflación; si ésta se pretende lograr a través de la moderación salarial, se estará relegando las posibilidades de combatir el alza de los precios flexibilizando los salarios. Si por el contrario, se prescinde de las soluciones parceladas y se deja que la negociación colectiva supere su clásica timidez y adopte las medidas que los negociadores estimen oportunas en cada momento, el resultado no sólo será incierto sino posiblemente dispar, como lo indica la circunstancia de que en algunas ocasiones los convenios han flexibilizado normas legales y en otras ocasiones los convenios han incrementado el grado de rigidez de esas normas dispositivas. Quiere decirse con todo ello que el tratamiento de las soluciones ha de ser fundamentalmente global y acorde con el exacto objetivo que se persiga.

Hechas las anteriores consideraciones, llega el momento de indicar el propósito del presente estudio. Su título anuncia por sí solo el carácter general con el que se van a examinar las cuestiones que se abordan. No se pretende lograr una definición de la flexibilidad porque, además de que esa aspiración suele ser escasamente eficaz y frecuentemente incompleta cuando no poco afortunada, la expresión "*flexibilidad*" encierra un concepto generalmente conocido respecto al que, con las discrepancias inherentes a las grandes controversias que genera, todos nos entendemos cada vez que es mencionada.

Lo que sí constituye el objetivo principal es hacer un repaso de las principales normas del Derecho Positivo Laboral español, constatando el grado de rigidez existente, el grado de flexibilidad concurrente, y la confrontación y coexistencia de ambos, así como el alcance de las

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

INTRODUCCIÓN

facultades de organización de las empresas, los límites de su ejercicio y los medios de oposición que pueden utilizar los trabajadores.

A lo largo de esa andadura se harán censuras a la regulación actual, otras veces se harán elogios, pero esencialmente el tono aséptico que en general impera persigue constatar que las medidas flexibilizadoras no tienen necesariamente que beneficiar a los empresarios sino que pueden ser favorables para las dos partes de la relación laboral, si bien desde ahora hay que decir que el estudio se encuentra inspirado por una posición favorable al incremento de la flexibilidad laboral y al ejercicio de los poderes de dirección de las empresas.

Se van a constatar realidades, pero no se van a elaborar propuestas porque la complejidad del problema haría que aquéllas desbordaran inmediatamente un estudio que no se centra en un puñado de figuras jurídico-laborales sino que abarca la extensión de la principal legislación vigente. No obstante, algunas sugerencias de solución se desprenderán irremediamente al tratar materias muy susceptibles de recibir un tratamiento flexibilizador y que más que sugerencias son conclusiones aceptadas ya sin discusión; así, se verá, por ejemplo, que el incremento de las facultades empresariales en materia de movilidad funcional permite un mejor empleo de la mano de obra disponible, lo que se traduce en una disminución, por innecesaria, de la contratación temporal, lo cual representa una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores de la empresa.

Desde este momento debe hacerse la advertencia de que el presente estudio recae sobre la Legislación vigente durante los últimos años. Consciente el Gobierno de la Nación de la necesidad de proceder a una reforma profunda de la actual regulación de las relaciones laborales, aquél ha puesto de manifiesto su intención de dar respuesta satisfactoria a muchas de las reformas propugnadas desde el ámbito de la flexibilidad laboral. La coetaneidad entre la terminación de este trabajo y la aparición de una nueva regulación legal más flexible que la actual, o la mera proximidad en el tiempo entre uno y otra, no será sino una muestra evidente de la oportunidad a la hora de abordar estas cuestiones y dará ocasión para constatar que una regulación legal menos rígida no es una propuesta teórica sino una necesidad justificada que, expuesta aquí, habrá contado con la ratificación subsiguiente de una reforma inspirada en esos principios y exigencias de flexibilidad.

El objetivo descrito y la advertencia precedente cuentan con una característica esencial.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

INTRODUCCIÓN

El examen del Derecho Positivo se va a realizar principalmente desde el punto de vista de la Jurisprudencia y de los Tribunales en general, es decir, se constatará la interpretación que los Tribunales vienen efectuando de todas aquellas normas sobre las que más directamente pueden incidir las medidas de flexibilidad. De esta manera se comprobará la dosis de contribución que, en el ejercicio de su función constitucional, los Tribunales hacen para lograr una interpretación flexible de las normas. Piénsese en la importante labor que los Tribunales pueden desarrollar aplicando de forma flexible o rígida las normas ya vigentes o las normas promulgadas con el fin de implantar un mayor grado de flexibilidad, cuya efectividad y repercusión dependerá en gran medida de la aplicación que de las mismas se haga. No obstante ello, se propugna que la flexibilidad provenga de una reforma legislativa a cargo del Parlamento, o en su caso por la vía de la negociación colectiva, pero no recurriendo al Poder Judicial, cuya función ha de ser solamente una contribución, aunque ésta sea muy importante. Las numerosas transcripciones literales y reseñas de sentencias irán marcando tanto los criterios jurisprudenciales consolidados como la evolución de criterios y las tesis novedosas. Normalmente se han seleccionado aquellas resoluciones judiciales calificables como más acordes con la flexibilidad laboral y los poderes del empresario, pero también figura una muestra de las que mantienen opiniones de signo opuesto. La selección de las mismas ha estado guiada en todo momento por el deseo de que fueran en cada caso lo más claras y expresivas.

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACION AL SIGNIFICADO DE LA PALABRA "FLEXIBILIDAD".

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.	11
2. ANTECEDENTES JUSTIFICATIVOS DE LA ACTUAL EXIGENCIA DE FLEXIBILIDAD. EL CASO CONCRETO DE ESPAÑA.	16
3. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA FLEXIBILIDAD.	21
4. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y LA FLEXIBILIDAD.	23
5. CRITERIOS PARA FIJAR EL GRADO DE RIGIDEZ-FLEXIBILIDAD DE CUALQUIER ORDENAMIENTO JURIDICO-LABORAL.	27
6. FLEXIBILIDAD ALTERNATIVA O "REGULACION LABORAL DE NUEVO TIPO". CONCEPTO. DIFICULTADES DE POTENCIAR LA AUTONOMIA COLECTIVA EN DETRIMENTO DE LA HETERONOMIA ESTATAL.	30
7. MODELOS DE FLEXIBILIDAD Y CLASIFICACION DE LAS FORMAS DE INCIDENCIA.	33
8. PAUTAS PARA UN EXAMEN SOBRE LA FLEXIBILIDAD DE LA RELACION LABORAL Y SUS FUENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL.	38
9. EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL.	39
10. EL PRINCIPIO DE LA NORMA MÁS FAVORABLE.	41
11. EL PRINCIPIO «IN DUBIO, PRO OPERARIO».	43
12. LA INDISPONIBILIDAD DE DERECHOS POR PARTE DE LOS TRABAJADORES.	45

1. INTRODUCCIÓN.

Constituye la palabra "*flexibilidad*", tanto en el ámbito laboral como en los demás ámbitos conexos con éste, manifestación de un concepto abiertamente controvertido que ha generado en todo momento un debate en el que sin excepción han venido participando las partes interesadas mediante la defensa de posturas o criterios encontrados basados, en principio, en la sensibilidad o temor que la nueva expresión genera en unos y en el interés de su pronta ejecución práctica que sostienen otros, y así mismo, en los objetivos que persigue cada sector implicado, difícilmente compatibles en unos casos y parcialmente coincidentes en otros supuestos de flexibilidad, ya que ésta, en cuanto factor modificador de situaciones preexistentes, es vista de forma interesada por las empresas, los sindicatos y los gobiernos conforme a las pautas de actuación defendidas por cada uno.

Esta diversidad lleva aparejada una notable carga de simplificación y de ideologización, que ha de ser eludida prescindiendo de la consideración estricta de la palabra y de las que a ella se han asociado ("*despido libre*", pérdida de las "*conquistas sociales históricas*", etc.) para centrarse en su auténtico contenido tanto general como puntual logrando posiblemente alcanzar numerosos acuerdos o proyectos que satisfagan a las partes relacionadas con el debate, después de haber abandonado las posturas dogmáticas o de principios inamovibles y haber asumido la necesidad de utilizar criterios prácticos de actuación.

Esta primera consideración explica que todo aquel que se ha aproximado al estudio de la flexibilidad no haya logrado elaborar una definición del término pareja a la asignada por otros que abordaron igual labor, siendo por ello que aún a pesar de constituir un tema de moda desde la aparición de la crisis económica a principios de la década de los setenta, no exista uniformidad respecto a la delimitación de su alcance o contenido. Ha contribuido a esta situación la circunstancia de que profesionales muy variados se hayan introducido en su estudio; así, han opinado sobre la flexibilidad no sólo los juristas y los representantes de organizaciones empresariales y sindicatos sino también los políticos, los periodistas, los economistas, los sociólogos, etc. Posiblemente la dificultad de encontrar una definición aceptable para la mayoría radique en el hecho de que, como se dirá más adelante, no existe una única flexibilidad sino varias, o lo que es igual, es susceptible de incidir sobre varios factores simultáneamente pues no

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

ha de olvidarse que en cuanto mecanismo reactivador de la economía y cauce para solucionar o minorar los problemas laborales generados por las crisis de la economía, puede proyectarse sobre medidas de variada índole.

La vaguedad y ambigüedad del concepto no ha mermado su trascendencia y el mantenimiento de su actualidad. La Organización Internacional del Trabajo lo ha tomado con la prudencia propia de quien ve en una inadecuada toma de decisiones concretas encuadrables en dicho concepto, por una parte, la vía para llegar a indeseables enfrentamientos originados por quienes legítimamente continúan defendiendo las normas de protección social que, inspiradas por aquella organización, se han ido incorporando a los ordenamientos jurídicos, y por otra parte el temor de que la flexibilidad negociada a nivel de empresa o de sector haga perder eficacia a la normativa emanada de la misma.

En cualquier caso el presente estudio versa sobre la flexibilidad en el mercado de trabajo, y es ésta una cuestión que empezó a tener relevancia cuando hacia 1980, cronificados ya algunos problemas traídos por la crisis económica surgida pocos años antes, las organizaciones empresariales y los gobiernos comenzaron a detectar en el mercado de trabajo factores de rigidez que obstaculizaban la recuperación de la competitividad y los márgenes de beneficio de las empresas, elementos éstos indispensables para el mantenimiento del crecimiento económico y la consiguiente creación de empleo. La aparición de la idea causó el natural desasosiego en las organizaciones sindicales que, hasta convencerse de la realidad y consolidación de los profundos cambios que se estaban operando en las estructuras económicas y comerciales, reaccionaron ante la sospecha de que iban a peligrar los logros sociales arduamente conquistados durante casi un siglo. Es hacia 1984 cuando los interlocutores sociales no sólo toman conciencia -incluidos ya los sindicatos- de la conveniencia de abordar conjuntamente la posibilidad de tomar medidas flexibilizadoras sino también es entonces cuando se constata en todos los países desarrollados que esas medidas, además de servir para frenar el crecimiento del desempleo durante la fase de adaptación industrial a la crisis, poseen un campo de acción cuantitativa y cualitativamente superior porque, pasando la crisis de ser cíclica a ser estructural, la flexibilidad ha de converger sobre la organización del trabajo y las relaciones laborales para responder tanto al objetivo inicial (contención y remedio del desempleo) como al derivado de la cronificación de los problemas traídos por la crisis económica que requieren soluciones con vocación de futuro en la organización del trabajo en las empresas y en la dinámica de las relaciones jurídico-laborales. En efecto, el final

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

de la II Guerra Mundial marcó el comienzo de la reconstrucción y de un período de crecimiento económico que se prolongó durante los casi treinta años siguientes durante los cuales se emplearon instrumentos evitadores de la vuelta a situaciones similares a la gran depresión de 1929 y se acompañó el progreso económico con importantes mejoras sociales en materia de salarios mínimos, protección del desempleo, restricción de las causas de despido, limitación de las jornadas de trabajo, etc. todo lo cual propició un conjunto de conquistas sociales para los trabajadores, que aprovecharon la blanda oposición de las empresas, despreocupadas entonces por las consecuencias de aquellas rápidas conquistas acaecidas en medio de un período de amplios beneficios que toleraban incluso generosas inversiones seguras de su pronto éxito y del amplio margen que la bonanza económica permitía para la negociación entre los interlocutores sociales. Este panorama cambió radicalmente a principios de la década de los setenta al surgir una crisis peculiar y más profunda que las clásicas crisis cíclicas que se habían dado hasta entonces, enmarcándose la idea de la flexibilidad laboral en un conjunto de medidas a adoptar no sólo a corto plazo sino también a largo plazo e integrada con otras de carácter económico.

La aparición de la flexibilidad como remedio importante para controlar los efectos de la situación descrita es casi simultánea a la puesta de manifiesto por parte de los representantes de los sectores y grupos implicados de los inconvenientes de la misma. Así, se preguntan sobre la eficacia de un concepto poco definido del que en gran medida se desconocen los objetivos y los efectos de las actuaciones puntuales que pudieran emprenderse, sintetizándose las preocupaciones de quienes opinan de esta manera en el convencimiento de que la flexibilidad es necesaria, pero se ignora cómo llevarla a la práctica. La finalidad primordial buscada ha sido frenar el volumen creciente de desempleo agilizando las contrataciones en el ámbito de una normativa que admita la extinción contractual sin excesivos costes para las empresas; sin embargo, cuando el desempleo es masivo, como ocurre en numerosos países, la flexibilidad resulta insuficiente para la creación de nuevos puestos de trabajo si no se acompaña de otras medidas, con lo que la mera movilidad de los puestos no reduce los prolongados períodos de desocupación, fenómeno este que conduce a los afectados a integrarse en la economía sumergida, prescindiendo de la protección que les brindan los sindicatos precisamente en unos momentos en los que los trabajadores se encuentran en una situación vulnerable; además, el fenómeno incide especialmente sobre los sectores industriales en los que el sindicalismo ha sido más fuerte y se ha afianzado tomando dicho sector como orientación de sus pautas de actuación, lo cual implica a su vez la necesidad de un replanteamiento en sus estrategias. A mayor abundamiento e insistiendo en lo dicho, la flexibilidad

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

basada únicamente en la supresión o suavización de la regulación del despido supone teóricamente un aumento de puestos de trabajo disponibles para quienes han perdido su empleo, pero la realidad indica que la contratación ha descendido y los períodos de desempleo se están prolongando, y por consiguiente es dudoso que la flexibilidad apuntada sirva eficazmente para absorber la mano de obra procedente de los sectores más afectados por la crisis.

Cabe preguntarse por ello si la insatisfacción inicial y lo imprevisible de sus efectos haría conveniente su rechazo tal y como propugnan los sectores sindicales más reacios. La aceptación de esta opinión sería tan absurda como la de quienes ven en la flexibilidad el único arma a utilizar; ya se ha dicho que la solución posiblemente certera es la configurada por un conjunto coordinado de medidas, pero el mero planteamiento de la necesidad de las mismas es suficientemente valioso por sí solo.

En este sentido ha de afirmarse que la flexibilidad puede materializarse o proyectarse sobre normativas distintas a la que regula la contratación y el despido, pudiendo hacerlo sobre nuevas formas de organización del trabajo y el funcionamiento de las empresas que conseguirían paralelamente avances sociales que vendrían a introducir ventajas compensatorias, lográndose entonces la satisfacción de todas las partes afectadas, por lo que se concluye que la flexibilidad cuenta con varias dimensiones. Es más, los autores coinciden al señalar que la flexibilidad salvaje, absoluta o llevada hasta los límites de lo posible, aniquilaría las ya citadas conquistas sociales de los trabajadores agravando más aún los problemas para los que se busca solución.

Esto último guarda relación con una cuestión que va a estar presente siempre en todo lo relacionado con la flexibilidad: en el fondo del debate existirá una continua confrontación entre flexibilidad y normas de orden público laboral; éstas, en cuanto normas de Derecho imperativo que quedan fuera del ámbito de disponibilidad de las partes habrán de sufrir una merma o retroceso que en definitiva no será sino una lectura coyuntural o de adaptación a la concreta medida flexibilizadora; téngase presente sin embargo que la flexibilidad también puede desarrollarse, y será más sencilla su introducción, en los supuestos en que incida sobre normas de Derecho dispositivo, en cuyo caso la negociación colectiva permitirá la rápida implantación entre las partes interesadas.

Expuesto cuanto antecede, resta añadir las definiciones que con mayor o menor generalidad

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

de contenido han dado quienes se han introducido en el estudio de la flexibilidad. Robert Boyer hacer referencia a la aptitud de un sistema o de un subsistema para reaccionar contra diversas perturbaciones⁽¹⁾. Para François Michon la flexibilidad se impone dentro de un contexto de cambio rápido: designa una aptitud para el cambio⁽²⁾. La denominada "flexibilidad dinámica" por John Atkinson está constituida por los cambios introducidos en las normas y en las prácticas institucionales, culturales, sociales o económicas, que aumentarán de forma permanente la aptitud para enfrentarse con los cambios⁽³⁾. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo en su informe presentado en la LXXII Reunión de la Confederación Internacional del Trabajo (1986) afirmó que no existe una definición generalmente admitida de la flexibilidad y se la relaciona *"unas veces con la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, otras con la flexibilidad de las remuneraciones en función de las fluctuaciones de la coyuntura económica, o incluso con la flexibilidad en la gestión de los recursos humanos de la empresa que va desde los problemas de reclutamiento y de ciertos aspectos del despido hasta las modalidades del trabajo temporal y el contrato de duración limitada, y finalmente con la ordenación del tiempo de trabajo en sentido amplio, concretamente con el volumen por encima del cual una empresa ya no se encuentra sujeta a ciertas disposiciones de la legislación social o fiscal"*. No va a centrarse el presente estudio sobre las posibles medidas de flexibilidad distintas a las de tipo jurídico aunque, como antes se dijo, la eficacia de las mismas pende sobre todo de la coordinación con las que se apliquen en otros campos, y por ello la descripción que de la flexibilidad laboral puede darse, sin perjuicio de la conclusión a la que pueda llegar en cada caso todo aquel que alcance un determinado conocimiento del fenómeno, es el de constituir un conjunto de medidas introducidas por el legislador en el Ordenamiento Jurídico o por las partes en la regulación de las relaciones contractuales con el fin de facilitar la sobrevivencia económica y adaptación técnica de las empresas así como la creación de otras nuevas en los actuales momentos de la Economía y el mercado de trabajo, tanto de carácter coyuntural como atemporales.

-
- (1) ROBERT BOYER: "Flexibilidades del trabajo: formas contrastadas, efectos mal conocidos". Centro de Estudios prospectivos de economía matemática aplicados a la planificación.
 - (2) FRANÇOIS MICHON: "Tiempo y flexibilidad: el tiempo de trabajo en el debate sobre la flexibilidad". CNRS Universidad de París 1, publicado en "Trabajo y sociedad", vol. 12, nº 1, Enero 1987.
 - (3) JOHN ATKINSON: "¿Flexibilidad o fragmentación? El mercado de trabajo del Reino Unido en la década de los ochenta". Institute of Manpower Studies, BRIGHTON, publicado en "Trabajo y Sociedad", vol. 12, nº 1, Enero 1987.
-

2. ANTECEDENTES JUSTIFICATIVOS DE LA ACTUAL EXIGENCIA DE FLEXIBILIDAD. EL CASO CONCRETO DE ESPAÑA.

Históricamente se produce una circunstancia incontrovertible cual es que la flexibilidad, con independencia de las adhesiones o censuras que en cada momento ha recibido, es una reivindicación típicamente empresarial cuyo logro indudable hasta el presente momento ha sido, dejando a un lado los concretos logros en que haya podido materializarse, introducir el término y convertirlo en algo habitual como si su ejecución práctica fuera y *ineludible*, lo que claramente representa haber vencido al menos el rechazo psicológico que en un principio mostraban los sectores que se oponían a ello. También históricamente la demanda de flexibilidad laboral efectuada por las empresas se ha venido identificando con una petición de menores costos sociales y mayor poder directivo en la organización del trabajo, lo que jurídicamente implicaba una reducción de las garantías legales, reglamentarias y convencionales establecidas en favor de los trabajadores.

Ya se apuntó anteriormente que esas exigencias empresariales han tenido dos fases. En una primera, coincidente con la aparición de la crisis económica a principios de la década de los setenta, las reivindicaciones perseguían medidas coyunturales afectantes especialmente a la contratación laboral, con el fin de frenar el impacto de una crisis que se consideraba una más en la evolución histórica de la Economía de los países desarrollados. En una segunda fase, constatado el alcance real de la crisis y la necesidad de atajarla por el uso conjunto y coordinado de recursos variados, la demanda de flexibilidad se extiende a una generalidad de instituciones jurídicas y, sobre todo, se hace portadora de una pretensión de permanencia o, lo que es igual, deviene carente de límites temporales fijados *a priori*.

El punto de partida en la posición de las empresas, coincidiendo con los planteamientos más puros y plenos de la reivindicación aún no pulida por la posición proveniente especialmente de los sindicatos, se identifica con la eliminación de los vínculos legales y convencionales que las conquistas de los trabajadores han impuesto a las empresas en materia de contratación, extinción de las relaciones laborales, organización del trabajo, etc., que no ha venido sino a restar el inicial poder que los empresarios detentaban al comienzo del proceso industrial del pasado siglo. Del liberalismo decimonónico más absoluto se ha ido evolucionando hacia un nivel de intervencionismo estatal que se tradujo en las posiciones que las partes implicadas en el conflicto socio-laboral

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

ocupaban en el momento de nacer la crisis económica, cuyo remedio requiere, entre otras soluciones, incrementar por la vía de la flexibilidad las facultades empresariales, que en su estado más bajo de contenido constituye un obstáculo para la solución de la crisis. De esta manera, el concepto de rigidez comienza a oponerse al de flexibilidad, siendo equivalente aquél al intervencionismo normativo y el segundo a una ausencia o disminución de su intervencionismo y al potenciamiento de la autonomía colectiva o individual, constituyendo el poder empresarial unilateral la manifestación más profunda para quienes defienden el neoliberalismo.

No es extraño este proceso a la implantación durante la segunda fase de evolución descrita y concretamente durante los últimos años, del convencimiento de que las empresas no reciben del Poder Ejecutivo las ayudas que vengan a dar justa correspondencia a la contribución que aquéllas hacen al sistema económico y al mantenimiento de las previsiones generales del gasto público. A su vez, ello es paralelo a la sensación que invade a amplios sectores sociales sobre la inadecuada distribución de los fondos públicos bajo principios teóricos de solidaridad que no satisface a quienes comprueban habitualmente que la calidad o cantidad de los servicios públicos no se corresponden con las cargas fiscales que soportan, lo que mueve a los afectados a defender sus intereses mediante la reivindicación de la disminución de la presión fiscal y el derecho a optar por los servicios privados sostenidos económicamente por los usuarios de los mismos. Toda delegación que el poder público haga en la gestión privada como respuesta a la constatación de aquella inquietud social es encuadrable en una pauta de conducta más liberal que la observada hasta hace escasos años, de la que participa toda eliminación del grado de rigidez normativa laboral, no siendo nuestro país ajeno a esta tendencia.

Seguidamente van a exponerse las fases histórico-legislativas en España que han conducido a la situación actual y a la posibilidad de aplicar la flexibilidad laboral.

La primera fase comprende la totalidad del período de gobierno del Movimiento Nacional, caracterizado por un intervencionismo muy fuerte en el que el Estado regulaba todos los sectores laborales mediante una normativa vinculante por igual para empresarios y trabajadores. Respondiendo a los principios políticos imperantes, el mundo del trabajo contribuía bajo la tutela del Estado y en unión de la organización completa de éste, al servicio de un concepto superior denominado Patria. La carencia del derecho a la negociación colectiva quedaba suplida por el ejercicio estatal de las facultades de reglamentación que se extendían a todos los aspectos de la

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

relación laboral y la organización de la empresa: salarios, horarios, descripción de funciones de cada categoría profesional, etc.

En los sistemas marxistas la lucha de clases y el conflicto laboral queda superado mediante la eliminación de una de las partes interesadas: el empleador o titular del capital. En los sistemas no democráticos de signo radicalmente opuesto al marxismo no se suprime a una de las partes del conflicto sino que se establece la ficción de que las partes no defienden intereses opuestos sino unos intereses comunes en los que, haciendo dejación de sus miras particulares, colaboran en favor de un objetivo nacional superior de engrandecimiento. En este segundo caso la ficción no logra superar el conflicto que continúa latente, lo que provoca la permanencia de la negociación, adjetivada de varias maneras, bajo la apariencia formal descrita. A este modelo respondió la primera fase histórica citada; así, los empresarios, técnicos y trabajadores se agrupaban obligatoriamente en sindicatos organizados por ramas de producción, a cada una de las cuales se les otorgaba por el Estado, sucesivamente en el tiempo, una Ordenanza Laboral en las que con una pormenorización sobresaliente se regulaban todos los aspectos de la organización laboral del sector en concreto, dejando lógicamente a salvo los factores revisables periódicamente. Así mismo, los sindicatos cumplían una función política como cauce de representación en los órganos de gobierno de la administración local y estatal.

Lógicamente esta situación se correspondía con una rigidez en las relaciones de trabajo lejana a cualquier idea de flexibilidad, máxime si se tiene presente que la existencia del derecho a la negociación colectiva era sustituida por el intervencionismo del Estado. No obstante, el progreso económico que se produjo desde finales de la década de los cincuenta trajo consigo una suavización de la rigidez que realmente fue un reconocimiento tácito de la irremediable negociación colectiva entre partes con intereses opuestos; en efecto, los propios sindicatos oficiales, en los que comenzaron a instalarse sindicalistas de organizaciones entonces ilegales, dieron amparo a los denominados convenios colectivos sindicales que venían a romper el concepto vigente hasta aquel momento que había cumplido con fidelidad el mandato del Fuero del Trabajo. Sin embargo, la evolución no supuso un cambio práctico sino más bien una continuidad cuyos efectos continuaban notándose en la atrofia de las relaciones profesionales y en la costumbre de empresarios y sindicatos a que sea el Estado el regulador de los problemas laborales, lo que implica un serio obstáculo para la adopción de medidas de flexibilidad por la vía de la negociación colectiva.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

La segunda fase coincide con la llamada "*transición política*" que discurre entre 1975 y el comienzo del desarrollo de la Constitución de 1978. Preocupado en estos años el Gobierno de la nación de las transformaciones políticas que reclamaban imperiosamente los partidos y sindicatos, con la ayuda de grupos sociales que contaban con acceso fácil a los medios de comunicación, se promulgaron disposiciones (Ley sobre Relaciones Profesionales 16/1976, Real Decreto Ley 17/1977 sobre Relaciones de Trabajo, etc.) que venían a dar satisfacción a los grupos que instaban el cambio político, defensores de la idea de que dicho cambio conllevaba el reconocimiento de derechos que el sistema político previgente había ignorado y reprimido con claro favor para los empresarios. Las disposiciones legales entonces promulgadas seguían careciendo del grado de flexibilidad que ya reclamaban los primeros efectos graves de la crisis económica surgida pocos años antes, pero los intereses políticos primaron sobre las medidas económicas que no se tomaron hasta varios años después cuando el agravamiento de la situación impuso remedios más traumáticos que los recomendables en el momento oportuno.

La tercera fase se inicia en 1980 con la publicación del Estatuto de los Trabajadores, Ley esencial que si bien no se caracteriza por su flexibilidad, es un texto moderno acorde con el derecho constitucional a la negociación colectiva (art. 37.1) y a la libertad sindical (art. 28.1). Han seguido al Estatuto numerosas disposiciones sobre contratación temporal y regulación de relaciones laborales especiales. Las medidas flexibilizadoras más relevantes se han producido cuando, consolidadas las organizaciones sindicales ajenas ya en gran medida a la promoción de cambios políticos y creadas las organizaciones empresariales, se han alcanzado acuerdos de concertación social entre los que destacan el Acuerdo Marco Interconfederal de 1980, el Acuerdo Económico y Social de 1985 y el Acuerdo Nacional de Empleo.

La inercia del pasado sigue pesando. La Disposición Transitoria Segunda del Estatuto de los Trabajadores establece que las Ordenanzas de Trabajo continuarán siendo de aplicación como derecho dispositivo, en tanto no se sustituyan por convenio colectivo. Esta disposición encontraba plena justificación en el momento de la promulgación del Estatuto porque el desentrenamiento sindical y la apatía negociadora necesitaba la subsistencia de las antiguas reglamentaciones cuya supresión hubiera causado entonces un vacío; sin embargo, numerosos convenios colectivos continúan remitiéndose expresamente, o ha de acudir ante la carencia de una norma pactada, a las Ordenanzas de Trabajo en materia de ámbito personal o funcional del convenio, clasificación profesional, sanciones, etc., lo que indica la resistencia a la introducción de la flexibilidad por el

cauce de la negociación.

En la actualidad el Gobierno, los empresarios y los sindicatos se encuentran tácitamente de acuerdo sobre la necesidad de suavizar el mercado de trabajo. En Abril de 1986, con ocasión de desarrollarse el XXXIV congreso de la Unión General de Trabajadores (U.G.T.) se habló de la flexibilidad alcanzada por la vía de la negociación colectiva y sin excluir a priori ningún aspecto. El sindicato ponía de manifiesto en aquel momento que *"negociará en particular sobre todos los aspectos de la flexibilidad, capaces de mejorar la calidad de vida del trabajador, sus condiciones de trabajo y, por consiguiente, su productividad"*. Por su parte, el sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.) se ha mostrado opuesto a la flexibilización institucionalizada, aunque la ha admitido en las negociaciones concretas en las que ha participado. Finalmente, entre las organizaciones empresariales, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (C.E.O.E.) se sitúa a la cabeza de los reivindicadores de medidas de flexibilidad, especialmente en materia de movilidad funcional, estructura de salarios y despidos colectivos. Sus reclamaciones se reproducen últimamente con motivo de la plena integración de España en la Comunidad Económica Europea (C.E.E.) y la política económica uniforme que preconiza aquella para todos los países miembros; en el documento titulado *"Bases para un programa de convergencia"* presentado al Gobierno en Febrero de 1992, la patronal pide en el segundo apartado una mayor flexibilidad del mercado de trabajo, un incremento de la formación profesional y la modificación del marco regulador del derecho de huelga con la promulgación de una nueva Ley. Tanto las organizaciones empresariales como el Gobierno son conscientes de que la planificación y las decisiones económicas más importantes (producción, inversiones, subvenciones, etc.) se encuentran fuera del alcance del Estado y las Comunidades Autónomas y sometidas, en cambio, al control de la C.E.E., y esta realidad es conocida, por los sindicatos al igual que los efectos laborales que generan las decisiones económicas del Gobierno.

En consecuencia, la actualidad española da muestras de flexibilidad superadora de las rigideces vigentes hasta la promulgación de la Constitución y la legislación de principios de la década de los ochenta, pero se halla alejada de las propuestas de los defensores de la idea y de las soluciones ya adoptadas en otros países desarrollados aún no importadas por completo a España.

3. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA FLEXIBILIDAD.

La aproximación hecha al concepto de flexibilidad y el repaso a las fases históricas que han conducido al estado actual propicio para la reivindicación de aquélla ha dejado entrever las razones que tradicionalmente se esgrimen en su apoyo; pero a continuación se expondrá de una manera sistemática y definitiva esas razones ya apuntadas, siguiendo la estructura del estudio "*Informe acerca de la flexibilidad en el empleo de los países de la Comunidad Económica Europea*" coordinado por Jean-Michel Maury y publicado en Septiembre de 1985.

La primera razón, que es también la más empleada y llamativa, es la de contribuir a remediar el desempleo adaptando la mano de obra disponible a las necesidades del mercado de trabajo. Sin embargo este argumento no es pacífico porque ha sido adjetivado de limitado en el sentido de que no se ha podido demostrar que el objetivo perseguido se alcance realmente, aunque es generalizada la opinión de que el resultado es positivo a nivel microeconómico, posiblemente debido a que, como se señaló anteriormente, las medidas flexibilizadoras requieren de otras soluciones simultáneas de carácter económico y social si se quiere atajar el conjunto de problemas interrelacionados causados por la crisis económica. En todo caso, se asiste a una inversión de los principios clásicos según los cuales la dureza de la regulación de la contratación y el despido era lo más favorable para el trabajador porque implicaba un nivel alto de estabilidad en el empleo, que la suavización traída por la flexibilidad vendría a limitar.

La segunda razón reside en la necesidad de competir con países desarrollados como Estados Unidos y Japón en los que la flexibilidad contribuye a la mejor viabilidad de las empresas. El exceso de producción (muchas veces inevitables debido a que la rentabilidad de los medios mecánicos imponen un determinado grado de rendimiento, especialmente en la fabricación de productos siderúrgicos), la saturación del mercado (por la razón anterior o la abundante concurrencia de empresas en el sector) con la consiguiente bajada de precios, y el grado de tecnología empleada por países como los citados constituyen un cúmulo de circunstancias que pudieran al menos ser contrarrestadas, que no superadas, por los demás países rebajando los costos de producción a cuenta de recortar los niveles de protección de los trabajadores, combatiendo así el denominado "*dumping social*" practicado por las empresas de diversos países.

La tercera razón es la introducción de nuevas tecnologías, punto este sobre el que existe

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

comúnmente unanimidad respecto al efecto de dicha introducción toda vez que la implantación de las mismas en una empresa genera inevitablemente, no sólo para su misma instalación sino también para su adecuado uso, la necesidad de reorganizar el trabajo, modificar las calificaciones profesionales y, con frecuencia, reducir las plantillas, lo que al mismo tiempo conlleva un abaratamiento de los gastos de personal buscados también a través de otros medios. La razón que se trata en este momento versa claramente sobre la flexibilidad en la movilidad funcional y la organización del trabajo, que como se dijo anteriormente posee tanta transcendencia como la flexibilidad en la contratación y el despido.

La cuarta razón consiste en la denominada "*reconquista del poder empresarial*" animada por la situación de desempleo masivo, pues en una situación de pleno empleo sería inimaginable, que permite a las empresas, movidas por una idea neoliberal, ofrecer unas condiciones de empleo precario fácilmente aceptables por los afectados del desempleo, aprovechando aquéllas una situación propicia para recobrar la pérdida de facultades discrecionales que las conquistas sociales fueron suprimiendo, introduciéndose así un factor psicológico de oportuna utilización en la consecución de medidas flexibilizadoras, ya que, en efecto, el desempleo masivo representa una desvalorización de la fuerza del trabajo, aunque también es cierto que ello constituye una fuente de inestabilidad y de conflictos que poco o nada contribuyen a la productividad y paz social propios de empresas y países prósperos, toda vez que quienes forman parte de la masa de desempleo son conscientes de que han de someterse contra su voluntad a las condiciones laborales, especialmente sobre contratación temporal, que les son ofrecidas.

Sala Franco⁽⁴⁾ señala dos razones más: la evolución de la mentalidad y de los valores de un cierto sector de la sociedad, y la tendencia neoliberal a una "*sociedad de riesgos*" frente a una "*sociedad protegida*". Respecto a la primera, si bien es cierto que grupos sociales con características propias para el mundo del trabajo, como las mujeres y los estudiantes, accederían a aquél aceptando condiciones de precariedad como precio a pagar por la independencia social, económica y familiar que supone el paso de la actividad no remunerada a la remunerada, ha de tenerse presente que ese planteamiento puede ser aceptado a priori por los interesados, quienes estarían dispuestos a concertar contratos temporales, a tiempo parcial, a domicilio, etc. movidos

(4) T. SALA FRANCO: "Flexibilidad del mercado de trabajo y Derecho del Trabajo en España" Revista del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya nº 35, Marzo-Abril 1987, págs. 45 y ss.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

más por sus aspiraciones extralaborales que por un sometimiento convencido a situaciones de precariedad. La aceptación inicial daría paso poco tiempo después a las reivindicaciones propias de quienes buscan la máxima continuidad en lo que han convertido o proyectan convertir en su medio esencial de vida, olvidando los planteamientos previos al inicio de la relación laboral y actuando animados por las personas y circunstancias presentes en el mundo laboral al que acceden y que hasta entonces desconocían. En este sentido el Informe Bachy⁽⁵⁾ señala que *"la idea según la cual los trabajadores, y especialmente la mujeres, encontrarían en las formas de empleo atípicas una nueva fuente de libertad individual y colectiva es frecuentemente un mito"*.

La segunda razón adicional es ajena a lo jurídico y económico, pero responde a una realidad palpable incluso en los países gobernados por el socialismo democrático. La equiparación de la flexibilidad a lo progresista o moderno y la rigidez a lo antiguo sería digno de desarrollar en un estudio económico de los últimos treinta o cuarenta años de España. No se trata solamente de contraponer la gestión pública a la privada sino de enfrentarse al proteccionismo estatal en lo económico y social como un estilo que impide la libre concertación de los agentes sociales y la permanencia de las únicas empresas no gestoras de servicios públicos o de producción estratégica que interesan: las empresas rentables, que resultan ser hábiles para el desarrollo económico y potenciadores de la captación de empleo. De cualquier forma, la superación o relegación del Estado proteccionista se enmarca en la idea ya expuesta con anterioridad: el descontento de amplios sectores sociales que soportando una fuerte presión fiscal comprueban que la distribución de los fondos públicos recae en exceso sobre grupos desprotegidos o sobre ayudas y subvenciones en lugar de repercutir en los servicios públicos en favor del ciudadano contribuyente.

4. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y LA FLEXIBILIDAD.

Ha de hacerse una breve referencia al amparo constitucional con que cuentan las medidas de flexibilidad, o lo que es igual, el encaje que esta última pueda tener en las previsiones constitucionales en materia económica o social, lo que se traduce en un problema de interpretación de las normas de la Constitución con el objeto de comprobar si para su implantación existen o no obstáculos provenientes de la Ley Fundamental.

(5) Informe sobre "Flexibilidad en el mercado de trabajo" hecho en nombre de la comisión de Asuntos Sociales y de Empleo del Parlamento Europeo de 28 de Octubre de 1986.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

Expuesta así la cuestión, merecería toda la extensión de un trabajo para tratarla debidamente, pero la brevedad indicada radica en la condición de cuestión anexa en relación con el estudio pormenorizado que de la flexibilidad en las instituciones jurídico-sustantivas se hará más adelante.

El preámbulo de la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978 contiene dos afirmaciones relevantes para lo que ahora se trata. Así, se dice que la Nación española proclama su voluntad de garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Más adelante añade la voluntad de promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

Estas pautas han de servir como guía de interpretación ya que el preámbulo constitucional ofrece una síntesis del contenido fundamental de su articulado, y se encuentra dotado por primera vez en la historia del constitucionalismo español, con alguna excepción poco relevante, de carácter normativo directo, como puso de manifiesto el profesor García de Enterría⁽⁶⁾, y aceptado con generalidad. Así mismo, el Tribunal Constitucional declaró en la sentencia de 2 de Febrero de 1981 que los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos. La sentencia de 31 de Marzo de 1981 declaró que la Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que han de construir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. Y la de 23 de Julio de 1981 añade que todo el ordenamiento ha de ser interpretado de forma que se evite el resultado prohibido por la Constitución.

Aplicando estos criterios al problema que se estudia, se comprueba, insistiendo en datos ya reseñados, que la inicial crisis energética transformada seguidamente en una crisis económico-social, ha generado una economía sumergida y una precariedad en las condiciones de trabajo que engloban a un grupo social numeroso caracterizado por rasgos inconfundibles que les separan del grupo que disfruta de un trabajo fijo, produciéndose una crisis de valores que el profesor José Luis Sampedro califica de ruptura histórica.

(6) E. GARCÍA de ENTERRÍA: "La Constitución como norma jurídica". En "La Constitución Española de 1978" Ed. Civitas, Madrid 1981.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

En esta situación se enmarca la aplicabilidad de la flexibilidad laboral cuya introducción formal en las fuentes de la relación laboral debe contar previamente con su carácter constitucional, aplicando para ello no sólo los principios antes comentados sino también la realidad del tiempo en que las medidas han de ser aplicadas por cuanto ello también constituye un criterio hermenéutico previsto por el art. 3.1 del Código Civil.

Se produce en esta tarea interpretadora una circunstancia relevante: la Constitución nació en un momento histórico coincidente tanto con el abandono de la rigidez o intervencionismo estatal del período predemocrático que comenzaba a ser sustituido por la implantación de la libertad de negociación colectiva no tutelada por el Estado como con los primeros síntomas de cronificación de la crisis económica. Si a ello se añade la vocación de permanencia del texto y la redacción no rigorista de los términos gramaticales que emplea -que no su contenido-, se observa que la proximidad en el tiempo disculpa de hablar sobre una posible separación entre el Derecho y el cambio social que puede acabar degenerando en una ineffectividad del Derecho como afirma Jaime Guasp, ni puede hablarse en el caso de la fecundidad de la posible aplicación preferente de unos principios contra ley en tiempos de crisis, como señala Lacruz Berdejo, ni tampoco, finalmente, es sostenible tener que acudir a los principios generales del Derecho como fuente que, en opinión de Federico de Castro, se halla fuera del orden jerárquico, pudiendo llegar a ser superiores a la ley. No nos encontramos, por consiguiente, ante una norma elaborada por un legislador pretérito cuya realidad social circundante fuera distinta de la actual.

Una de las cuestiones que más controversia genera la relación Constitución-flexibilidad es la polémica estabilidad en el empleo. La Constitución no contiene una mención directa a ello. Hay dos preceptos que respectivamente pueden considerarse como configuradores de los principios de estabilidad o flexibilidad: al art. 35.1 (*"Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo [...]"*) y el art. 38 (*"Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad [...]"*).

Para Martín Valverde⁽⁷⁾, el art. 35 no representa una imposición constitucional en favor

(7) A. MARTÍN VALVERDE: "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española". Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

de la estabilidad. Opinan lo contrario otros autores, como es el caso de García Murcia⁽⁸⁾.

La breve mención a esta polémica puede cerrarse haciendo alusión al art. 40.1, el cual dispone que los poderes públicos realicen una política orientada al pleno empleo, lo que permite sostener que con ello se atenúa el principio de estabilidad porque ésta dificulta lograr el pleno empleo. Algunos autores, por ejemplo Martínez Emperador⁽⁹⁾ opinan que no existe, sin embargo, una incompatibilidad política conceptual entre el pleno empleo y el principio de estabilidad.

La Constitución contiene mandamientos y principios inspiradores de la legislación ordinaria, de los que cabe destacar los siguientes: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1); los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7); todos tienen derecho a sindicarse libremente (art. 28.1); se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses (art. 28.2); todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia (art. 35.1); la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1); se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2); se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación (art. 38); los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo (art. 40.1); los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesional (art. 40.2); los poderes públicos promoverán eficazmente las distintas formas de participación en la empresa (art. 129.2); los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (art. 10.1).

(8) J. GARCÍA MURCIA: "Lanzamiento de nueva actividad y estabilidad en el empleo: Notas para un eterno debate". *Actualidad Laboral*, nº 6, 1987.

(9) R. MARTÍNEZ EMPERADOR: "Estabilidad en el empleo y contratación temporal". IES, 1983.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

En resumen: equiparación de sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales, negociación colectiva, defensa de la productividad, estabilidad económica, pleno empleo, formación y readaptación profesional y modernización de los sectores económicos. Son todas ellas manifestaciones de propósitos que en absoluto obstaculizan el éxito de las medidas flexibilizadoras; es más, éstas pueden servir para lograr aquellos objetivos si la aplicación de esas medidas se realiza correctamente conforme a las peculiaridades de la coyuntura de cada momento. Así mismo, resultan compatibles con los derechos de huelga, de promoción en el trabajo, de participación de los trabajadores en la empresa, etc. Los preceptos constitucionales citados toleran la flexibilidad tanto en lo referente a contratación y extinción de la relación laboral como en el desarrollo y vigencia de esta última, por lo que se concluye que la flexibilidad en todas sus facetas es acorde con la Constitución.

Esta conclusión no significa negar a la Constitución otro objetivo que se desprende de su articulado: la irrenunciabilidad a que la normativa estatal continúe regulando áreas fundamentales de las relaciones laborales, y simplemente su art. 1 es demostrativo de ello al consagrar al Estado como social y al ordenamiento jurídico como impulsor de los valores de libertad, justicia e igualdad. Se entra así en el debate sobre la separación y a la vez complementariedad de la juridificación y flexibilización, esto es, la adaptación del ordenamiento jurídico-laboral a realidades como el desempleo o la innovación tecnológica no constituye un impedimento ni es teóricamente contradictorio con la regulación mediante norma legal -juridificación- de nuevos aspectos de las relaciones de trabajo o la modificación de los ya regulados. Por consiguiente, la juridificación de las relaciones laborales continúa vigente, hoy al amparo superior de la Constitución, desarrollando principios generales previstos en la misma que no pueden delegarse completamente en la autonomía individual o colectiva, siendo paralelo el desarrollo de las medidas flexibilizadoras si éstas no se conciben como sinónimo de desregulación sino como fenómeno compatible con aquél con idéntica cabida en la Constitución, a la que ha de tenerse presente al hablar de las variadas opiniones sobre la juridificación, la flexibilidad y la desregulación.

5. CRITERIOS PARA FIJAR EL GRADO DE RIGIDEZ-FLEXIBILIDAD DE CUALQUIER ORDENAMIENTO JURIDICO-LABORAL.

Varios parámetros de medición pueden servir para determinar el alcance cuantitativo y cualitativo de la dosis de rigidez que afecta a todo ordenamiento jurídico-laboral, así como las

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

posibilidades que admite para la implantación de medidas flexibilizadoras.

En primer lugar, debe atenderse a la existencia o no de una norma estatal, legal o reglamentaria, que regule una concreta institución. La presencia de dicha norma representa un síntoma de rigidez, en tanto que la ausencia de la misma tiene el significado contrario y las partes negociadoras podrán regular de común acuerdo la institución sin encontrarse sujetas a los límites impuestos por aquélla. Sobre este punto se dijo con ocasión de exponer las fases de evolución de la legislación española que el período preconstitucional se caracterizó por la abundancia de normas reguladoras mediante las que el Estado suplía impositivamente el derecho de negociación colectiva, implantando un estilo cuyos efectos se prolongan hasta la actualidad.

En segundo lugar, siguiendo con la clasificación elaborada por Sala Franco en la obra citada, ha de comprobarse la naturaleza jurídica de la norma estatal reguladora. Esa norma puede ser susceptible de ser calificada como Derecho imperativo o de orden público o, por el contrario, como Derecho dispositivo que admite la disponibilidad por las partes de cosa distinta a lo previsto por la norma. A su vez, la norma de orden público puede poseer distintos grados de vinculación o imperatividad: así, puede cerrar toda posibilidad de negociación colectiva o individual -que correspondería al máximo grado de rigidez-, o puede establecer unos mínimos innegociables en favor y para protección de los trabajadores sobre una cuestión en la que razones políticas y/o sociales así lo requieran, o puede fijar unos límites máximos por encima de los cuales no puede obligarse al empresario, por lo que éste resulta beneficiado por la protección que le proporciona la norma. En cuestiones puntuales, el Derecho laboral se ha venido caracterizando por la vigencia de normas fijadoras de mínimos innegociables para protección del trabajador, en tanto que los supuestos de protección o incluso exoneración de la responsabilidad empresarial se han integrado generalmente mediante principios generales muchas veces traídos del Derecho Civil. Frente a las normas imperativas, las dispositivas o tolerantes de pacto en contrario forman parte del nivel de flexibilidad de un ordenamiento laboral.

Este segundo criterio, más que el primero, constituye un acercamiento importante en el análisis de la antítesis rigidez-flexibilidad porque ha de efectuarse al amparo de conceptos netamente jurídicos.

En tercer lugar, desde el punto de vista no de la norma sino de la institución de que se

1.A FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

trate, la rigidez dependerá del alcance cuantitativo de los aspectos que de aquélla regula la normativa estatal, siendo más leve el grado de rigidez cuantos menos aspectos regule, dejando el resto del funcionamiento de la institución a lo que acuerden las partes, y relacionando ello a su vez con el criterio expuesto en segundo lugar, esto es, la naturaleza de la norma respecto a lo que queda substraído a la negociación colectiva o individual.

En cuarto lugar, el sistema de sanciones previsto para el supuesto de incumplimiento de la misma. Una consecuencia lógica del carácter imperativo de la norma es la existencia de una sanción ante su incumplimiento, por lo que aquél carácter se extiende a la ineficacia de lo acordado en contrario, en tanto que la norma dispositiva carecerá de mecanismos sancionadores. Por otra parte, el grado de rigidez puede venir dado por la presencia de normas puramente sancionadoras, cuyo número e intensidad cualitativa repercutirá en la calificación que al respecto pueda otorgarse al ordenamiento.

Es sobre este criterio clasificador, más que sobre los anteriores, con el que resultan mayores las posibilidades de introducir criterios o prácticas flexibilizadoras ya que las normas sancionadoras ostentan un grado de efectividad en gran medida dependiente de la interpretación que hagan de las mismas las distintas instancias legitimadas para intervenir en un conflicto laboral; en efecto, pende del sentido que le otorgue: la Inspección de Trabajo y en general la autoridad laboral, los órganos del Orden Social de la Jurisdicción (más adelante se desarrollará la aportación que la Administración de Justicia puede realizar a la flexibilidad laboral a través de la labor de interpretación de las normas que aplica), el grado de iniciativa de los agentes sociales a la hora de instar la aplicación de la norma sancionadora, y el alcance de la omisión tácita de la aplicación por el simple mecanismo de ignorar su vigencia encubriéndola formalmente con la apariencia que las partes decidan movidas por la conveniencia u oportunidad de una determinada coyuntura o fruto de una contraprestación encuadrable en las concesiones recíprocas que se producen en toda negociación.

Cuanto antecede evidencia la gran importancia que tienen las normas laborales de origen estatal en la cuestión que se trata, por cuanto constituye una fuente de obstáculos difícil de salvar por la negociación colectiva o individual y cuya mera existencia favorece a quienes, opuestos a la flexibilidad, toman la actitud pasiva de limitarse a no instar su modificación, acudiendo a la negociación con la ventaja que el atribuye el respaldo de los mínimos innegociables y de las

materias de orden público que abundan en dichas normas.

**6. FLEXIBILIDAD ALTERNATIVA O "REGULACION LABORAL DE NUEVO TIPO".
CONCEPTO. DIFICULTADES DE POTENCIAR LA AUTONOMIA COLECTIVA
EN DETRIMENTO DE LA HETERONOMIA ESTATAL.**

Junto a la flexibilidad denominada "*salvaje*" o de "*desregulación normativa*" que se acaba de insinuar a efectos dialécticos, se ha venido a defender una flexibilidad alternativa que Sala Franco denomina "*regulación laboral de nuevo tipo*" que básicamente consiste en sustituir las garantías establecidas en las normas estatales por las garantías que introduzca la negociación colectiva y, por lo tanto, las que fijen los empresarios y trabajadores que, libres de los límites impuestos por la legislación estatal, podrán establecer las garantías que estimen adecuadas, lo que no es sino una forma de flexibilidad cuyo alcance será variable en cada caso. Se trata de que las garantías colectivas primen sobre las individuales, lo cual representa una alteración en la distribución de las fuentes reguladoras de las relaciones laborales toda vez que las disposiciones legales y reglamentarias han de ceder en beneficio de los convenios colectivos, consiguiéndose así que el contenido de éstos, de vigencia temporal, se acomode a las peculiaridades sectoriales y empresariales y al mismo tiempo a los cambios que la crisis económica impone tanto en la contratación y dinámica de la relación laboral como en las adaptaciones de la organización empresarial. En el caso de España, esta flexibilidad alternativa se introdujo, aunque respondiendo a objetivos distintos a los comentados, con la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto de los Trabajadores al otorgar a las Ordenanzas de Trabajo, símbolo de intervencionismo estatal en las relaciones de trabajo, la condición de derecho dispositivo en tanto no se sustituyera por convenio colectivo.

Los principales problemas que plantea la alternativa comentada son los siguientes:

En primer lugar, la implantación del sistema de su introducción en el ordenamiento jurídico, pudiéndose optar entre la imposición unilateral del Estado como legislador o pactarse mediante una concertación social clásica entre asociaciones empresariales, sindicatos y Gobierno o bien a través de una legislación negociada en la que el Gobierno o el Poder Legislativo aceptara lo acordado por empresarios y sindicatos. Salvo en el primer supuesto de imposición unilateral del Estado, en las restantes el mecanismo empleado conduciría a que las normas estatales fueran

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

derecho dispositivo toda vez que lo dispuesto en las mismas admitiría el pacto en contrario de las partes negociadoras. Los restantes sistemas, por el contrario, implican un reforzamiento de la labor que corresponde a los sindicatos y las asociaciones empresariales, gestores ambos de la negociación por la que pueden introducirse las medidas flexibilizadoras convenientes para ambas partes en cada momento y con desvinculación de las cortapisas de la normativa estatal dictada en momentos de necesidades económicas y sociales diferentes a las que la evolución de aquéllas ofrece para el futuro a los negociadores. En todo caso, la elección de cualquiera de las vías apuntadas no resulta fácil, y tampoco su puesta en práctica una vez hecha la elección.

En segundo lugar, habría que determinar las materias afectadas por la desregulación normativa, que lógicamente no tiene por qué afectar a todas las materias. El obstáculo en este punto vendría impuesto por los límites provenientes de los preceptos constitucionales, comunitarios, internacionales y de derecho imperativo conectado con principios recogidos en la Constitución y básicos o inspiradores de la legislación laboral.

En tercer lugar, habría de fijarse el tipo de convenio y el ámbito de la negociación colectiva en la que se introducirían las medidas flexibilizadoras de la normativa estatal que así lo permitiera. En este sentido, la eficacia de las medidas será plena si el convenio afectara a la totalidad de la plantilla o del centro de trabajo, en tanto que quedaría mermada su eficacia con un convenio de eficacia limitada que no es aplicable a los trabajadores no adheridos al convenio o afiliados a los sindicatos no firmantes del acuerdo. Por otra parte, el ámbito negociador ha de ser descentralizado, esto es, a nivel de empresa fundamentalmente, con el fin de que el convenio que se suscriba, lejos de las generalizaciones de un convenio para todo el sector a nivel territorial provincial o nacional, recoja las concretas soluciones que para el período de vigencia temporal del mismo reclaman los problemas que la flexibilidad pueda poner remedio. Esta negociación descentralizada repercute sin embargo en una fragmentación de las estrategias de los trabajadores canalizadas a través de los sindicatos y puede dar origen a distorsionar la competencia empresarial a través del denominado "*dumping social*" practicado por quienes consiguen posiciones ventajosas respecto a los costes sociales de mano de obra. Este riesgo, según el informe Maury, se podría evitar o bien articulando o coordinando la negociación a nivel de empresa con la del sector (cabría preguntarse si pudiera coordinarse con la negociación de otras empresas, al menos las más importantes del sector, y de qué manera pudiera lograrse en un supuesto de atomización excesiva) o bien con la participación en la negociación a nivel de empresa de los sindicatos por encima de

los comités de empresa.

En cuarto lugar se encuentra el problema del control de la flexibilidad introducida en un convenio de cualquier naturaleza, puesto que las facultades puestas a disposición de los empresarios requieren del examen de su adecuado uso a los fines pactados, introduciéndose mecanismos de corrección de cualquier desviación. A tal efecto, el control más directo y sencillo es el que puede realizar el comité de empresa o en general todo órgano de representación de los trabajadores; sistema éste que cuenta a su favor con la circunstancia de que dicho órgano no haría sino ejercer algunas de las labores que legalmente le atribuye la Ley, ampliables a las necesarias para el control de las medidas flexibilizadoras en la forma que regule el propio convenio. También puede realizarse el control mediante las comisiones paritarias que numerosos convenios colectivos crean y regulan en cuanto a su composición y funciones con el objetivo de administrar el convenio y constituir una instancia resolutoria de cualquier controversia sobre su interpretación y cumplimiento que ponga fin al conflicto surgido evitando acudir a una resolución judicial, contando estas comisiones con auténtico valor en los supuestos en los que el sometimiento de la controversia a su conocimiento sea obligatorio y previo al ejercicio de la acción judicial, y, regulado de esta manera, la omisión del trámite acarrea la desestimación de la acción judicial sin resolución de la cuestión litigiosa en razón al criterio jurisprudencial conforme al cual a las partes negociadoras les cabe la facultad de arbitrar métodos de arreglo prejudicial con valor equivalente a una conciliación y como requisito previo para el válido ejercicio de la acción sin que ello represente un menoscabo del derecho constitucional a la tutela judicial. Finalmente, el control puede realizarse a través de un órgano institucional administrativo con participación sindical en caso de conflicto, lo que no deja de ser una cuasiintervención estatal en un litigio surgido de un convenio pactado sólo entre las partes interesadas en la relación laboral contractual.

Finalmente, el quinto problema no sería un obstáculo previo que hubiera que solventar sino un efecto: el distorsionamiento de la posición de los sindicatos en su función negociadora, que pasarían a ostentar la defensa de las garantías de las normas estatales dispositivas sin aportar otra contribución a la flexibilidad que las concesiones a las propuestas de la parte empresarial, lo que vendría a restar protagonismo al sindicato precisamente en un momento en el que se ha producido un debilitamiento del mismo por causa, como anteriormente se indicó, de la creciente economía sumergida nacida por causa de la masificación de la mano de obra desempleada que busca soluciones al margen de los sindicatos. La remisión que numerosos convenios colectivos en España

siguen haciendo a las Ordenanzas Laborales para la regulación de determinadas materias (ámbito funcional, clasificación profesional, régimen de sanciones, etc.) demuestra la realidad del problema comentado.

7. MODELOS DE FLEXIBILIDAD Y CLASIFICACION DE LAS FORMAS DE INCIDENCIA.

Según Martín Valverde⁽¹⁰⁾, los sistemas de flexibilización se reducen a tres modelos ideales:

El primero es el denominado "*neoliberal*", que se materializa en la desreglamentación de las condiciones de trabajo, eliminando de la legislación las condiciones mínimas. Corresponde al grado de mayor intensidad de la flexibilización, fuertemente contestada por los sindicatos y no llevada a la práctica por los gobiernos, salvo excepciones. Jean-Claude Javillier⁽¹¹⁾ se refiere a ella con ocasión de comentar lo que califica de "*la flexibilidad de desregulación*", que tan sólo la ha constatado en el caso de un sólo país: Chile; dentro de un contexto poco democrático, se puso en práctica un "*plan laboral*" a partir de 1978 (en especial por el Decreto 2200 de 1984) donde quedan destruidos los principales pilares jurídicos del derecho del trabajo: prohibición de los conflictos laborales, posibilidad de negociación colectiva al solo nivel de la empresa, validación de las renunciaciones de los asalariados a través del acuerdo individual con el empleador a sus derechos adquiridos, etc. Es el retorno al puro Derecho Civil. También el mismo autor observa en algunos países asiáticos del subcontinente indio una desregulación por zonas geográficas; se trata de la institución de "*zonas francas*" donde no se aplica el derecho del trabajo del país ni se practica la libertad sindical, habiendo dado lugar a que la Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la O.I.T. examinara los graves problemas planteados por esas desregulaciones.

El segundo modelo está inspirado por el "*liberalismo colectivo*" que se diferencia del anterior en que la desaparición de los mínimos legales queda compensada con el reforzamiento de

(10) Citado en "La flexibilidad del empleo: el caso de España". J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, 1986.

(11) JEAN-CLAUDE JAVILLIER: "Ordenamiento jurídico, relaciones profesionales y flexibilidad. Enfoques comparativos e internacionales". Publicado en *Droit Social* y reproducido en la revista *Trabajo y Seguridad Social*, Universidad Católica Argentina, enero 1986, pág. 16.

los cauces de representación de los trabajadores.

El tercer modelo, más factible que el anterior, es el de *"adaptación"* o *"ajuste"*, consistente en modificar las normas sin alterar los principios fundamentales que tradicionalmente han informado el derecho laboral, y sin variación sustantiva en la estructura de las normas afectadas. Jean-Claude Javillier⁽¹²⁾ sostiene que la flexibilidad puede constituir un instrumento de adaptación del Derecho del Trabajo a situaciones económicas y tecnológicas particulares. Dentro de este tercer modelo cabe incluir lo que denomina *"la flexibilidad de protección"*; en la labor interpretadora de las Constituciones y los códigos laborales se ha proclamado que la interpretación debía efectuarse en un sentido favorable al trabajador; el derecho del trabajo es un derecho de desigualdad; el *"siempre lo más jurídico"* contribuirá al *"siempre lo mejor social"*; los trabajadores se muestran hostiles a revisar el principio protector, pero inevitablemente van surgiendo importantes excepciones a dicho principio en el ámbito de este tercer modelo, que resulta ser el más moderado y el que mayores posibilidades prácticas y de dosificación ofrece.

Los tres modelos expuestos, y cualesquiera otros de contenido similar que con gran variedad pueden elaborarse, derivan de tres conceptos básicos: desregulación, flexibilidad y juridificación. Simplificando el alcance de estos conceptos, puede afirmarse que la juridificación representa lo más cercano a la rigidez, esto es, implica la regulación masiva o predominante de las relaciones laborales a través de normas estatales, cuyo grado de rigidez efectiva o el margen de disponibilidad que concedan a las partes será variable en cada caso, por lo que el modelo así configurado puede estar cercano o alejado de las ideas flexibilizadoras; en todo caso, queda al margen el problema de la regulación legal de materias muy concretas, tradicionalmente objeto de protección en favor de los trabajadores. Por su parte, la desregulación constituye el concepto opuesto, es decir, se materializa en la defensa de regular las relaciones de trabajo mediante la negociación colectiva o individual, relegando la regulación legal a su mínima expresión. La desregulación es coincidente con la flexibilidad extrema. Finalmente, la flexibilidad sería una idea intermedia que admite varios posicionamientos, desde los cercanos a la desregulación hasta los de mera adaptación o ajuste, siendo muestra de estas alternativas el triple modelo que se ha expuesto.

(12) JEAN-CLAUDE JAVILLIER: "Ordenamiento jurídico...". Obra citada, pág. 15.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

Respecto a la clasificación de las formas de incidencia, Sala Franco⁽¹³⁾ ofrece una tesis sistemática y sencilla de gran utilidad para el desarrollo detenido y ordenado del problema.

Por una parte, existe una flexibilidad externa que incide tanto sobre el nacimiento de la relación laboral (modalidades de contratación, contratos temporales o duración en general del contrato, etc.) como sobre su extinción, y también sobre la organización productiva que, superando el concepto clásico de dimensión de la empresa, busca un nuevo uso de la mano de obra disponible fuera de las disponibilidades de aquélla, utilizando para ello el sistema de subcontratas, trabajo a domicilio, sociedades filiales, empresas de trabajo temporal, etc.

Por otra parte, existe una flexibilidad interna que incide sobre la dinámica del contrato durante su vigencia: movilidad geográfica y funcional, modificación sustantiva de las condiciones de trabajo, tiempo de trabajo, suspensión del contrato, retribución, etc.

Otra clasificación puede realizarse en atención a las principales materias que interesan en una relación laboral, susceptibles de tolerar las medidas flexibilizadoras que incidirían sobre aquéllas como más importantes a la hora de alcanzar los objetivos propuestos por tales medidas. Siguiendo a D. Meulders y L. Wilkin⁽¹⁴⁾, por una parte, y a Robert Boyer⁽¹⁵⁾, por otro lado, se puede realizar la clasificación siguiente:

En primer lugar, la flexibilidad salarial. Puede producirse adaptando las retribuciones a las fluctuaciones cíclicas (inflación y productividad) y a los resultados de las empresas.

El ajuste de los salarios puede realizarse sobre la remuneración bruta que devengan los trabajadores o sobre las cuotas y cargas empresariales. A ello se opone el conjunto copioso de rigideces que afectan a la materia salarial en su condición de factor esencial en cuanto que por constituir la más notable compensación al trabajo, se encuentra fuertemente protegida.

(13) T. SALA FRANCO: "Flexibilidad del mercado...". Obra citada, pág. 48.

(14) D. MEULDERS y L. WILKIN: "La flexibilidad de los mercados de trabajo: prolegómenos al análisis de un campo". Universidad Libre de Bruselas.

(15) R. BOYER: "Flexibilidad del trabajo...". Obra citada.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

Los defensores de la flexibilidad salarial argumentan que su empleo genera un aumento de los beneficios empresariales y por lo tanto de las inversiones, aliviando el desempleo, y al mismo tiempo se incrementaría la competitividad de las empresas en el mercado.

Robert Boyer sostiene al respecto que la flexibilidad salarial es una forma de salario-participación. Puede ser una vuelta al salario de rendimiento, es decir, a la retribución dependiente del esfuerzo individual, o una forma de participación en los beneficios empresariales porque de éstos dependerá parcialmente la cuantificación del salario. Este modelo repercutiría directamente sobre la necesidad de las empresas de prescindir de un cierto número de trabajadores porque la aceptación por el trabajador de variaciones salariales, incluso a la baja, permitiría la estabilidad proveniente de que a la empresa le interesaría continuar confiando en sus servicios. Por el contrario, el mantenimiento de salarios inatacables por las fluctuaciones temporales de los beneficios de las empresas y revalorizables de manera periódica forzaría a los trabajadores, a modo de servidumbre, a aceptar la alternancia de períodos de actividad con largos períodos de desempleo, o incluso a engrosar el número de desempleados cuya ocupación efectiva deviene esporádica.

En segundo lugar, la flexibilidad tendente al debilitamiento de las obligaciones legales por las que se rige el contrato de trabajo. Se incluyen aquí todas las medidas que liberen a las empresas de las vinculaciones laborales prolongadas, facilitando la implantación del trabajo eventual, los contratos temporales o para un propósito determinado, etc. y también la dulcificación de los efectos del despido: plazos de preaviso, cuantía de las indemnizaciones, etc. Para los autores, esta es sin duda la flexibilidad más ansiada, sobre la que han de dirigirse con prioridad las medidas. Sin embargo, genera un efecto negativo para los trabajadores: la precariedad en el empleo, a tal punto que pudieran llegar a constituirse el grupo de los empleos mal remunerados e inestables frente a los empleos estables y bien remunerados. Atkinson ve en ello no una dualidad en el mercado de trabajo sino el peligro de que se constituyan tres grupos en las empresas que gocen de flexibilidad: los trabajadores con estatuto privilegiado ajenos a las cuestiones que se comentan, los trabajadores con un estatuto precario y los trabajadores externos a la empresa a los que ésta ha acudido para cubrir sus necesidades coyunturales de mano de obra.

En tercer lugar, la flexibilidad técnico-organizativa. Sería el resultado de la capacidad de una unidad productiva para utilizar nuevas técnicas de organización y equipamiento, adaptándolas

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

a las disponibilidades de mano de obra para la mejor respuesta a una demanda del mercado incierta o variable. Aquí se incluyen la movilidad geográfica y funcional de los trabajadores, la readaptación de éstos, su reclasificación profesional, etc. Atkinson la define como la aptitud de las empresas para proceder a la reorganización de los empleos de tal forma que el ocupante del puesto pueda ejercer sus competencias dentro del marco de un mayor número de tareas. Constituye este modelo una opción apartada de las habituales reivindicaciones en materia de flexibilidad, pero su aceptación provocaría sin duda una fluidez en la organización empresarial, disminución de los costos salariales, incremento de la productividad con el consiguiente efecto de reducción del precio del producto o servicio y un incremento derivado de la demanda.

En cuarto lugar, la flexibilidad en el tiempo de trabajo, o lo que es igual, la adaptabilidad de los horarios para beneficiar la productividad y el mejor aprovechamiento de la mano de obra disponible. Se incluyen en este modelo la fijación de horarios máximos de trabajo por semanas, meses o años; las interrupciones en la jornada; la gestión de las horas extraordinarias y los permisos recuperables; la alternancia del trabajo con la formación; el trabajo de fines de semana, etc. La peculiaridad radica en este caso sobre la circunstancia de que su implantación puede causar un beneficio también en las condiciones de trabajo y calidad de vida de los trabajadores, más que en las que teóricamente pudieran deducir de las anteriores modalidades, ya que concilia más fácilmente los objetivos antagónicos de trabajadores y empresarios, aunque los efectos reales de su implantación varían de un sector a otro por el variado grado de dificultad que su introducción presenta en cada uno.

Finalmente Robert Boyer⁽¹⁶⁾ alude a una quinta modalidad: la posibilidad que tienen las empresas de substraerse a una parte de los descuentos sociales y fiscales, y más generalmente, como la posibilidad de liberarse de las reglamentaciones públicas que limitan su libertad de actuación. En este caso, la flexibilidad no repercutiría directamente en ninguno de los aspectos de la relación laboral, esto es, el efecto sobre las condiciones laborales de los trabajadores sería indirecta.

(16) R. BOYER: "Flexibilidad del trabajo...". Obra citada.

8. PAUTAS PARA UN EXAMEN SOBRE LA FLEXIBILIDAD DE LA RELACION LABORAL Y SUS FUENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Llega el momento de comenzar a desarrollar el objetivo primordial del presente trabajo, que responde a lo que resumidamente figura en el encabezamiento precedente. Jean-Claude Javillier¹⁷⁾ afirmó que *"es necesario convencerse de la relatividad de nuestras categorías jurídicas y más aún de las estructuras mentales y culturales en uso. Por lo mismo, es necesario concebir el derecho del trabajo en términos dinámicos y de ningún modo de estática jurídica. No contentarse con analizar tal o cual cuestión jurídica aislándola de un contexto general. Ni percibir una norma de derecho del trabajo sin situarla inmediatamente, y a la vez, en el ordenamiento jurídico general y en el sistema de relaciones profesionales. El debate sobre la flexibilidad concierne precisamente a la relación que existe entre diversas piezas del sistema jurídico"*.

La observancia de este criterio conduciría, por la vía de la flexibilidad, al examen del Ordenamiento Jurídico con una extensión que desbordaría los límites razonables de cualquier estudio que pretenda comprobar con cierto detenimiento un fenómeno con repercusiones jurídicas importantes. Por ello, han de anunciarse las pautas que van a seguirse, que son:

1º.- Examen de la legislación laboral española más importante de carácter sustantivo, así como de algunas figuras que no encuentran una regulación puntual en aquella.

2º.- Comprobar los supuestos de rigidez más relevantes, la presencia de normas de Derecho imperativo y el grado de flexibilidad que pudiera introducirse en cada caso.

3º.- Especialmente, exponer la interpretación que los Tribunales vienen otorgando a las normas y figuras que se examinen y la contribución que pueden realizar en la implantación de criterios de flexibilidad.

4º.- Sistemáticamente, el estudio general del grado de flexibilidad en el Ordenamiento Laboral español requiere la fijación de los siguientes grupos en los que se integran las distintas normas relevantes para aquel estudio:

- A) Salarial.
- B) Técnico-organizativo.
- C) Tiempo de trabajo.
- D) Obligaciones derivadas del contrato:

(17) JEAN-CLAUDE JAVILLIER: "Ordenamientos jurídicos...". Obra citada, pág. 3.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

- Contratación.
- Relaciones laborales especiales.
- Suspensión del contrato.
- Extinción del contrato.

E) Regulaciones normativas distintas de las anteriores y criterios jurisprudenciales al respecto que guardan relación con el concepto de flexibilidad.

5º.- Realizar esta labor desde una perspectiva esencialmente jurídica, prescindiendo del exceso de criterios económicos con que frecuentemente es tratada la cuestión.

Juan Antonio Sagardoy sostiene que *"en cuanto a la flexibilidad interpretativa o de los jueces, la primera y fundamental afirmación es que, en el tema que ahora nos ocupa, es por decirlo así la piedra angular. Sin jueces flexibles no hay derecho flexible. Pero la flexibilidad judicial, como es obvio, no es arbitrariedad o capricho o impulso ideológico, sino servicio actual y puntual a la sociedad tal como ésta demanda en cada momento y sin asumir el papel -que no lo tiene- de legislador o cuasilegisador a través de la innovación contra legem"*. Añade poco después que *"tenemos ejemplos, a lo largo de los miles de sentencias de nuestros Tribunales laborales, de flexibilidad y de rigidez"*⁽¹⁸⁾. Con ello se pone de manifiesto el protagonismo de la Jurisdicción Social en el éxito de la flexibilidad tanto de las normas implantadas bajo ese objetivo como de las previamente existentes necesitadas de un cambio interpretativo.

9. EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL.

El art. 1.1 de la Ley 8/1980 de 10 de Marzo del Estatuto de los Trabajadores⁽¹⁹⁾ establece el ámbito de aplicación de la misma referido a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

Esta definición de relación laboral por cuenta ajena es por sí sola suficientemente amplia para que abarque a una gran generalidad de relaciones contractuales, permitiendo considerar como

(18) J.A. SAGARDOY BENGOCHEA: "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral". Relaciones Laborales, tomo I (1989), pág. 120.

(19) En lo sucesivo abreviado ET

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

tales no solamente las que expresamente viene a incorporar la misma Ley 8/1980 bajo el calificativo de "*especiales*" (art. 2) sino también las que, ajenas a la condición de laboral hasta bien entrada la vigencia de dicha Ley, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁰ ha ido incluyendo en su ámbito de aplicación. al abrigo del contenido amplio tolerado por aquella definición, siendo ejemplo de ello la consideración como laboral de la actividad de los mensajeros, de numerosos transportistas, las restricciones a la calificación de comisión mercantil de los contratos de los que realmente son representantes de comercio, etc. Sin embargo, este criterio generoso no constituye una novedad ya que cuenta con antecedentes muy pretéridos en el art. 1 de la Ley de Contrato de Trabajo (Decreto de 26 de Enero de 1944) que permitía mediante una simple interpretación literal alcanzar el ámbito que al día de hoy posee la legislación vigente. Las concretas exclusiones que enumera el art. 1.3 ET no hace sino poner de relieve la excepcionalidad de las mismas en beneficio de la definición del apartado 1 del mismo ordinal.

No constituye esta situación un obstáculo para la implantación de medidas flexibilizadoras ni un ejemplo de rigidez, pero sí una muestra de las conquistas sociales de los trabajadores, que continúan teniendo una dosis alta de dinamicidad, en el sentido de que no sólo constituyen un patrimonio atesorado históricamente y perfeccionado durante los períodos de bonanza económica sino que además de ser ello así se producen nuevos logros por impulso de los principios tuitivos arraigados en el Derecho del Trabajo. La flexibilidad no ha de incidir en la restricción del concepto de relación laboral si ésta se encontrara dotada de aquélla en la medida precisa para que no haya reparo alguno en admitir pacíficamente la existencia de dicha clase de contrato, toda vez que la flexibilidad permitiría compensar el incremento de costo para la empresa que ve incrementar el número de sus contratos laborales por la vía de calificar de esa forma relaciones que serían su deseo tuvieran otra naturaleza, de tal forma que la flexibilidad daría opción a la empresa a obtener del nuevo contratado laboral la debida proporción entre rendimiento y carga social que le haría preocuparse menos de defenderse mediante el argumento de que la relación contractual habida no era laboral.

En apoyo del art 1.1 ET se encuentra el art 8.1 de la misma Ley, que con ocasión de referirse a la forma del contrato, fija una presunción en favor del mismo existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que

(20) En lo sucesivo abreviado TS.

lo recibe a cambio de una retribución a aquél. Sobre esta presunción cabe predicar lo mismo que respecto al art. 1.1 ET, esto es, la protección que la legislación concede a los trabajadores no se encuentra reñida con la flexibilidad aplicada al contrato de trabajo. No obstante, esa presunción debe conectarse con la definición del concepto, esto es, los indicios de relación laboral permiten apreciar su presencia, pero no pueden constituir la excusa para tener por laboral cualquier relación contractual de un empresario si las características de la misma que le separan de aquella naturaleza son predominantes respecto a las de signo contrario, pues si así no fuera se destituiría el concepto que le sirve de referencia y se olvidaría, por otra parte, que conforme a una interpretación sistemática, la presunción comentada se encuentra directamente prevista respecto al contrato de trabajo celebrado de palabra, por lo que no es legítimo hacer un uso desviado, frecuente en la práctica, en la forma reseñada.

10. EL PRINCIPIO DE LA NORMA MÁS FAVORABLE.

El art. 3.3 ET contiene una disposición general que, a diferencia de la comentada hasta ahora (art. 1.1 ET), implica un supuesto susceptible de ser objeto de interpretación jurisprudencial acorde con los principios de flexibilidad, siendo aquel precepto el primero que una lectura ordenada de la Ley 8/1980 ofrece para dicha posibilidad. Establece literalmente que *"los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesarios, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables"*. Pueden resaltarse tres circunstancias: 1º.- Que el conflicto sea susceptible de ser resuelto por más de una norma laboral, entre las que no existe unanimidad de resultado en la aplicación de cada una de ellas, pudiendo ser dicho resultado bien contrario o favorable a los intereses del trabajador según la norma que se aplique o bien ofrecer distintos grados de intensidad, pero con homogeneidad de resultado, y dando por supuesto en todo caso que la situación de hecho permite dudar de la norma aplicable pues en otro caso la aplicación que se hiciera llevaría a una solución ilógica, y por tanto no jurídica. 2º.- El conflicto puede darse entre normas de distinta naturaleza, tanto estatales como pactadas, siempre que respeten los mínimos de derecho necesarios, que de ser vulnerados por alguna de las normas en conflicto quedaría desechada por ser de aplicación preferente la norma de derecho imperativo frente a la norma estatal de rango inferior o el convenio o contrato individual que hubiera introducido condiciones menos favorables que aquella. 3º.- La aplicación de la norma más favorable para el

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

trabajador ha de ser el resultado de una apreciación conjunta en materia no cuantificable y en cómputo anual para el supuesto de que lo fuera.

En su versión clásica este principio significa simplemente el respeto a la regulación más favorable para el trabajador en el supuesto de que concurren simultáneamente varias normas aplicables a una relación laboral o conjunto de relaciones⁽²¹⁾.

El Tribunal Central de Trabajo⁽²²⁾ entendió que el principio establecido por el art. 3.3 ET es aplicable al conflicto entre normas de distinto rango jerárquico, pero no entre normas de igual rango. Así al amparo del art. 84 ET el TCT sostuvo que el precepto analizado queda al margen de los conflictos entre convenios colectivos puesto que el precepto citado dispone que *"un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el número 2 del art. 83"*. Las sentencias de 20 de Octubre y 7 de Noviembre de 1981, 8 de Mayo y 17 de Junio de 1984, 19 de Abril de 1985 y 15 de Enero, 21 de Julio y 26 de Diciembre de 1986 aplican el principio de *"lex prior"* y en consecuencia hacen prevalecer el convenio primeramente suscrito. Más específicamente, en evitación de que la mayor rapidez hiciera que un convenio se firmara y publicara antes que otro con la consiguiente preferencia y efecto de exclusión del primero, el TCT siguió el criterio de dar prioridad al que primeramente hubiera iniciado las negociaciones o incluso al que antes hubiera comunicado a la autoridad laboral (art. 89.1 ET) la intención de negociar con la otra parte⁽²³⁾.

La aplicación del criterio de *"lex prior"* choca con el proteccionismo del Derecho Laboral al trabajador, la técnica de esa rama del Ordenamiento, etc., incluso con los cambios económicos y sociales a los que responden los sucesivos convenios que, de aplicarse aquel criterio, no podrían incidir en convenios de ámbito inferior cuya vigencia temporal, iniciada dos o tres años antes, impediría cualquier influencia del nuevo convenio sensible a aquellos cambios. Si el criterio

(21) A. OJEDA AVILÉS: "Flexibilidad judicial y contractualismo". Actualidad Laboral, nº 240 (1988), págs. 563 y ss.

(22) En lo sucesivo abreviado TCT.

(23) FERNÁNDEZ LÓPEZ: "Concurrencia de negociaciones y concurrencia de convenios". Revista de Política Social, nº 134 (1982), págs. 237 y ss.
A. MARTÍN VALVERDE: "Concurrencia y articulación de normas laborales". Revista de Política Social, nº 119 (1978), pág. 29.

temporal fuera el inverso, es decir, la "*lex posterior*", como ocurre en países como Italia y Alemania, se potenciaría la autonomía colectiva que es a lo que tiende el art. 84 ET y se evitaría su colisión con el art. 3.3 ET, aunque con ello normalmente se otorgaría una ampliación del contenido de ese último precepto en favor de los trabajadores y con cargo a las empresas, a las que asiste el derecho a conocer y planificar para el período de vigencia del convenio sus costes salariales y de producción, sin verse sometidas a la inseguridad traída por un convenio posterior más beneficioso para sus trabajadores, por lo que la interpretación efectiva que el TCT ha venido haciendo de ambos preceptos es más acorde con los intereses empresariales, quedando siempre a las partes la posibilidad de hacer uso de la excepción prevista por el propio art. 84 ET, esto es, la aplicación de acuerdos suscritos por las organizaciones sindicales más representativas.

11. EL PRINCIPIO «IN DUBIO, PRO OPERARIO».

La formulación de este principio no ofrece dudas: el juzgador ha de aplicar la norma en el sentido más favorable para el trabajador en el caso de que aquella admita más de una interpretación. Numerosas sentencias (tales como las de 11 de Marzo de 1977, 20 de Enero de 1978, 31 de Octubre de 1981 y 3 de Junio, y 11 y 19 de Octubre de 1983 TS) advierten que es un principio excepcional que solamente opera cuando existe una duda sobre el significado de una norma o su aplicación a un concreto supuesto de hecho, pero en absoluto constituye el medio para distorsionar la norma en beneficio del trabajador o no aplicarla en un caso concreto con igual fin, ya que el juzgador no puede atribuirse funciones de legislador, pues nos hallamos en esta materia lejos de la teoría del uso alternativo del Derecho.

El tradicional rigor que este principio ha tenido en la aplicación del Derecho Laboral -posiblemente más teórico que real- ha sido atemperado durante los últimos años por la Jurisprudencia hasta reducirlo en la práctica a un mecanismo residual, aunque no ha desaparecido ni ha sido sustituido por un principio "*in dubio, pro empresario*"⁽²⁴⁾. Ha contribuido a ello tanto el desarrollo de la legislación como la consolidación de los criterios jurisprudenciales, que han eliminado numerosas lagunas antes cubiertas a través del citado principio.

(24) La jurisprudencia califica de vieja teoría el principio que se comenta. Lo pone de relieve RODRIGUEZ-PIÑERO en "Ley, Ordenanza Laboral y Favor Laboratoris". Relaciones Laborales, vol. II (1985), págs. 33 y ss.

Ha sido muy extendida la costumbre de recurrir al principio "*in dubio pro operario*" como si fuera el inspirador de la resolución de todo conflicto laboral, hasta el punto de que profesionales del Derecho poco o nada relacionados con la rama social lo han contemplado con el respeto confundido de quien equipara su aplicación correcta con la interpretación forzada de las normas en búsqueda obsesiva de la satisfacción de aquel principio. Nunca puede haber una adecuada invocación del mismo cuando el conflicto normativo que lo fundamente no existe, por lo cual su aplicación efectiva es residual en el sentido de que raramente ha de acudir en su ayuda si la regulación de cualquier materia cuenta un grado normal de calidad técnica. La jurisprudencia ha venido interpretando este principio en el sentido de evitar que constituyera una restricción a la aplicación de la norma procedente y en favor de otra, prevista para supuestos de hecho similares o jurídicamente análogos, aunque no iguales, pero más beneficiosa para quien lo invoca. De una manera breve y clara, la sentencia de 21 de Julio de 1988 del extinguido TCT indicó, haciendo mención a la de 2 de Febrero de 1988 del TS, que el principio general del Derecho del Trabajo "*in dubio pro operario*" únicamente opera como supletorio en defecto de norma legal o consuetudinaria aplicable, y sólo tiene efectividad cuando exista o surja duda racional en cuanto a los efectos jurídicos de una determinada situación fáctica.

En relación con esta materia es interesante hacer una breve referencia a la influencia que los usos y costumbres como fuentes de la relación laboral tienen en ésta, puesto que a través de los mismos se producen novaciones contractuales que, en los supuestos en que resulten contrarias a los intereses de los trabajadores, éstos suelen pretender dejar sin efecto a través del principio "*in dubio, pro operario*"; el fundamento técnico-jurídico de la pretensión es poco sólido, pero su frecuencia cuantitativa es una realidad. El art. 3.1 ET, en su apartado 4 sitúa a los usos y costumbres como aplicables en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa. Este precepto sugiere, a efectos de la flexibilidad inspiradora del examen de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, una cuestión que viene siendo configurada de manera unánime por los Tribunales, cual es la validez plena que se otorga a las novaciones que bien desde el mismo comienzo de la vida del contrato o bien durante cualquier momento de su vigencia se incorporan al mismo tanto por acuerdo mutuo de las partes como por decisión unilateral del empresario aceptada expresa o tácitamente por los trabajadores, de tal manera que, dejando a salvo la invulnerabilidad de las normas de derecho necesario, resulta rechazable la alegación de derechos emanados del tenor literal de normas de cualquier clase por las que se viniera rigiendo el contrato por ser más favorables que las

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

modificaciones que hayan ido incorporándose, por lo que el restablecimiento de la situación originaria incidiría sobre una parte del contenido de la relación laboral que entra en el ámbito de la negociación resolutoria del conflicto generado por el descontento que la novación haya terminado causando. Esa última, cuya incorporación al contrato ofrece gran variedad de orígenes, responde generalmente a necesidades productivas y de mejor aprovechamiento de la mano de obra disponible por la empresa, constituyendo un ejemplo práctico de flexibilidad muchas veces inconsciente como tal fenómeno, al que ha de otorgarse completa validez en cuanto que forma parte del conjunto de derechos y obligaciones que rigen la relación. Por el contrario, la denegación en vía judicial del valor de esas novaciones, dejándolas sin efecto por dar preferencia al contenido contractual inicial o anterior a la modificación, equivaldría a un anquilosamiento del contrato radicalmente opuesto a toda flexibilidad, así como dejar a voluntad de una de las partes la alteración unilateral de sus deberes cuando las circunstancias de hecho cambiantes han venido a dejar de interesarle lo que anteriormente aceptó o incluso pactó a través de un acuerdo entre empresa y sindicatos con representación, como suele ser el supuesto más habitual. Bien es cierto que con esta argumentación se produce un distanciamiento de la materia que cita el art. 3.4 ET, pero debe dejarse constancia de que aunque numerosas novaciones tienen su origen en pactos suscritos por las partes interesadas, los usos constituyen una fuente de novación también muy importante que se manifiesta fundamentalmente a través de variaciones que a posteriori son calificables de medidas de flexibilidad, que por lo dicho deben ser confirmadas por los Tribunales y de hecho así viene ocurriendo.

12. LA INDISPONIBILIDAD DE DERECHOS POR PARTE DE LOS TRABAJADORES.

El art. 3.5 ET constituye una muestra de rigidez del Ordenamiento Jurídico que para los defensores de la flexibilidad más radical debiera ser eliminada, ya que representa la norma general de irrenunciabilidad del trabajador a los derechos que según las leyes y los convenios colectivos pesen dicha condición. Responde este principio a uno de los más clásicos entre los que han alcanzado vigencia permanente para la inspiración de la legislación laboral, encontrando su origen en las tantas veces mencionadas conquistas sociales de los trabajadores, siendo por ello de signo completamente opuesto a los principios puros del liberalismo que fue paulatinamente cediendo ante las normas proteccionistas de derecho imperativo. La irrenunciabilidad implica la imposibilidad de regular la relación laboral bajo condiciones menos beneficiosas que las que otorguen las leyes

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA PRIMERA APROXIMACIÓN ...

y normas pactadas así como la ineficacia de los pactos colectivos e individuales, incluso las decisiones tomadas por el trabajador sobre sus derechos laborales, que no respeten los imperativos que a modo de condiciones mínimas innegociables se encuentran en las leyes y convenios. La eliminación del principio supondría un paso gigantesco hacia el retorno a la primera fase histórica de las relaciones laborales, esto es, volver a la posibilidad de que el patrono y el trabajador pacten con absoluta libertad la totalidad de su relación contractual como si ésta poseyera una naturaleza civil, lo que va unido a una desprotección del trabajador en los momentos de dificultades económicas del país, que no va a generar en la práctica sino un aprovechamiento de unas dificultades por parte del empleador para imponer a la contraparte condiciones que produzcan un desequilibrio en la relación que experiencias pretéritas han demostrado que son indeseables, por lo que de hecho ningún país, con la salvedad apuntada anteriormente de Chile a partir de 1978 y los años sucesivos, ha implantado porque lo que es opinión casi unánime es que lo ideal viene dado por la reducción cuantitativa del nivel de proteccionismo, la simultánea ampliación del ámbito material de negociación y la merma del carácter tuitivo de la legislación a la vista de los instrumentos de defensa con que cuentan los trabajadores y los beneficios que para la economía y el mercado de trabajo traerían esas medidas, y teniendo presente que a las partes contratantes, incluido lógicamente el trabajador, pueden convenirles acordar soluciones a problemas puntuales que convengan a ambos, aunque al amparo de la Ley o el convenio el trabajador pudiera exigir mayores beneficios.

Ante esta realidad, la contribución de los Tribunales viene dada por la ausencia de interpretaciones rigoristas con las que se quiera hacer prevalecer el contenido de las leyes y convenios en perjuicio de todo tipo de acuerdo individual o colectivo como si estos últimos encerraran un engaño cometido sobre los trabajadores por el mero hecho de que alguno de los aspectos de lo acordado sea menos beneficioso que lo previsto en los primeros, debiéndose atender al efecto global del acuerdo y al objetivo real que en la práctica se persiga en cada caso. No significa ello que los Tribunales hayan de introducir excepciones a las normas de derecho necesario o que éstas puedan interpretarse de una manera relajada (lo que realmente vendría a desvirtuar la naturaleza de esas normas) sino que los mínimos legales y pactados han de ser, por una parte, los estrictamente regulados como tales sin que deban extenderse por analogía a otros supuestos y, por otra parte, la salvaguarda de las condiciones mínimas puede cumplirse a través de un haz de posibilidades que la imaginación de los negociadores pondrá de manifiesto, y a lo largo del presente estudio aparecerán ejemplos de líneas jurisprudenciales calificables de acordes

con la flexibilidad.

En consecuencia, el art. 3.5 ET no es por sí mismo una norma de rigidez sino la inevitable presencia en un texto sustantivo básico del recuerdo del carácter proteccionista del Derecho del Trabajo y de la configuración parcial de éste con normas de orden público, lo que no impide que lo deseable sea que el grado cuantitativo y cualitativo del proteccionismo sea menor para poder articular el mayor grado de flexibilidad dentro de la legislación y ello se logre por la vía de la negociación libre de una sobrecarga de mínimos legales indisponibles.

CAPÍTULO II

FLEXIBILIDAD SALARIAL

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.	51
2. RIGIDECES ACTUALES EN LA FIJACIÓN DE LOS SALARIOS	51
3. RESPECTO AL SALARIO EN GENERAL.	53
4. SALARIO EN ESPECIE.	55
5. UN PROBLEMA PUNTUAL: RETRIBUCION DEL TIEMPO DEDICADO A LA EMISION DE VOTO.	57
6. CONCEPTOS EXTRASALARIALES. ESPECIAL MENCIÓN AL PLUS DE DISTANCIA.	59
7. COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN.	61
8. ACTOS DE BENEVOLENCIA DE LA EMPRESA. LA FIGURA DE LA "CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA".	68
9. REGULACION SALARIAL EXTRAESTATUTARIA.	71
9. 1 Comentario general.	71
9. 2 Regulación en el Decreto 2380/1973.	72
9. 3 Regulación en la Ley de Contrato de Trabajo.	78
10. PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA. EN ESPECIAL, SIN DISCRIMINACIONES POR RAZÓN DE SEXO.	82
11. LIQUIDACION Y PAGO DEL SALARIO: PRINCIPIOS LEGALES Y ESPECIAL MENCIÓN AL DOCUMENTO DE FINIQUITO.	87
12. ANTICIPOS SALARIALES.	92
13. EL SALARIO A COMISIÓN.	94
14. EL INTERÉS POR MORA EN EL PAGO DE SALARIOS.	98
15. EL APARTADO 4 DEL ART. 29 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.	100
16. EFECTOS SALARIALES DE LA IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN LABORAL Y FACULTADES EMPRESARIALES PARA EL EMPLEO DE LA MANO DE OBRA EN ESE SUPUESTO.	101
17. LAS GRATIFICACIONES EXTRAORDINARIAS.	103
18. CRITERIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES.	105
19. CRITERIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS DESCUENTOS SALARIALES EN CASO DE HUELGA.	108
20. MECANISMOS TEÓRICOS DE FLEXIBILIDAD SALARIAL.	109

1. INTRODUCCIÓN.

Se expuso anteriormente la repercusión que la flexibilidad en materia laboral puede tener, junto con otras medidas del mismo carácter proyectadas en la relación laboral, en los objetivos de conseguir una reducción del desempleo y un incremento de la competitividad y beneficios empresariales como forma de remediar los problemas de la economía, cronificados desde hace varios años en los países desarrollados. Sin ánimo de insistir en ello, cabe señalar que en un informe elaborado en Marzo de 1992 por la Organización para la Cooperación y el desarrollo Económico (O.C.D.E.) sobre la economía española, se recomienda la necesidad de adoptar medidas urgentes para atajar la inflación y la degradación de la competitividad exterior sobre todo ante las perspectivas del mercado único europeo en 1993 y de la emergencia de las nuevas democracias de Europa Oriental, y al efecto estima el informe que los trabajadores deben tomar conciencia de que la moderación salarial tendría por efecto no sólo crear más empleo sino reducir también la inflación sin atentar a las ganancias salariales en términos reales, preconizando una mayor flexibilidad laboral.

Siguiendo la pauta marcada al principio, y prescindiendo de entrar a desarrollar el aspecto económico de la flexibilidad, va a examinarse ésta en las normas sustantivas más importantes reguladoras del salario en España y las interpretaciones más relevantes dadas por la Jurisprudencia.

2. RIGIDECES ACTUALES EN LA FIJACIÓN DE LOS SALARIOS.

La característica más acusada de los actuales mecanismos de revisión salarial es la insensibilidad a la situación cíclica de la Economía en general y de la situación de cada empresa en particular.

La posición de partida previa al inicio de las negociaciones colectivas puede describirse así: una previsión de inflación anual del Gobierno y un objetivo de crecimiento salarial en relación a unas expectativas de creación de empleo; frente a ello, los sindicatos pretenden un incremento salarial por encima del propuesto por el Gobierno y las organizaciones empresariales muestran su disconformidad con las expectativas gubernamentales de creación de empleo como argumento de oposición a las pretensiones de los sindicatos.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

La creación de empleo, en cuanto objetivo prioritario del Gobierno y los sindicatos o al menos en cuanto objetivo relevante, puede servir a su vez para ensanchar el ámbito de las materias sometidas a la negociación colectiva, superando el tradicional enfrentamiento que reduce aquélla al forcejeo salarial de cada año.

Son varios los factores que contribuyen al mantenimiento de la rigidez mencionada⁽¹⁾. El primero es el altísimo porcentaje de las retribuciones fijas en relación a la modestia de los conceptos salariales ligados a la evolución de la productividad. No sólo la estructura salarial muestra esta rigidez sino que además lo acentúa el hecho de que los incrementos de los componentes fijos son sustancialmente superiores al incremento del complemento de productividad. Por consiguiente, queda casi en el olvido de los negociadores la tarea de incentivar el esfuerzo personal de los trabajadores, lo que implica relegar una necesidad imperiosa de las empresas cual es convertir el aumento de productividad en uno de sus principales objetivos.

El segundo factor es la escasa diversificación de la estructura salarial desde el punto de vista geográfico puesto que se mantiene una uniformidad que ignora los distintos grados de desarrollo económico y porcentaje de desempleo que presenta cada región.

El tercer factor es la estrategia que se observa, especialmente en las grandes empresas, a la hora de negociar la revisión salarial. Esta última suele resultar finalmente la media aritmética de las aspiraciones de los sindicatos y las concesiones empresariales al comienzo de la negociación, con lo cual ambas partes negociadoras se alejan deliberadamente en sus posturas iniciales de todo proyecto razonable de acuerdo, sabedoras de que ello les llevará a un resultado final más próximo a sus intereses respectivos. La situación se agrava por la circunstancia de que todo acuerdo posee una vocación transitoria ya que son frecuentes las cláusulas que prevén la revisión de conformidad con las variaciones de la inflación prevista.

En consecuencia, la actitud de los interlocutores sociales influye en estos tres factores, pero además el Ordenamiento contiene algunas normas que incrementan la rigidez. En primer lugar puede apreciarse la existencia de todas aquellas normas de ordenación salarial que sería

(1) "La reforma del Mercado de Trabajo". Documento que el Gobierno dirigió al Consejo Económico y Social en demanda de un dictamen. Publicado en Relaciones Laborales, Abril 1993, págs. 78 y ss

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

conveniente revisar con el fin de, por una parte, ampliar los márgenes de actuación de la negociación colectiva y, por otra parte, regulando un procedimiento que estimule la fijación de los salarios en función de los resultados y beneficios de las empresas, lo cual, como más adelante se expondrá, origina una fuerte oposición de los sindicatos al ver en ello la forma de cargar sobre los trabajadores el costo de los problemas económicos; las modalidades participativas, prácticamente desconocidas en nuestro país, pueden contribuir a flexibilizar la estructura salarial como sucede en otros países europeos.

En segundo lugar, la reforma legal pudiera ir dirigida a la modificación de la estructura de la negociación colectiva, que en unión de las características estructurales de los sindicatos y organizaciones empresariales, dan como resultado el actual entramado de unidades y niveles de negociación.

3. RESPECTO AL SALARIO EN GENERAL.

El Art. 26.1 ET establece que *"se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo"*. El apartado 2 enumera conceptos que no tienen la consideración de salarios, en identidad con lo previsto por los arts. 2 y 3 del Decreto 2380/1973 sobre ordenación del salario.

Siendo el percibo de los salarios legítimos uno de los derechos esenciales de los trabajadores, las controversias sobre la exacta cuantificación de los mismos son frecuentes, con independencia del montante económico discutido en cada caso. A efectos de prueba, llegado el litigio a la vía judicial, una de las distinciones más notables entre el contrato laboral y el civil es que la interpretación del art. 1214 del Código Civil sobre la carga de prueba ha de hacerse en el sentido de que no corresponde al trabajador demandante acreditar que no ha percibido una determinada cantidad salarial, o lo que es igual, que ésta no ha sido abonada por la empresa, sino que es esta última la que ha de probar que se encuentra al corriente de sus obligaciones salariales o al menos que una parte de lo que se le reclama está pagada o no ha de pagarla. Es reiterada y unánime la doctrina jurisprudencial conforme a la cual probada la existencia de la relación laboral entre las partes, pesa sobre la demandada la carga de la prueba de aquellas obligaciones y

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

conceptos debidos como consecuencia y desarrollo de dicha relación, entre los que figura en lugar preeminente el pago del salario.

Teóricamente esta tesis pudiera hacer pensar en principio que en determinados supuestos se estaría imponiendo a la empresa demandada la carga de probar un hecho negativo cual sería que no adeuda cantidad alguna; sin embargo, la gestión documental del control en el abono de los salarios que la legislación impone a las empresas conduce a la realidad de que sean éstas las que con medios fiables puedan poner en evidencia que se encuentran cumpliendo los deberes salariales, lo que directamente implica probar la improcedencia de la reclamación que se le formula, correspondiendo entonces a la parte actora desvirtuar esa prueba; por el contrario, la ausencia o insuficiencia de prueba de la empresa representará la estimación total o parcial de la pretensión del trabajador.

Se verá más adelante que este criterio general cuenta con algunas excepciones derivadas de las peculiaridades en el devengo de determinados conceptos salariales, pero en todo caso y respecto a lo dicho hasta este momento, y sin pretender que esta doctrina deba ser alterada, la flexibilidad, que en este caso vendría dada por el cauce de la eliminación de la rigidez y el proteccionismo, había de consistir básicamente en tres características: 1ª.- Que el trabajador acredite la existencia de la relación laboral cuando ésta es puesta en duda, no limitándose a su mera alegación o amparándose en la circunstancia de que la empresa no ha comparecido a los actos de conciliación y juicio por causa desconocida o por las dificultades derivadas del desarrollo de un procedimiento concursal. 2º.- La carga de la prueba para la empresa debe tener unos límites razonables que terminan en aquellos supuestos en los que la continuidad de su exigencia equivalga a imponerle la prueba de un hecho negativo. 3º.- Relacionado con el ordinal precedente, cuando las peculiaridades del devengo de algunos conceptos salariales escapan al control directo de la empresa siendo en cambio susceptibles de ser probados por el interesado, a éste corresponde acreditar la actividad o el evento del que nace el derecho a la percepción económica correspondiente, cual es el caso del pago de gastos de transporte, kilometraje, comisiones, etc. Un supuesto evidente constituye lo que el art. 26.2 ET y el art 3, a) del Decreto 2380/1973 denominan indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, que si no son compensados mediante cantidades fijas previamente pactadas sino sujetas a la variabilidad del gasto ocasionado al trabajador en cada período de devengo, la cuantificación de la cantidad dependerá de la prueba que el trabajador haga de los gastos soportados. En apoyo

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

de esta conclusión se encuentra el hecho de que por carecer esos gastos de la consideración de salarios, el criterio jurisprudencial reseñado sobre la carga de la prueba no sería de aplicación o tendría un carácter supletorio.

4. SALARIO EN ESPECIE.

El art. 26.1 ET admite que las percepciones económicas de los trabajadores sean no sólo en dinero sino también en especie. Esta posibilidad la regula el art. 5 de la Orden de 29 de Noviembre de 1973 que desarrolla el Decreto 2380/1973 sobre ordenación del salario, y podrá comprobarse que esta materia ofrece amplias posibilidades de ser regulada de una forma más flexible. Dice el art. 5 que *"en las percepciones en especie, cualquiera que sea su modalidad, la cuantía de esta clase de salarios no podrá exceder del 30% del salario total resultante de la suma del importe del salario en dinero y del salario en especie"*. Añade el párrafo 2º que *"las percepciones económicas en especie únicamente no tendrán la consideración legal de salario cuando así se establezca por normativa legal, o respondan a beneficios de asistencia social que comprendan, no sólo a los trabajadores, sino también a los pensionistas o a los derechohabientes de aquél"*.

La delimitación del salario en especie responde a la salvaguarda del derecho del trabajador a distribuir libremente y en la mayor medida posible el rendimiento económico obtenido con su actividad laboral, evitándose que el salario en especie encubra un ilegítimo abaratamiento del costo salarial a la empresa y circunscribiéndolo a una posibilidad que debe tener carácter restrictivo. No es la existencia del límite al salario en especie ni el concreto porcentaje máximo que impone el precepto lo que impide introducir medidas flexibilizadoras al respecto sino que no constituya un aspecto de la relación laboral susceptible de ser negociada por encima del mínimo impuesto. No se trata de dar validez más allá del límite legal a aquello que ha de evitarse a través del salario en especie y para lo que en gran medida se promulgó la regulación al respecto, previa a la aparición de la crisis económica surgida a principios de la década de los setenta; con esa legislación se perseguía que los recursos materiales disponibles por las empresas de forma directa o inmediata (tales como sus propios productos fabricados, los procedentes de sus proveedores, las instalaciones de sus centros de trabajo, etc.) fueran utilizados como salario en especie que representara un ahorro importante para la empresa por no corresponder el valor de la especie al costo con cargo a aquélla, sometiéndose el trabajador a una limitación en su opciones de forma y calidad de vida.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

Excepcionando estas situaciones, que lógicamente han de continuar proscritas, la crisis económica que originalmente fue de tipo energético y derivó en problemas estructurales y macroeconómicos más profundos, ha producido un desfase entre el nivel salarial medio de los trabajadores por cuenta ajena y el precio de algunos bienes de uso imprescindible o que los hábitos sociales se resisten a cambiar. Si la única excepción que el art. 5 de la Orden de 29 de Noviembre de 1973 admite es que las percepciones económicas en especie no tengan la consideración de salario cuando así se establezca por normativa legal (aparte de la otra excepción que admite y que es irrelevante para el caso), se está impidiendo que las partes del contrato de trabajo pacten las condiciones del salario en especie, especialmente a nivel individual, porque constituye un problema en el que la particular situación de cada trabajador le hace acreedor a un trato diferenciado de los demás. Estaríamos en presencia de un supuesto de flexibilidad salarial en la que el beneficio pudiera darse para ambas partes contratantes; convenientemente negociado, las posibilidades no han de limitarse, como sucede en los últimos años, al personal directivo o altos cargos sino a todo trabajador que preste servicios para una empresa con recursos económicos suficientes; desde ayudas o coberturas totales de algunas prestaciones no cubiertas por la Seguridad Social (que habitualmente no excederán por sí solas del límite legal antes citado), hasta el pago de períodos de descanso y entrega para uso o ayudas para la adquisición de bienes de mayor valor (tales como automóviles o vivienda) que por sí mismos o en unión de ayudas potenciales de menor valor excederían del límite legal, se pueden alcanzar acuerdos de gran interés para el trabajador y la empresa toda vez que el primero verá o bien aliviada la carga que conlleva el costo de esos bienes o la única posibilidad de disfrutar de los mismos, en tanto que para la empresa representa tanto un abaratamiento de costos salariales legítimo en cuanto contraprestación al beneficio que proporciona al trabajador como una mejor administración de recursos monetarios o de liquidez que destina a costos extrasalariales.

La excepcionalidad de los salarios en especie en proporción notable respecto al salario en dinero tendría una duración temporal por no resultar una situación consolidable, sino vigente en tanto convenga a ambas partes. Ningún inconveniente material habría para que determinados trabajadores, con estabilidad en el empleo y en sus necesidades personales y familiares, acordara con la empresa percepciones salariales en especie que cubrieran la mayor parte de aquellas necesidades con carácter permanente, en cuyo caso las disfunciones generadas por las variaciones inestables del precio de las prestaciones en especie respecto al nivel salarial del trabajador, adquirido a lo largo de igual período de tiempo, precisarían de acuerdos correctores que

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

complicarían la mecánica de funcionamiento del acuerdo, por lo que la simplificación y eficacia serían características de los pactos individuales, al igual que su carácter temporalmente limitado.

En todo caso, la regulación legal actual por sí misma y en cuanto impeditiva de disponibilidades en contrario de las partes, constituye un ejemplo de rigidez que aunque cuantitativamente sea difícil calificar por su repercusión sobre la población activa, ciertamente cierra la posibilidad de negociación en esta materia y la posibilidad de que las empresas ofrezcan condiciones salariales interesantes también para los trabajadores.

5. UN PROBLEMA PUNTUAL: RETRIBUCION DEL TIEMPO DEDICADO A LA EMISION DE VOTO.

Para finalizar los comentarios relativos al concepto de salario descrito por el art. 26.1 ET, va a hacerse una referencia al problema, más polémico que realmente trascendente, de la retribución por los empresarios del tiempo dedicado por los trabajadores a la emisión del voto, que finalmente fue resuelto por los Tribunales en sentido afirmativo, pero sin introducir matización alguna, por lo que merece alguna consideración esta cuestión que, de celebrarse las elecciones políticas en días festivos, no deja de ser casi una anécdota en el conjunto de controversias salariales que habitualmente se producen, radicando el interés de lo que ahora se trata en un primer aviso de atención para quienes puedan confiar en la relevancia que la interpretación dada por los Tribunales tiene para la flexibilidad laboral.

El Auto de 15 de Noviembre de 1991 del Tribunal Constitucional dejó resuelta la cuestión al declarar que el permiso retribuido de cuatro horas reconocido en favor de los trabajadores no es *"lesivo en forma alguna del art. 14 de la Constitución. La demanda alega que la carga económica que aquella disposición -la impugnada- impone a los empresarios establece diferencias en perjuicio de aquéllos en relación con el resto de los españoles a efectos del ejercicio del derecho fundamental del sufragio activo. Se compara concretamente en la demanda a los empresarios, que deben retribuir el permiso de sus trabajadores con tres grupos o categorías de ciudadanos: trabajadores por cuenta ajena, funcionarios, y aquellos que no son ni empresarios, ni funcionarios, ni trabajadores por cuenta ajena. Pero esta comparación no resulta admisible en términos constitucionales, con relación al mandato del art. 14 de la Constitución pues característica de los empresarios con trabajadores a su servicio (característica no presente en los*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

demás grupos aducidos como punto de comparación) es la posición en que se encuentran, esto es, la de poder facilitar el voto de esos trabajadores mediante la retribución del tiempo dedicado a la emisión del voto. En efecto, no ha de olvidarse que los trabajadores por cuenta ajena han de cumplir una jornada de trabajo que en muchas ocasiones puede impedir o hacer muy gravosa la comparecencia en las urnas, si no pueden ausentarse del centro de trabajo sin autorización del empleador o si una norma no les atribuye esa facultad". Añade más adelante el Auto del Tribunal Constitucional que *"se podría ordenar sobre otras bases la facilitación del ejercicio del derecho al sufragio por parte de los trabajadores por cuenta ajena; pero el hecho de que se haya organizado haciendo recaer las cargas sobre los empresarios de los trabajadores podrá ser más o menos discutible, pero no vulnera el art. 14 de la Constitución, toda vez que responde a una finalidad indudablemente legítima (facilitar el derecho al sufragio de quienes pueden tener dificultades objetivas para votar) que está lejos de ser arbitraria o carente de fundamento. Por el contrario, no puede ponerse en duda la importancia que el derecho de sufragio tiene en el sistema democrático, por lo que los poderes públicos han de favorecer su ejercicio".*

El favorecimiento que los poderes han de hacer del derecho al sufragio repercute económicamente sobre las empresas, reconociendo el Tribunal Constitucional que ello no es contrario al art. 14 de la Constitución, pero el sistema es discutible y pudiera haberse regulado de otra manera. Efectivamente, el resultado de la solución no es sino cargar sobre las empresas una parte del costo económico de las elecciones políticas sin contraprestación alguna, salvo la "satisfacción" de haber contribuido obligatoriamente a que la participación electoral sostenga el vigor de los comicios como parte esencial para el mantenimiento del sistema constitucional. No ha brillado la flexibilidad por su presencia porque el ejercicio del derecho a votar se ha protegido con una fórmula que no permite eliminar o minorar el perjuicio económico a las empresas. Así, el tratamiento uniforme o igualitario, posiblemente explicable por no querer introducir fisura alguna en el derecho constitucional de que se trata que incluye el completo secreto de la opción individual de quienes lo ejercen, ha impedido no sólo controlar que la dispensa de trabajar durante cuatro horas sin merma retributiva alguna responda a la efectiva emisión del voto sino también modificar el tiempo asignado en atención al grado de fluidez que la experiencia proveniente de convocatorias electorales precedentes ha dado al proceso electoral en las jornadas de emisión de voto. Lejos de posibilitar a las empresas la recuperación en jornadas precedentes o posteriores una parte o la totalidad del tiempo concedido para acudir a las urnas (lo que hubiera implicado imponer un costo al ejercicio del derecho constitucional en contra de los trabajadores, que en cambio las

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

empresas han de hacer frente), la fijación en cuatro del número de horas significa en la mayoría de los casos la supresión del trabajo vespertino si la jornada es partida o abandonar el puesto a mitad de jornada, sin tener presente que la amplitud del horario de apertura de los colegios electorales, la abundancia de mesas y la posibilidad de emitir el voto por correo evitan aglomeraciones causantes de esperas prolongadas, por lo que dejando a salvo los supuestos de jornadas distribuidas de tal forma que casi resulten coincidentes con el horario de emisión de voto y los casos excepcionales de evidente dificultad de desplazamiento (trabajo en el campo, forestales, minas, mar, etc.) el recorte de la jornada laboral podía evitarse o reducirse sin merma alguna para el ejercicio del derecho, libre de cualquier premura, lo que vendría a repartir la dosis de colaboración entre empresas y trabajadores permitiendo una regulación legal más pormenorizada que contemplara estas circunstancias o más flexible, permitiendo la solución negociada a la vista del horario de trabajo de la totalidad o de cada grupo que integre la plantilla de la empresa.

6. CONCEPTOS EXTRASALARIALES. ESPECIAL MENCIÓN AL PLUS DE DISTANCIA.

El art. 26.2 ET enumera los conceptos, económicos que no poseen la consideración de salarios, entre los que debe destacarse las indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral; las mismas vienen siendo motivo de numerosas reclamaciones que persiguen su consolidación, así como un tratamiento igual a los conceptos salariales, olvidándose que su naturaleza indemnizatoria no puede ir más allá de la compensación a los gastos efectivamente causados por la prestación del trabajo, por lo que su devengo depende de los así generados en cada día de trabajo o situación equivalente, sin que pueda constituir un costo salarial para la empresa superior al desembolso padecido por el trabajador, aunque en todo caso son posibles las fórmulas negociadoras de aproximación a los gastos calculados.

El supuesto más controvertido ha sido el denominado plus de distancia o de transporte, respecto al que cabe dejar constancia de los criterios jurisprudenciales más comunes y consolidados haciendo mención a las siguientes resoluciones. La sentencia de 8 de Febrero de 1983 del extinguido TCT declaró que el citado plus *"tiene como fin esencial el compensar a los trabajadores de los gastos y perjuicios que les pueda originar el desplazamiento o viaje hasta el lugar de trabajo, por lo que es obvio que tal concepto se comprende en el art. 3 del Decreto de*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

17 de Agosto de 1973 y en el art. 4 de la Orden de 22 de Noviembre del mismo año; sin que esta conclusión quede desvirtuada por el hecho de que estos pluses se abonen a todos los trabajadores y que su cuantía sea igual para todos, pues lo que se pretende con ello es la compensación general y colectiva de los mencionados gastos y perjuicios, lo cual es totalmente lícito y no desnaturaliza el carácter indemnizatorio que, en definitiva, tienen tales retribuciones".

La de 4 de Noviembre de 1983 del mismo Tribunal, negando el carácter de condición más beneficiosa, estableció que *"una actitud de tolerancia por parte del empresario no genera derecho en los demandantes ya que no es conducta exigible de forma permanente, por lo que se entiende adecuado que, una vez que se generaliza para toda la empresa el descanso en sábado, no se devengue el tiempo extraordinario por desplazamiento los sábados".*

Negociados varios convenios colectivos sin que en ninguno se acordara elevar la cantidad correspondiente al plus de transporte, la sentencia de 1 de Diciembre de 1983 TCT desestimó la petición de que se incrementara el mismo en la cuantía suficiente para cubrir los gastos de locomoción, argumentándose que *"como quiera que los convenios colectivos constituyen un todo orgánico que debe aplicarse tanto en lo que beneficie como en lo que pudiera perjudicar, sólo por dicho cauce del convenio podrán los actores pactar con la empresa la concesión de determinada cantidad por el referido concepto de plus de transporte".*

Más recientemente la sentencia de 20 de Septiembre de 1991 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) estableció que *"el plus de transporte es un complemento extrasalarial que, conforme se desprende de los arts. 3º a) del Decreto 2380/73 de 17 de Agosto y 4º párrafo 1º de la Orden de desarrollo de 29 de Noviembre de 1973, tiene por objeto indemnizar o suplir los gastos de tal carácter que hubieran de ser realizados por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral, de modo que la cantidad convenida a tal fin sólo se devenga cada día de trabajo efectivamente realizado, como dijo el Tribunal Central de Trabajo en su sentencia de 29 de Marzo de 1989 y este es el sentido en que debe interpretarse el convenio colectivo [...] aplicable a la empresa demandada, que establece tal plus en la cuantía de [...] para todos los trabajadores afectados por el presente convenio, que percibirán mensualmente en once mensualidades durante la vigencia del mismo, pues si hubiera sido otra la voluntad de la partes en orden a su devengo mensual, sin el analizado condicionamiento, no lo hubieran restringido a sólo once meses al año, con exclusión obvia del mes de vacaciones, en que no se trabaja".*

7. COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN.

El art. 26.4 ET establece que *"operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados en su conjunto y cómputo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia"*. Sin duda este precepto otorga a las empresas una facultad que, haciendo uso de la misma en la forma prevista por el mismo, permite calificarla de flexibilidad laboral que faculta fundamentalmente para equilibrar la carga salarial en cada período de vigencia de cada convenio colectivo en atención a la situación económica concreta y en relación al nivel salarial existente respecto al nuevo convenio suscrito, evitando que el impacto del incremento salarial de este último sea pleno al quedar minorado por el efecto compensador del nivel salarial superior que hasta ese momento ostentaban los trabajadores. Con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, el art. 10 párrafo segundo de la Orden de 29 de Noviembre de 1973 establecía que *"las retribuciones del trabajo, tanto en concepto de salario base como de sus complementos, en cuanto fueran superiores a los mínimos establecidos con carácter general, pueden ser absorbidas y compensadas en su conjunto, y en cómputo anual, con las que se fijen con posterioridad en Reglamentaciones u Ordenanzas Laborales, Convenios Colectivos y Reglamentos de Régimen Interior"*. Rafael Martínez Emperador⁽²⁾ afirma que resulta procedente destacar la importancia de la elevación a rango legal del precepto hasta entonces vigente a nivel reglamentario, pudiendo operar el mismo incluso cuando el nuevo orden normativo de referencia no contenga expresa autorización al efecto, ya que para ello sirve siempre como norma autorizante la establecida en el art. 26.4 ET. Esta conclusión ya había sido mantenida por la doctrina jurisprudencial con apoyo en la norma reglamentaria de 1973 (siendo ejemplo de ello las sentencias de 3 de Noviembre de 1978 y 16 de Mayo de 1980 TCT), pero el mayor rango de la disposición que contiene tal autorización refuerza el valor de la misma.

La jurisprudencia posterior a la citada ha insistido en igual criterio y ha interpretado el precepto estatutario con clara vocación de que alcance auténtica efectividad, contribuyendo en esta ocasión a reforzar su contenido flexibilizador, y acorde con la voluntad del legislador de mantenerlo en el Ordenamiento y revalorizar su rango. Pueden destacarse las resoluciones

(2) R. MARTINEZ EMPERADOR: "El Estatuto de los Trabajadores". En "Comentarios a las leyes laborales", dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz. Tomo VI. Editorial Revista de Derecho Privado 1982.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

judiciales que van a reseñarse seguidamente, apreciándose como denominador común en cuanto a los conceptos computables para la determinación del salario anual que lo son, junto al salario mínimo interprofesional últimamente fijado, no sólo la antigüedad, complementos de puestos de trabajo, complementos por nocturnidad, penosidad, toxicidad, peligrosidad, trabajos sucios, embarque y navegación, las pagas extraordinarias y las de beneficios, sino también lo percibido por pluses de distancia y el importe correspondiente al incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción (tal como antes se dijo) lo que no quiere decir que estos últimos tengan la consideración de salario, pues se encuentra excluido por el art. 26.2 ET. Así, la sentencia de 11 de Julio de 1983 del TCT declaró que *"los criterios salariales que se regulan -en los decretos reguladores de salarios- son meramente indicativos [...], de suerte que, salvo estos efectos, las superiores retribuciones quedan sometidas al régimen general normativo y, por tanto, al de la compensación y absorción analizada"*. En apoyo de la tesis favorable de que la compensación y absorción operan *ex lege* de manera automática o directa, salvo pacto en contrario, la sentencia de 31 de Marzo de 1982 TCT estableció que *"todas aquellas retribuciones que las empresas abonen a sus empleados y que sean superiores a los salarios contenidos en normas legales o pactadas absorben y compensan en cómputo anual las mejoras que sucesivamente se puedan imponer en dichas normas y convenios"*.

Por otra parte, la retribución de las horas extraordinarias no puede verse afectada por lo previsto en el art 26. 4 ET. En este sentido la sentencia de 22 de Julio de 1982 TCT indicó que *"el régimen retributivo de las horas extraordinarias, por su naturaleza propia específica, no puede ser subsanado en el estudio comparativo de las condiciones de trabajo de carácter económico o no, establecidas en un convenio para la jornada normal de trabajo, por ser un elemento heterogéneo respecto de esta última, no pudiéndose establecer compensaciones o absorciones entre una y otra"*. Igualmente la de 27 de Marzo de 1982 indicó que *"cuando se trata de trabajos caracterizados por un mayor esfuerzo físico, tales como horas extraordinarias, días festivos no retribuidos y trabajos de conductor-perceptor, las cantidades correspondientes a dichos devengos no son compensables ni absorbibles [...], ya que ello conduciría a la conclusión inadmisibles de dar un tratamiento menos favorable a los trabajadores que realicen trabajos que impliquen mayor esfuerzo y fatiga"*.

Por el contrario, los conceptos que originalmente nacieron como extrasalariales al amparo de lo así dispuesto por las normas reguladoras del salario y posteriormente perdieron dicha

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

condición, quedan afectados por el precepto que se comenta; muestra de ello es la sentencia de 26 de Agosto de 1982 TCT que afirmó al respecto que *"el que la cantidad correspondiente al plus de distancia de los sábados se pagará a los trabajadores después de dejar de trabajar dichos días, supuso la desnaturalización del concepto a los efectos de lo que disponen los arts 3 y 4 del Decreto de 17 de Agosto de 1973 y, concretamente, la posibilidad de absorción y compensación de la citada cantidad"*.

El art. 26.4 ET, lejos de constituir una norma imperativa, admite el pacto en contrario de las partes como mecanismo de evitación de su aplicación. Así lo ha entendido la jurisprudencia, pudiéndose reseñar la sentencia de 11 de Enero de 1982 TCT al señalar que *"es evidente que estos preceptos -se refiere a aquél del ET y al previsto en el convenio controvertido- contienen normas de carácter general, que no impiden ni prohíben que las partes interesadas puedan convenir o establecer la no absorción o la no compensación de determinados conceptos retribuidos, pues tal facultad no es otra cosa que la expresión o manifestación del principio de libre autonomía de la voluntad de las partes que consagra el art. 3.1 c) ET"*. En términos similares se pronunció la sentencia de 25 de Octubre de 1982 TCT.

En una línea claramente favorable a la flexibilidad en la distribución cuantitativa de los diferentes elementos o conceptos que configuran la estructura salarial, la Jurisprudencia ha eliminado todo contenido de rigidez a los mínimos legales por la vía de considerar respetados estos últimos si mediante la negociación colectiva o individual se pactan condiciones salariales que globalmente apreciadas superen aquellos mínimos imperativos aunque algún concepto aisladamente calculado resulte inferior, posibilitando que las partes acuerden que se retribuya en la medida que estimen pertinente las distintas circunstancias concurrentes en la prestación laboral compensando unas con otras los mínimos innegociables. Aunque referida en concreto a las horas extraordinarias y al plus de nocturnidad, la sentencia del TS de 13 de Enero de 1992 es especialmente clara sobre esta cuestión y recoge la tesis ya sostenida por resoluciones precedentes; señala que *"conforme se dice en la citada sentencia de esta Sala, de 23 de Enero de 1991, que reitera doctrina sentada en otras anteriores, así en las de 15 de Noviembre de 1985, 21 de Abril de 1986, 17 de Febrero de 1987, 30 de Marzo, 30 de Mayo, y 28 de Septiembre de 1988 y 20 de Febrero de 1989, entre otras, es lícita y válida la disposición o cláusula de un convenio colectivo en la que se fija el valor de las horas extraordinarias en cuantía inferior a la que resultaría de una interpretación excesivamente rigurosa del art. 35.1 ET; a lo que añade que esta doctrina encuentra apoyo en lo*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

que establece el art. 37.1 de la Constitución española y los artículos 82 y siguientes del citado Estatuto, dado que la libertad negocial que a las partes sociales que intervienen en la negociación colectiva, reconocen estos preceptos, permite pactar módulos para el cálculo de las horas extraordinarias e incluso cuantías alzadas que resulten inferiores a las que se derivan de la interpretación mencionada, pues es libertad negocial que consagra el art. 37.1 de la Constitución, legítima que las partes sociales, a la hora de pactar las condiciones económicas, repercutan las subidas salariales convenidas en la negociación colectiva, en la forma que estimen más conveniente, en los distintos elementos de la estructura salarial, aunque ello suponga que la retribución de las horas extraordinarias no alcance aquella cuantía". Más adelante indica la misma resolución que "se ha de tener en cuenta las razones ya apuntadas de las que se deriva la licitud de la opción negocial que, desde el respeto de los mínimos salariales legalmente impuestos, globalmente considerados para cada trabajador, distribuya los incrementos salariales que con el convenio colectivo se alcanzan, entre aquella componente salarial que más convenga a los intereses respectivos de ambas partes negociadoras. A lo expuesto cabe añadir, reiterando la doctrina sentada por la citada sentencia de 23 de Enero de 1991, que el incremento que consagra el art. 34. 6 ET, para el plus de nocturnidad, opera sobre el salario base, el cual no es identificable con el real ni con el ordinario, por lo cual su fijación ha de ser establecida en la estructura salarial que refleja el convenio colectivo, refiriendo a aquél la parte de la retribución fijada por unidad de tiempo, sin atender a las circunstancias que se consideran para la determinación de los correspondientes complementos. Consiguientemente, su cuantificación no viene determinada legalmente, pues los mínimos salariales legalmente impuestos no afecta a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales, cuando éstos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquéllos".

Otros criterios destacables brevemente del TCT son los siguientes: la absorción y compensación pueden practicarse aunque no se hubiera hecho uso de las mismas en años precedentes, pues puede hacerse en cualquier momento que proceda porque la conducta precedente de la empresa en contrario no convierten en no absorbibles los excesos salariales sobre los fijados reglamentariamente, aunque nunca la aplicación del art. 26.4 ET puede implicar una reducción de las retribuciones (Sentencia de 5 de Enero de 1982); son válidos los pactos sobre no absorción de determinadas percepciones (Sentencia de 5 de enero de 1982); la absorción o compensación puede afectar a cantidades establecidas por pacto entre empresa y trabajadores aunque aquéllas se pretendan en base a un convenio colectivo (Sentencia de 4 de Marzo de 1982); el plus de asistencia

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

abonado por la empresa es compensable o absorbible, sin que se pueda aplicar la doctrina del respeto a las condiciones más beneficiosas (Sentencias de 10, 11 y 17 de Noviembre y 9 de Diciembre de 1983); las cuotas de Seguridad Social a cargo de los trabajadores que fueron abonadas por la empresa hasta la entrada en vigor del ET (art. 26.3) constituye un complemento que los trabajadores tienen derecho a conservar, pero es absorbible y compensable, al igual que los impuestos (Sentencias de 10 y 28 de Septiembre, 8 y 24 de Octubre, 5 de Noviembre y 3 y 12 de Diciembre de 1984); las gratificaciones voluntarias quedan afectadas por el art. 26.4 ET (Sentencia de 16 de Noviembre de 1984).

Por el contrario, no pueden ser absorbidas ni compensadas las mejoras de futuro (jubilación, plus familiar, servicio médico de empresa) por no tener un carácter "*explícito salarial*" (Sentencia de 7 de Marzo de 1982); no es de aplicación el art 26.4 ET a las prestaciones empresariales en función de una acción social que no poseen homogeneidad con las mejoras retributivas (Sentencias de 10 de Noviembre de 1982 y 2 de Marzo de 1983); el plus de residencia no es absorbible ni compensable por su especial característica y hallarse ligado a la radicación en determinadas plazas por razones de trabajo (Sentencia de 17 de Septiembre de 1983).

Por otra parte, la compensación y absorción se produce respecto a la revisión que el salario mínimo interprofesional puede experimentar toda vez que, conforme al art. 27.1 último párrafo ET, no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando éstos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquél; en iguales términos se pronuncia cada año el Real Decreto por el que se fija el salario mínimo interprofesional. Ello tiene un doble efecto: por una parte, el salario base permanecerá inalterado aun cuando con motivo de la revisión su cuantía quede por debajo del salario mínimo y, por otra parte, los complementos salariales cuyo módulo de cálculo sea el salario base se seguirán computando sobre éste y no sobre el nuevo salario mínimo. Según Alonso Olea, lo que esta norma dice expresamente es que un aumento del salario mínimo interprofesional no tiene necesariamente que producir, y desde luego que por sí mismo no produce, un aumento en cadena de todos los salarios profesionales superiores al mínimo, y tácitamente al contrario, que aquellos salarios profesionales que en cómputo anual queden por debajo del nuevo salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, deben ser elevados hasta la cuantía de éste. El precepto comentado se aplica aun cuando como consecuencia del nuevo salario mínimo se aminoren o anulen las diferencias por niveles salariales establecidas en las Ordenanzas Laborales y convenios colectivos; la sentencia de 2 de Mayo de 1977 TCT entendió

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

que *"aunque es cierto que pretenden establecer una escala de retribuciones en la que se mantienen diferencias de ingresos entre las distintas categorías profesionales, ello no significa que tales diferencias no puedan quedar temporalmente modificadas o anuladas como consecuencia de la aplicación de los salarios mínimos, en cuya normativa se establece el alcance preciso de su establecimiento, que no es evidentemente el de modificar todas las retribuciones salariales"*. En el mismo sentido ha entendido aplicable la compensación y absorción el TS.

Sin embargo, los efectos neutralizadores del salario mínimo no se aplican a los devengos de naturaleza extrasalarial, que permanecerán subsistentes y acumulados a aquél toda vez que su percepción responde a causa distinta que el salario y persiguen normalmente compensar los gastos que el trabajador ha de soportar como consecuencia de la prestación laboral; se exceptúa no obstante el plus de distancia y el de transporte público que aunque sean percepciones extrasalariales se encuentran incluidas entre los conceptos que se adicionarán en todo caso al salario mínimo fijado en pesetas por día o mes en los Reales Decretos de cada año, con lo cual si no quedaran aquellos pluses incursos en el fenómeno de absorción y compensación se produciría una duplicidad en el cómputo, así lo entendió el TCT en sentencia, por ejemplo, de 21 de Septiembre de 1984. La Jurisprudencia ha venido manteniendo la no afectación de las percepciones extrasalariales frente a las alteraciones del salario mínimo por no existir homogeneidad entre este último, que posee naturaleza salarial, y aquéllos, con la excepción reseñada del plus de distancia y el de transporte público, siendo muestra de ello las sentencias de 3 de Mayo de 1976, 3 de Mayo de 1977, 3 de Julio de 1978, 3 de Agosto de 1979 y 30 de Septiembre y 19 de Noviembre de 1980, todas ellas del TCT.

Resta añadir sobre este punto que la función de garantía que persigue el salario mínimo, el ser ajena a las retribuciones salariales existentes que le superen, fue concebido como un principio tan absoluto que la Ley 16 de Relaciones Laborales de 1976 (8 de Abril) prohibió los pactos de aplicación automática de los incrementos de salario mínimo a las escalas salariales fijadas en convenio colectivo o norma administrativa (inciso final del nº 3 del art. 28), si bien ese precepto fue interpretado restrictivamente por la Jurisprudencia, que declaró válido el acuerdo de *"mantener las diferencias salariales entre las diversas categorías si los aumentos del salario mínimo las hicieran desaparecer"*, pues si bien está relacionado con la prohibición, no está dentro del objeto estricto de ella (Sentencia de 25 de Enero de 1980 TCT). En todo caso, la prohibición ha desaparecido en el Estatuto de los Trabajadores, por lo que la posibilidad de pactar que el

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

incremento del salario mínimo repercute en las tablas salariales del convenio puede servir a su vez para que los negociadores tengan presente esta eventualidad a la hora de fijar dichas tablas, moderando las mismas en previsión del futuro incremento durante la vigencia temporal del convenio.

Para finalizar los comentarios sobre la compensación y absorción, y con ello también lo referente al art 26 ET en cuanto primer precepto legal que necesariamente ha de examinarse en materia de flexibilidad laboral a nivel de legislación ordinaria, debe aludirse a la compensación de las deudas salariales respecto a las deudas que el trabajador tenga frente a la empresa, siendo la Jurisprudencia sobre este punto unánime sobre su admisión cuando la deuda que la empresa pretende compensar reúna las condiciones precisas para ello, aportando de esta manera un sistema de liquidación en plano de igualdad entre los contratantes que, lejos de mantener privilegio alguno en favor del trabajador para las reclamaciones de cantidad líquidas y exigibles que pueda realizarle la empresa, se asemeja a los principios civilistas, lo que no deja de ser una excepción a la inspiración clásicamente tuitiva del Derecho Laboral y un acercamiento a las teorías de la flexibilidad. Las resoluciones judiciales han tratado la cuestión con sencillez, radicando su relevancia en el mismo hecho de la admisión de la compensación. Como ejemplos basta citar los siguientes: la sentencia de 14 de Marzo de 1986 TCT señaló que *"el demandante resulta ser deudor, frente a la comunidad de propietarios demandada, de la diferencia entre la cantidad no inferior a la de 440.000 pesetas de que se apropió -lo que fue determinante de la procedencia de un despido en litigio anterior- y la de 205.000 pesetas que restituyó. Inútilmente se aduce en el recurso la ausencia de los requisitos exigidos por el art. 1196 del Código Civil para que proceda la compensación de las 119.943 pesetas que el actor reclama en concepto de liquidación de haberes con la deuda resultante de aquella declaración fáctica, ya que además de tratarse de un débito que en este recurso ha de tenerse por firmemente acreditado, con arreglo al razonamiento ya expuesto, en modo alguno cabe aducir su iliquidez ni su insuficiente concurrencia cuantitativa con el importe de la liquidación objeto de la demanda, ya que la única indeterminación está circunscrita a su cuantía máxima, esto es, a la posibilidad de una apropiación y de una deuda consiguiente del actor para con la parte demandada superior aún a la mencionada"*. La de 2 de Octubre de 1986 TCT afirmó que *"si el recurrido reconoció adeudar a la empresa las sumas indicadas anteriormente, debe a la empresa las mencionadas cantidades, de las cuales han de ser deducidas la suma de 3.213 pesetas que, por comisiones devengadas y no percibidas, reconoce adeudarle la empresa demandada; y al no haber acreditado el demandado otras comisiones,*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

solamente procede detraer de las cantidades por él reconocidas dicha suma, y en consecuencia ha de ser estimada la reclamación de la parte hoy recurrente (la empresa demandada)".

Por el contrario, la sentencia de 12 de Septiembre de 1986 TCT denegó la compensación de deudas del trabajador por no reunir las mismas las condiciones que señala del art. 1196 del Código Civil; así, se indica que *"deberá ser confirmada la desestimación de la pretensión pasiva de compensación fundada en tales datos, porque aparte del incumplimiento contractual grave y culpable ya calificado en la sentencia ya dictada en el proceso por despido, los mismos revelan importantes irregularidades en la contabilidad a cargo del actor, concretadas en divergencias sobre las cuentas que rendía a las oficinas centrales de la empresa y las que hacía figurar en la delegación que regentaba, pero ello no permite afirmar la existencia y consiguiente exigibilidad de una deuda contraída por el actor como responsable del importe de tales divergencias contables, en los precisos términos requeridos al efecto de que se trata por el art. 1196 del Código Civil, ya que no constan efectivamente cobrados los recibos no devueltos ni cuyo importe no fue ingresado en la oficina central, con lo que no es posible afirmar el definitivo perjuicio que dimanaría de una irrepetibilidad del cobro frente a los destinatarios de aquéllos, ni consta tampoco el objetivo logrado o intentado por el actor al dar como cobrada por recibos mayor cantidad ante la central que en delegación, ni, análogamente, cuál de entre las respectivas cantidades discrepantes cargadas en concepto de pago de siniestros respondiese a la realmente satisfecha, caso de haberlo sido, lo que tampoco viene acreditado".*

8. ACTOS DE BENEVOLENCIA DE LA EMPRESA. LA FIGURA DE LA "CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA".

Un último comentario sobre el concepto de salario: posee esta condición todo beneficio económico que el trabajador reciba como consecuencia de la prestación laboral, pero no aquellos otros beneficios que, aunque encontrando su razón en igual prestación, constituyen actos de benevolencia que conservan esta naturaleza sin posibilidad de integrarse en el conjunto de derechos económicos de los trabajadores beneficiados por la vía del art. 3.3 ET, por lo que es legítimo rechazar las pretensiones que al respecto formulen aquéllos, lográndose así que el beneficio controvertido no pierda su vocación de factor incentivador discrecionalmente empleado por la empresa y ajeno a toda consolidación como complemento salarial exigible. La sentencia de 17 de Abril de 1991 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es muy esclarecedora al establecer

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

que "cualquier beneficio con contenido económico que la empresa conceda a sus trabajadores en activo tiene como causa el contrato de trabajo, puesto que sólo a título de trabajador y en relación con la empleadora, se percibe el beneficio; pero esta realidad no significa que todos y cada uno de ellos puedan ser subsumidos en el concepto de salario expuesto en el art. 26 del Estatuto de los Trabajadores, ya anticipado por el art. 2 del Decreto de 17 de Agosto de 1973. Porque es necesario que dicha percepción responda a la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena y no a la benevolencia o buen ánimo de la empresa hacia quienes con ella colaboran, cuya voluntad de obligación permanente debería constar para convertir en contraprestación lo que hace a título de generosidad. Si se examinan los documentos aportados, especialmente el Acuerdo del Consejo de Administración que dio vida al juguete de Reyes, se recoge la expresión, reiterada, transcrita en el hecho probado primero, calificándolo de donaciones, de carácter voluntario, naturaleza que no aparece modificada en momento alguno, por lo que asumiendo la doctrina del Tribunal Central de Trabajo recogida en sentencias de 26 de Junio de 1980, 17 de Mayo de 1983 y 15 de Octubre de 1984, entre otras, se concluye que no se trata de salario, ni de condición contractual, que rija el vínculo a tenor del invocado art. 3 del mencionado Estatuto de los Trabajadores, por lo que la demanda carece de título jurídico y ha de ser desestimada".

El fenómeno o la figura de la "condición más beneficiosa" constituye el origen frecuente de conflictos al irrumpir en el sistema de fuentes de la relación laboral para englobar cualquier condición de trabajo de difícil acomodo en alguna de las fuentes típicas. No es un problema de pervivencia temporal de las normas ni una cuestión de jerarquía normativa ya que no colisionan más de una norma; en cambio, resulta claro que es lo más opuesto a la claridad que pueda desprenderse de una negociación colectiva frente a la que choca el perfil difuso de la condición más beneficiosa, que para salvaguarda de aquel derecho constitucional, debe ceder, especialmente cuando la misma regula cuestiones que introducen un grado de flexibilidad adecuado y pactado cuya efectividad pudiera quedar restringida por la pervivencia de la condición más beneficiosa, pues no ha de olvidarse que en ello late la lucha entre autonomía colectiva y autonomía individual, esto es, entre lo pactado para una generalidad y el beneficio individual y concreto que pretenden conservar un grupo reducido de trabajadores.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

Es variada la forma en que nace la condición más beneficiosa⁽³⁾: la concesión del empresario siempre que haya voluntad en tal sentido y no una mera condescendencia o situación tolerada; pactos expresos entre empresario y un grupo de trabajadores; el consentimiento implícito de unos y otros puesto que no basta una determinada situación de hecho sino que además es preciso que concorra la voluntad expresa o tácita de la partes en establecer tal condición; los usos o prácticas empresariales consolidados en el tiempo que produce en los destinatarios la creencia fundada de su obligatoriedad. Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Central de Trabajo. En todo caso se caracteriza por la inmunidad a las normas que la desconozcan siempre que éstas no mejoren o igualen la condición más beneficiosa. La Jurisprudencia ha estimado que la figura comentada equivale a conservar las mejores condiciones de trabajo nacidas al amparo de una norma anterior, ya derogada, cuando una posterior y vigente la desconoce por supresión o por reducción. Solamente existe una excepción: la absorción y compensación por otra norma, frecuentemente un convenio colectivo, que expresamente prevea fórmulas de neutralización, y más raramente a través de un pacto individual derogatorio. Salvo casos aislados, los Tribunales han entendido que *"si bien la condición más beneficiosa debe prevalecer sobre actos unilaterales del empresario, no puede en cambio seguirse el mismo criterio cuando se trata de normas o convenios colectivos que regulan de nuevo una situación, siempre que sean respetuosas con el derecho necesario y coloquen al trabajador en una situación más favorable, globalmente considerada"* (Sentencias de 30 de Junio de 1983, 4 de Octubre de 1984, 1 de Octubre y 31 de Diciembre de 1987 TCT), de tal forma que el pacto derogatorio expreso será preciso para la compensación de materias heterogéneas, bastando para entender progresivamente suprimidas las homogéneas con la mera sucesión de normas en el tiempo. Sin embargo, no puede olvidarse que el amparo de la condición más beneficiosa se busca normalmente en la doctrina de los Tribunales en los que vive y de la que vive, por lo que los convenios colectivos no sólo suelen quedar al margen de la controversia sino que su propio tenor literal suele eludir la implantación de soluciones por tener la condición más beneficiosa un origen ajeno al convenio y, por tanto, a la voluntad de los negociadores, por lo que frecuente comprobar las llamadas cláusulas de garantía *ad personam* y la alusiones expresas al respeto de las condiciones más beneficiosas.

Si realmente la negociación colectiva cobra un protagonismo preponderante respecto a la

(3) M^a. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ: "Condición más beneficiosa: absorción y compensación". Relaciones Laborales, tomo I (1992), pág. 198 y ss.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

negociación individual como fuente de las relaciones laborales, y si aquella negociación permite pactar las condiciones de trabajo con una homogeneidad eliminadora de posiciones particulares de ventaja, y ello puede lograrse por la vía de la compensación y absorción, el anacronismo de la condición más beneficiosa quedará superado, con el consiguiente logro en favor de la flexibilidad laboral.

9. REGULACION SALARIAL EXTRAESTATUTARIA.

9.1 Comentario general.

Visto hasta ahora el contenido de los art. 26 y 27 ET en aquello que pueda interesar a todo acercamiento al problema de la flexibilidad bajo las pautas descritas anteriormente, antes de continuar examinando la restante legislación en materia salarial, es preciso resaltar un hecho cual es la parquedad de la regulación de dicha materia en el Estatuto de los Trabajadores; ha de acudirse no sólo a los criterios jurisprudenciales sino especialmente a un conjunto de preceptos preestablecidos que, so pena de crearse una importante laguna legal, continúan teniendo vigencia porque regulan cuestiones que el Estatuto silencia, y precisamente la época en que fueron promulgadas esas normas que conservan una categoría reglamentaria corresponde con un período de tutela estatal y regulación legal intensa de las relaciones laborales, ajenas por tanto a cualquier idea de flexibilidad, dotadas de un alto grado de rigidez, como seguidamente se irá exponiendo. El párrafo primero de la Disposición Final Cuarta del Estatuto de los Trabajadores establece que *"las disposiciones con rango de Ley que regulan cuestiones relativas a jornada, salarios y cualquiera otros aspectos y circunstancias de las relaciones laborales individuales no reguladas por esta Ley, continuarán en vigor en calidad de normas reglamentarias y podrán ser derogadas o modificadas por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo"*. Precisamente las leyes preestatutarias que mayor incidencia tenían sobre la relación individual de trabajo, la Ley de Contrato de Trabajo⁽⁴⁾ y la Ley de Relaciones Laborales, fueron expresamente derogadas por la Disposición Final Tercera del Estatuto, por lo que las lagunas que provoca esta última Ley ha hecho preciso que, en virtud de la remisión integradora del párrafo 1º de la Disposición Final Cuarta, se consideren subsistentes numerosas normas anteriores a la Ley estatutaria. El problema doctrinal que esta situación crea radica en que el art. 35.2 de la Constitución reserva a una Ley

(4) En lo sucesivo abreviado LCT.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

ordinaria, el Estatuto de los Trabajadores, la regulación de lo que la exposición de motivos del proyecto de ley presentado en el Congreso denominaba *"norma estatal que establece y garantiza los derechos y deberes de los trabajadores por cuenta ajena"*, y siendo el salario un aspecto esencial de la materia que la Ley estatutaria debiera regular en cumplimiento del mandato constitucional, las carencias de que adolece y su remisión a normas reglamentarias que regulan importantes cuestiones relativas al salario, representa una deslegalización contraria a lo previsto en la Constitución, lo que no significa que reglamentariamente no puedan regularse asuntos puntuales de las relaciones laborales sino que los reglamentos han de desarrollar lo regulado previamente por Ley en las materias reservadas a la misma. En todo caso, la evitación del vacío legal impone atender a la normativa no sustituida por el Estatuto y reguladora de cuestiones que éste silencia, en la forma que el propio Estatuto prevé en la citada Disposición Final Cuarta.

9. 2 Regulación en el Decreto 2380/1973.

La estructura del salario se encuentra rígidamente establecida por los arts. 4 y 5 del Decreto 2380/1973 de 17 de Agosto sobre Ordenación del Salario, estableciendo el primero que la estructura de las retribuciones del trabajo por cuenta ajena se dividirá entre el salario base y los complementos del mismo. El salario base constituye la retribución fijada por unidad de tiempo sin atender a las circunstancias que determinan el derecho al percibo de cualquier complemento, siendo éstas las que han de adicionarse al salario base al amparo de alguno de los conceptos que como complementos enumera el art. 5. Las posibilidades de acordar individual o colectivamente la retribución conjunta, o en su caso limitando al máximo los conceptos variables, en atención a las peculiaridades conocidas de cada actividad laboral, quedan eliminadas, quedando tan sólo el cauce de realizar la debida adaptación a esas peculiaridades a través de los complementos salariales que, aunque solamente puedan tener acomodo en alguno de los que enumera el art. 5 del Decreto con carácter imperativo -como lo indica textualmente mediante la expresión *"habrán de quedar incluidos necesariamente"*-, poseen la suficiente amplitud para dar cabida a todas las situaciones, minorando de esta forma la rigidez de la estructura salarial al permitir que cada complemento responda a la prestación laboral desarrollada bajo las circunstancias y condiciones justificadoras del mismo.

Haciendo un repaso rápido de los complementos salariales que enumera el precepto citado del Decreto de 1973, aparecen en primer lugar los complementos personales, entre los que recoge,

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

a título de ejemplo y en breve lista abierta, la antigüedad, aplicación de títulos o conocimientos especiales, o cualquier otro de naturaleza análoga que derive de las condiciones personales del trabajador y que no haya sido valorado al ser fijado el salario base.

El primero de los mencionados, la antigüedad, encuentra un desarrollo cronológicamente posterior, que resulta ser el actualmente vigente, el art. 25 ET que, bajo la denominación de "*promoción económica*", se concreta a la vertiente económica del genérico derecho constitucional a la promoción en el trabajo (art. 35.1), fijando unos porcentajes en concepto de incrementos por antigüedad sobre el salario base cuya redacción ("*[...] no podrán, en ningún caso, suponer más del [...]*") denota la voluntad del legislador de poner un freno a la cuantificación negociada del complemento por antigüedad, cuando realmente, a efectos de una flexibilidad ideal sobre este punto, la mera existencia de este complemento salarial representa una imposición a las empresas que se ven obligadas a recompensar económicamente la prolongada prestación de servicios mediante módulos universales que no permiten introducir variaciones, con el fin no sólo de que esa prolongación laboral se recompense de otra manera sino especialmente de que se promocióne económicamente al trabajador que ha acumulado méritos para ello, toda vez que la permanencia durante largo tiempo de un trabajador en una empresa no significa en todo caso la satisfacción de ésta por el trabajo desarrollado por aquél, llegándose a la situación frecuente de que trabajadores con rendimientos cuantitativos o cualitativos inferiores a otros perciben retribuciones superiores en razón a la antigüedad, que en estos casos no constituye un premio merecido para el trabajo sino una carga innecesaria para la empresa.

Respecto al conocimiento de idiomas, y lo mismo puede decirse sobre los títulos y conocimientos especiales o análogos, la doctrina del Tribunal Central de Trabajo se pronunció en el sentido de que aunque dicho plus tiene naturaleza personal, el derecho a su devengo queda condicionado a la aplicación profesional del mismo, de tal manera que se pierde si desaparecen dichos conocimientos, el interesado se niega a realizar un uso de los mismos o se produce un cambio voluntario de puesto a otro en el que no es preciso el empleo de esos conocimientos; son ejemplos de esta línea doctrinal las sentencias de 5 y 8 de Febrero y 5 y 19 de Junio de 1982, 9 de Noviembre de 1983 y 30 de Abril de 1984, evidenciando con ello que la repercusión económica de esas circunstancias personales depende de su proyección sobre la prestación del trabajo, para el supuesto de que las mismas posean dicha relevancia por acuerdo individual o colectivo.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

A diferencia de los complementos personales, los de puesto de trabajo que recoge el apartado B del art. 5 del Decreto de 1973 son de índole funcional y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, por lo que no tendrá carácter consolidable. De esta manera, la Jurisprudencia no ha tenido que delimitar su alcance y ratificar la naturaleza que de dichos complementos predica el tenor literal del precepto. Prescindiendo por ahora del complemento por trabajos nocturnos que se comentaría en el apartado relativo a la flexibilidad en el tiempo de trabajo, los pluses de penosidad, toxicidad, peligrosidad, etc., cuyo devengo depende de la concurrencia de tales circunstancias apreciadas por la autoridad laboral fuera de todo conflicto entre las partes, sólo se abonan *"los días en que se presta servicio y por ello se está expuesto al riesgo tóxico que da lugar a la compensación económica"* (Sentencia de 22 de Septiembre de 1982 TCT); *"dicho complemento es de índole funcional y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado"* (Sentencia de 4 de Julio de 1983 TCT). El carácter no consolidable significa que *"si se elimina el factor de toxicidad o se cambia de puesto de trabajo, no se devenga el complemento"* (Sentencia de 5 de Agosto de 1983 TCT). En todo caso, el precepto comentado no es de derecho necesario y por ello las partes pueden ampliarlo o reducirlo o incluso no ser objeto de aplicación si la empresa considera no concurrentes los requisitos precisos para el pago del complemento y en tanto no exista una decisión en contrario de la autoridad laboral.

El tercer grupo de complementos salariales encuentran su razón en la calidad o cantidad de trabajo, vayan o no unidos a un sistema de retribución por rendimientos. El más relevante, correspondiente a la realización de horas extraordinarias, se comentará con ocasión de la flexibilidad en el tiempo de trabajo. Respecto a los demás, habrá que conectar el concepto de estos complementos con el concepto de rendimiento exigible a cada trabajador, llegándose entonces a la conclusión de que tampoco en este caso la aplicación de los mismos uniformemente se corresponde con la auténtica recompensa económica a un mayor o mejor trabajo, por lo que tan sólo cabe manifestar en este momento que también se trata de una norma dispositiva cuyo alcance es por ello negociable, y que se traduce en un devengo por días efectivamente trabajados.

Dentro del cuarto grupo, complementos de vencimiento periódico superior al mes, la paga o participación en beneficios se ha ido configurando en los últimos años en los convenios colectivos como una retribución que por su periodicidad y cuantía se asemeja a una tercera paga extraordinaria desvinculada del beneficio que en el ejercicio precedente hubiera tenido la empresa

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

y en el cual se hace también beneficiarios a los trabajadores como contribuyentes en la consecución del mismo. Pocas son las controversias que se plantean judicialmente sobre el derecho en sí, o su cuantía, a la paga de beneficios en atención al resultado económico del período respecto al que se reclama; como si fuera un derecho desvinculado de su origen, sólo conserva en relación a éste la denominación. La correspondencia entre el derecho a esa retribución y el efectivo beneficio empresarial, lejos de toda consolidación, descargaría a las empresas de un costo salarial en momentos en los que sus recursos se encuentran mermados; en todo caso es esta una apreciación evidente frente a una realidad que ninguna norma ha impuesto a las empresas sino los términos de las negociaciones colectivas, respecto a las que la flexibilidad vendría dada por la interpretación que, bien las partes o la autoridad judicial a cuya resolución se sometiera la controversia, dieran conforme a lo expuesto. El apoyo más claro a esta solución lo proporcionan los arts. 44 y 45 LCT (vigentes conforme a la remisión integradora del párrafo primero de la Disposición Final Cuarta del Estatuto de los Trabajadores), el primero de los cuales prevé, prescindiendo de las distintas modalidades de retribución que admite mediante la participación en los beneficios (que debe considerarse sustituido por la legislación posterior), que la liquidación se hará anualmente, en cuanto se hubiese fijado el balance; añade que *"respecto del examen de los libros y cuentas, el trabajador tendrá los mismos derechos y deberes que los señalados en los artículos referentes a la liquidación de comisiones"*. El art. 45 establece que *"la participación en los beneficios no autorizará, salvo pacto en contrario, a compensaciones de los años de pérdida con los años de ganancias, ni tampoco los de unas con los de otras ramas de la industria o del comercio; esto último, salvo cuando los trabajadores estén adscritos simultáneamente a unas y otras. Si el trabajador hubiera sido empleado con participación dentro del curso de un ejercicio económico, disfrutará de los beneficios de la parte alcuota del año"*. Esta regulación, aunque sencilla, sirve de base para desarrollar este complemento salarial conforme a las oscilaciones del beneficio empresarial.

Finalmente los complementos en especie, sobre los que se hicieron unas consideraciones generales al comentar el art. 26.1 ET, encuentran, al igual que la participación en beneficios, una regulación interesante en determinados preceptos de la Ley de Contrato de Trabajo que permanecen subsistentes, y a los que se hará una mención más detenida en su momento.

El Decreto de 1973 sobre Ordenación del Salario, después de describir la estructura del mismo, contiene un conjunto de preceptos, la mayoría referentes a los complementos salariales,

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

de los que cabe destacar lo siguiente:

1º.- El art. 6 regula, en unión de igual ordinal de la Orden de Desarrollo de 29 de Noviembre de 1973, el módulo para el cálculo y pago del complemento por horas extraordinarias, admitiendo pacto en contrario. No es preciso insistir una vez más que las fórmulas negociadoras de cálculo podrían introducir una flexibilidad de la que carece la regulación reglamentaria. Por ello, en lo que afecta a la repercusión salarial de la realización de horas extraordinarias, debe destacarse una circunstancia diferente: la reiterada y unánime exigencia de los Tribunales sobre la necesidad de que el trabajador reclamante acredite pormenorizadamente cada hora así trabajada para estimar la consiguiente reclamación de cantidad, introduciendo una notable excepción no respecto a la carga de la prueba del pago de los salarios sino sobre el precedente de hecho justificativo de dicho devengo, lo que realmente implica residenciar en la parte actora el mayor nivel de gravosidad en la prueba de los hechos debatidos para lo que normalmente no cuenta con medios adecuados, aunque quizá ello se deba frecuentemente a su misma inexistencia causada por la improcedencia de la reclamación. Como ejemplo pueden citarse las siguiente sentencias: *"[...] es ya reiterada la doctrina jurisprudencial que establece la inexcusable necesidad de fijar con toda precisión su número y circunstancias"* (8 de Febrero de 1989 del TS); en similares términos las del mismo alto Tribunal de 20 de enero de 1968, 20 de Noviembre de 1970, 21 de Diciembre de 1973 y 26 de Febrero de 1976; *"[...] las mismas han de ser objeto de un cumplido acreditamiento de su realización con la meticulosidad precisa para demostrar que el tiempo a que se refiere la demanda es el realmente trabajado, declarándose en la sentencia de este Tribunal de 28 de Junio de 1983 que es reiterada la doctrina jurisprudencial que exige la demostración de todas y cada una de las horas extraordinarias para reconocer el derecho al percibo del complemento salarial correspondiente [...]"* (Sentencia de 13 de Enero de 1986 TCT); *"[...] y versando el tema sobre el impago de horas extraordinarias que se dicen trabajadas, no aparece constatado la realización de las mismas de la firme relación fáctica de la sentencia de instancia, máxime habida cuenta que como se declara por el Tribunal Supremo y este Tribunal Central de Trabajo, que las horas extraordinarias han de ser objeto de un cumplido acreditamiento de su realización, con la meticulosidad precisa para que el tiempo a que se refiere la demanda es el realmente trabajado [...]"* (Sentencia de 17 de Enero de 1986 TCT); *"[...] concretándose lo postulado en el recurso a que se abone al actor el importe de las horas extraordinarias que dice trabajadas, las que conforme es exigido por el Tribunal Supremo y por este Tribunal Central de Trabajo, han de ser objeto de un cumplido acreditamiento de su realización con la meticulosidad precisa para demostrar que el tiempo a que refiere la demanda es el realmente trabajado [...]"* (8 de Mayo

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

de 1986 TCT); "[...] habría sido de todo punto necesario haber demostrado los días concretos en que se produjeron esas interrupciones y el tiempo de duración de las mismas, habida cuenta del carácter excepcional que éstas tienen y la reiterada doctrina jurisprudencial sobre horas extraordinarias que exige su probanza día a día y hora a hora [...]" (31 de Mayo de 1986 TCT); en términos similares se pronunciaron las del mismo Tribunal de 10 de Marzo de 1976, 30 de Noviembre de 1977, 5 de Febrero de 1980, 5 de Noviembre de 1982, 12 de Marzo y 26 de Octubre de 1983, 14 de Junio y 19 de Diciembre de 1984 y 29 de Junio y 28 de Octubre de 1985.

2º.- La retribución del trabajo por unidad de obra alcanza también al así realizado durante las horas extraordinarias, salvo pacto en contrario, y sin perjuicio de los incrementos en la retribución de éstas como si estuviera fijada a tiempo. El pacto en contrario no se admite respecto a la inclusión en el pago de las horas extraordinarias de los complementos por calidad o cantidad de trabajo, sin perjuicio del incremento en el pago de aquéllas (art. 7 Orden de 29 de Noviembre de 1973).

3º.- Respecto al módulo a tener en cuenta para el cálculo y abono de los complementos salariales, el art. 8 del Decreto establece que podrán coincidir o no con el salario base, pero no podrán ser inferiores al mismo, excepto en la actualidad para el complemento por antigüedad que conforme al art. 25.2 ET derogador sobre este punto del art. 8 del Decreto, se calculará sobre el salario base y no sobre otro superior, con lo que levemente se delimita a nivel legal el cálculo de ese complemento.

4º.- El art. 9 del Decreto establece que, salvo pacto en contrario, se entiende que los salarios determinados por tiempo fijo corresponden a la jornada normal completa de trabajo y al rendimiento mínimo, fijado o habitual, exigible en la actividad de que, en cada caso, se trate. El rendimiento exigible a un trabajador se conecta directamente con el deber de diligencia del mismo que, como se expone con ocasión de la resolución contractual decidida por la empresa por causa de deficiencias en el cumplimiento de dicho deber, no es ni el fijado ni el habitualmente exigible sino el que se desprende del art. 60 LCT. Baste por el momento decir que el salario fijado por el tiempo fijo corresponderá al rendimiento que durante el mismo genere cada trabajador así remunerado, existiendo por ello una imposibilidad de establecer variaciones salariales conforme a los rendimientos individuales, salvo por la vía de los complementos por cantidad y calidad de trabajo.

5º.- El art. 11 del Decreto prevé el mantenimiento y la cuantía de los complementos en el régimen de trabajo medido cuando cambie la organización del trabajo, aunque ello suponga la reducción de la actividad y el rendimiento exigibles, excepto cuando la modificación comporte un

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

cambio en el puesto de trabajo. Al parecer, la modificación introducida por la empresa, aun correspondiendo a necesidades organizativas, conllevaba la carga de mantener los complementos a pesar de que, como ya se dijo, algunos dependen de la efectiva realización del trabajo bajo determinadas condiciones; la excepción al supuesto de que conlleve el cambio de puesto de trabajo no elimina el alcance de la previsión, sino tan sólo lo mitiga. Cabría preguntarse, y responder afirmativamente, si la modificación por causas organizativas en el sistema de trabajo y rendimiento, y en el sistema de remuneración, al amparo del art. 41 ET, permite eludir la aplicación de aquel precepto.

9.3 Regulación en la Ley de Contrato de Trabajo.

Se advirtió anteriormente que la incompleta regulación que de los salarios realiza el Estatuto de los Trabajadores exige atender a los preceptos de otros cuerpos legales que mantienen un valor reglamentario conforme a lo que prevé su Disposición Final Cuarta párrafo primero, y a los cuales ha de dedicarse una breve atención por el hecho de que conservan aquella vigencia, aunque versan sobre cuestiones que sólo esporádicamente se plantean en la práctica. Algunos de ellos se encuentran vinculados a materias expresa y sucintamente reguladas en la Ley estatutaria, y otros pueden examinarse aisladamente o a título de complemento de todo cuanto de interés para la flexibilidad salarial se deriva del art. 26 ET, que son los que seguidamente se mencionan.

En primer lugar, los párrafos 3º y 4º del art. 17 LCT establecen respecto al salario colectivo del contrato celebrado con un grupo de trabajadores (al que se refiere el art. 10.2 ET), que cada componente del grupo tendrá derecho a la parte correspondiente sobre el resultado del trabajo, teniendo derecho a la parte alícuota sobre el ya realizado quien saliera del grupo antes de la terminación del trabajo. Al parecer, estos derechos económicos pueden hacerse valer frente al empresario en cuanto receptor del trabajo y pagador de los servicios, pero en principio no simultáneamente frente al jefe del grupo, que según el art. 10.2 ET ostenta la representación de quienes lo integran respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación, que habrá que entenderla referida frente al empresario y no frente a los representados, aun cuando esa representación lleve aparejada facultades de gestión salarial colectiva originadora de controversias no causadas por el empresario sino por el jefe del grupo. La delimitación de las facultades de representación en el sentido de concretar su alcance, que si la Ley no lo hace debiera acordarse antes del comienzo del trabajo o junto con la contratación del grupo, otorgaría a la empresa la

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

seguridad de que los conflictos entre los integrantes del grupo no afectarían al empresario cumplidor, lo que puede ser efectivo si aprovechando la letra del art. 10.2 ET (*"[...] respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación"*) se le dota de responsabilidades salariales frente a los trabajadores, en el sentido de que su función de intermediador quede así afectada una vez percibida la retribución de manos de la empresa, a la que se facilitaría la gestión y prueba de sus obligaciones. Apoya esta idea el párrafo 2º del art. 19 LCT, también subsistente con valor reglamentario, al establecer que *"el derecho de los trabajadores a su parte en el salario cobrado por el jefe podrá ejercerse contra éste, de igual manera que el del trabajador contra el empresario"*, con lo que se consigue que la representación propia de la contratación en grupo sea para la empresa no sólo una figura de enlace y portavoz de reivindicaciones sino la persona física con la que han de entenderse los derechos y deberes de la contratación laboral que, por ser en grupo, no se refiere a cada uno de sus miembros según dispone el ya citado art. 10.2 ET.

En segundo lugar, el art. 38 LCT se refiere expresamente a la retribución del trabajo por unidad de tiempo, al trabajo por unidad de obra y al trabajo por tarea, dejando abierta la lista de modalidades al establecer en su último párrafo que la remuneración pactada para otra clase de trabajos distinta de las anteriores se determinará por el contrato en cuanto a sus condiciones. Esta última libertad negocial es muestra de una carencia de rigidez acorde con el resto del contenido del precepto, en el que dicha carencia se pone de manifiesto en los siguientes extremos: a) Aunque en el trabajo por unidad de tiempo se atenderá a la duración del servicio, se puede estipular expresamente un mínimo de obra, con lo que la exigencia que sobre ello pueda realizar el empresario le garantiza un concreto rendimiento material que con la pura retribución por unidad de tiempo no tendría. b) En los trabajos por unidad de obra, ésta puede determinarse atendiendo a una amplia gama de factores acordes en cada caso con las peculiaridades de la obra: piezas, medidas, trozos o conjuntos determinados, que permiten fijar con gran exactitud cada unidad. c) En el trabajo por unidad de obra, además, puede estipularse un plazo para su conclusión, pero no se podrá exigir un rendimiento mayor al normal de un trabajador apto, pues en otro caso se desvirtuaría la naturaleza del contrato; no obstante, la estipulación sobre un plazo sirve en todo caso para evitar prolongaciones temporales injustificadas o desproporcionadas. d) En el trabajo por tarea la interrupción por causas extrañas a la voluntad del empresario y el trabajador genera la suspensión del contrato hasta que aquéllas desaparezcan, debiendo entre tanto el empresario emplearle a jornal en otro trabajo, siempre que haya posibilidad material de ello, lo que significa que en este supuesto estará obligada la empresa a emplearle de esa manera pues en otro caso la

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

suspensión simple implicaría el cese temporal en el recíproco intercambio de trabajo y retribución, al igual que cuando concurre una causa de fuerza mayor temporal. Por consiguiente, la totalidad del art. 38 LCT se encuentra dotado de la flexibilidad que permite, si no la libre disposición de la empresa, sí al menos la que, sin contar con una norma imperativa, permite un amplio margen de negociación.

Lo mismo cabe apreciar, en tercer lugar, respecto al art. 39 LCT que, estableciendo un equilibrio entre las partes propio de un contrato civil, otorga a cualquiera de aquéllas la posibilidad de exigir la oportuna rectificación contractual o la compensación debida si hubiera habido un error grave en el cálculo de los destajos y de su pago, del que resultara para una u otra parte una desproporción entre el trabajo y las ganancias, con lo que el denominado riesgo empresarial queda reducido al excluirse de su ámbito los supuestos de desproporción en el intercambio de prestaciones contractuales, salvaguardando así a ambas partes de la ventaja para una de ellas con perjuicio para otra proveniente de un error grave que, a falta de distinción por parte del precepto, puede provenir de cualquiera de los contratantes o ser compartido por los dos.

En cuarto lugar, el art. 40 LCT establece una garantía en favor del trabajador que responde a un motivo que en absoluto puede calificarse de exponente de una rigidez normativa; en efecto, se impone a la empresa la obligación de pagar el salario total previsto del destajo, o en su caso el jornal mínimo establecido para trabajadores análogos en la industria o actividad de que se trate si el trabajo o el destajo no dieran al trabajador el rendimiento debido, a pesar de poner su técnica y diligencia, a causa de defectos probados en los instrumentos o materiales suministrados por el empresario o por cualquier circunstancia que dependiera de éste. No es ello sino consecuencia del principio civilista de poder exigir al incumplidor que realice la obligación a la que se comprometió, que en el caso se materializa en el pago de la retribución aun cuando el rendimiento laboral no es el previsto por causa del incumplimiento empresarial, en el ámbito del contrato laboral, de proporcionar los medios materiales adecuados.

Lo mismo puede decirse, en quinto lugar, sobre el art. 41 LCT que reconoce al operario el derecho al salario correspondiente al trabajo o a la obra realizada si se interrumpiere un trabajo a destajo antes de su terminación, sin especificar si ello se deba a una decisión de la empresa, fuerza mayor, etc., toda vez que la parte realizada genera el derecho al percibo del salario en cuantía proporcional.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

En sexto lugar, el art. 48 LCT contempla una situación actualmente residual encuadrable en el concepto de salario en especie, con un nivel de exigencia para el empresario que, aunque el precepto no lo especifica cualitativamente, responde genéricamente a unas motivaciones que resultan proteccionistas en razón a la naturaleza de la contraprestación en especie y a la precariedad de quienes se encuentran inmersos en esa situación, por lo que la disyuntiva rigidez-flexibilidad pasa a un plano que desde el punto de vista jurídico es casi irrelevante. Así, las condiciones del local, dormitorios y comidas de los trabajadores que fueran admitidos a vivir en la casa del patrono o a cargo de la empresa o a ser sustentado por ella, serán los adecuados a su situación, estado, exigencias de la moralidad y de la higiene; son exigibles al momento presente en relaciones de trabajo numéricamente escasas, cobrando relevancia en lo que se refiere a la relación laboral especial del servicio del hogar familiar. El párrafo 2º del precepto se enmarca en la misma línea, debiéndose entender subsistente lo referente al mantenimiento del alojamiento y alimentos durante las cuatro primeras semanas de enfermedad (que constituye causa legal de suspensión del contrato y por tanto de la obligación de pagar salarios, incluidos aquellos que lo son en especie), toda vez que las restantes prestaciones que establece el precepto se encuentran al día de hoy cubiertas por la Seguridad Social.

En séptimo lugar, los arts. 49, 50 y 51 LCT (reguladores de la prohibición de obligar a los trabajadores a adquirir objetos de consumo en determinados establecimientos, de crear tiendas en los centros de trabajo que pertenezcan a los empresarios o cualquier persona que ejerza alguna autoridad sobre los trabajadores, y de las condiciones por las que han de regirse los economatos organizados por los empresarios) fijan unos límites a las posibles iniciativas de las empresas, que solamente persiguen salvaguardar el derecho de los trabajadores a elegir de entre las distintas opciones de que disponen para la adquisición de género mediante el salario obtenido por el trabajo, evitando que una parte del mismo revierta nuevamente en beneficio del empresario.

En octavo lugar, los arts. 52 y 53 LCT regulan las condiciones de uso de la vivienda y de terrenos para el cultivo por razón del contrato de trabajo y al amparo que dispensa al trabajador respecto a los mismos en el supuesto de extinción contractual, haciéndolo en unos términos claramente moderados y de equivalencia en las contraprestaciones. En la actualidad, el aspecto más relevante es el relativo al desalojo de la vivienda y concretamente al plazo de que dispone para ello el trabajador, y sobre este punto los Tribunales se han pronunciado en el sentido de que el plazo de prescripción que establece el art. 59 ET no es aplicable a la acción de desahucio que el

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

empresario pueda ejercitar una vez extinguido el contrato de trabajo, ya que el desalojo debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 52 LCT y 214 (hoy art. 283) de la Ley de Procedimiento Laboral, previendo esta última que, concurriendo un motivo fundado, el plazo de un mes que establece la LCT puede prorrogarse por dos meses más. Un ejemplo de este criterio judicial es la sentencia de 31 de Mayo de 1991 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En noveno lugar, un precepto que actualmente puede parecer curioso porque viene a imponer a la empresa un deber asistencial que escapa a la cobertura de la Seguridad Social y por lo tanto corre a cargo de aquélla con independencia de las cotizaciones efectuadas y los complementos o mejoras pactadas en el contrato o en el convenio colectivo. Se trata del art. 68 LCT que establece que *"en caso de enfermedad justificada, con aviso al empresario, y sin perjuicio de los derechos que por otras disposiciones legales se le reconozcan, el trabajador percibirá el 50 por 100 de su salario, sin que este beneficio pueda exceder de cuatro días al año"*. La repercusión económica que la exigencia del precepto puede ocasionar a la empresa es escaso, pero subsiste y así lo han declarado las sentencias de 20 de Enero, 26 de Marzo y 21 de Julio de 1981 TCT.

10. PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA. EN ESPECIAL, SIN DISCRIMINACIONES POR RAZÓN DE SEXO.

Llega ahora el momento de dar un paso más en el examen de la flexibilidad salarial siguiendo la estructura básica que de la regulación de dicha materia se desprende del Estatuto de los Trabajadores que por ser el texto fundamental del Derecho positivo laboral, las restantes regulaciones así como las interpretaciones jurisprudenciales encuentran en aquel texto su referencia.

El art. 28 ET, cumpliendo el mandato impuesto por el art 35.1 de la Constitución, establece el principio de igualdad de remuneración por razón de sexo, lo cual resulta teóricamente innecesario por reiterativo ya que si la Constitución, en cuanto Ley Fundamental de aplicación directa e inmediata, prohíbe la discriminación por razón, entre otras, de sexo en el art. 14 y lo recuerda de nuevo en el precepto ya citado, la cobertura legal se logra plenamente sin necesidad de dedicar una mención expresa en la Ley estatutaria. La cuestión es sumamente conocida y en

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

sin duda alguna la eliminación de las desigualdades laborales en general y salariales en particular por razón de sexo se han ido circunscribiendo en los últimos años a controversias sobre interpretaciones normativas que denotan la superación de cualquier punto de partida contrario a lo dispuesto constitucionalmente. Es por eso por lo que el problema de la discriminación en su proyección sobre el asunto de la flexibilidad toma un sentido que se aparta de los términos estrictos del art. 28 ET para, por sugerencia de éste, entrar en el atractivo tema de comprobar cómo los Tribunales han delimitado el concepto de discriminación salarial, logrando con ello, posiblemente una vez más sin intención expresa, y esta vez con claridad, implantar un criterio de flexibilidad conforme al cual las empresas pueden remunerar libremente a un concreto trabajador o a un grupo de ellos por encima de los mínimos legales o pactados, recompensando o incentivando así a quien es merecedor, y al margen de conseguir ese objetivo a través de alguno de los complementos salariales que anteriormente se comentaron. En pocas ocasiones como ésta los términos de las resoluciones judiciales resultan tan esclarecedoras, por lo que su transcripción (lógicamente de algunos ejemplos de entre la amplia Jurisprudencia) hace innecesarias otras adiciones, tanto respecto a esa cuestión como respecto al concepto de discriminación en general.

Así, la sentencia de 15 de Junio de 1989 del TS indicó que *"[...] un incremento salarial a los demás trabajadores y no a la actora, ello no constituye por sí sólo una discriminación, salvo que tal medida tuviere por causa alguna de las circunstancias previstas en los arts. 14 de la Constitución y 17.1 ET, lo que no se ha acreditado; de tal modo que el simple hecho de que existan diferencias retributivas entre los trabajadores de la misma categoría, siempre que se respeten los mínimos legales y convencionales, no constituye discriminación"*. Así se pronunció el mismo Tribunal en sentencia de 19 de Febrero de 1986, y el Tribunal Constitucional en las de 9 de Marzo de 1984, 20 de Marzo de 1985 y 15 de Enero de 1986.

Más completa y expresiva es la de 2 de Noviembre de 1987 TCT: *"Ha de significarse que en el ámbito de las relaciones privadas -y la laboral lo es- la situación de desigualdad que no derive de la norma, sino de la voluntad particular que confirma dicha relación, sólo adquiere relevancia jurídica cuando pudiera extraerse del ordenamiento positivo regulador de aquéllas un principio prohibitivo al respecto. Así lo tiene declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencias 59/1982 de 28 de Julio, 34/1984 de 9 de Marzo y 128/1987 de 16 de Julio. En el ordenamiento laboral no existe precepto alguno que fuerce al empresario a otorgar a sus trabajadores un trato absolutamente igual; la vigencia del principio de condición más beneficiosa así lo atestigua. Tal*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

fenómeno, como señala la citada Sentencia 34/1984 de 9 de Marzo, «es el resultado de la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad, que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en el ejercicio de sus poderes de organización en la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los límites legales o convencionales». Claro es que la expuesta libertad empresarial no supone que pueda manifestarse en términos discriminatorios, pues el trato de tal clase se halla proscrito en los arts. 4.2 c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores, los cuales constituyen desarrollo para el área laboral del principio que proclama el art. 14 de la Constitución. Según los indicados preceptos estatutarios, han de reputarse nulas aquellas decisiones empresariales que generen desigualdad discriminatoria, es decir, motivada por alguno de los factores que aquéllas mencionan u otros análogos, en tanto que odiosos por carentes de razonabilidad». Seguidamente añade que "la desigualdad que se denuncia no procede exactamente de la condición femenina de las beneficiarias del complemento litigioso, sino de la voluntad empresarial de respetar al personal de referencia un complemento surgido de una regulación anterior que fue derogada precisamente para garantizar a la mujer un trato igualitario respecto al hombre. Tan es así que dicho complemento sólo lo perciben quienes lo tenían reconocido con anterioridad a dicho cambio normativo, sin que se haya extendido a mujeres trabajadoras ingresadas en la empresa con posterioridad a tal momento. No cabe, por tanto, apreciar la causa discriminatoria que se alega, pues la distinta situación de uno y otro personal dota de razonabilidad a la desigualdad de que se acusa, dado que, como dice la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987 de 16 de Julio, «no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados».

Finalmente, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia han observado la misma línea, y como ejemplo sobre la no discriminación salarial por diferencias que respetan los mínimos obligatorios, ésta de la Sala de Madrid de 20 de Mayo de 1991: "Cuando los mínimos legales son respetados al empresario le es dable otorgar mayor contraprestación salarial a unos trabajadores que a otros, en tanto que con tal conducta no ampare criterios de discriminación y por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional en sentencia de 9 de Marzo

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

de 1984, el mero hecho de existir una diferencia retributiva entre los trabajadores de la misma empresa no acredita la existencia de discriminación, si se han respetado los mínimos legales".

Por otra parte, el principio de igualdad de remuneración plantea las siguientes controversias: 1ª.- Aunque previsto para impedir tratos en perjuicio de la mujer, también puede ser invocado por los varones en relación a las condiciones salariales de las mujeres. Un ejemplo claro lo constituye la sentencia de 30 de Noviembre de 1984 TCT en la que se dice que la empresa demandada abona a las mujeres que prestan su actividad en domingo un plus consistente en un tercio del valor de una hora extraordinaria por cada una de trabajo, complemento que no percibe el personal de sexo masculino lo que revela una discriminación en materia salarial que es contraria a lo dispuesto en los preceptos citados y que no puede resolverse mediante privación del beneficio del personal femenino, sino otorgándose a los varones, para restablecer la situación de igualdad quebrantada, tal como lo entiende la sentencia del tribunal constitucional de 21 de Diciembre de 1982, sin que por otra parte se pueda desvirtuar este criterio, por la afirmación que hace la empresa de que desde antes del año 1979 las mujeres perciben tal complemento y que lo conservan a título de condición más beneficiosa. 2ª.- Si bien resulta sencillo definir la noción de igualdad de remuneración, no lo es el concepto de "trabajo igual" que menciona el art. 28 ET. Puede entenderse como igualdad de tareas, pero cuando esta identidad no existe ha de acudir a la igualdad de valor del trabajo, que indiscutiblemente suele resultar de difícil apreciación porque la organización del trabajo en el ámbito de cada empresa o centro de la misma se encuentra pacíficamente establecido, en lo que a distinción de tareas se refiere, por un conjunto de criterios entre los que figura la condición de varón o de mujer del trabajador que tradicionalmente -jurídicamente por costumbre- ha orientado la asignación de funciones, correspondiendo a las mujeres quehaceres carentes de factores penosos, peligrosos, tóxicos, de empleo de fuerza física, etc., carentes por lo tanto de la atribución de complementos salariales cuyo devengo hacen al fin que la retribución de los varones sea superior al de las mujeres, encubriendo la distribución de funciones una discriminación salarial; y planteado así el problema, este argumento puede ser empleado por las mujeres trabajadoras frente a la empresa invocando los preceptos legales que se están comentando, y ante lo cual el argumento de defensa de la empresa consiste en que el trato salarial diferencial procede y se justifica en razón a la diversidad de tareas o de valor del trabajo, decaería si fácilmente se demostrara que el sexo es el factor predominante en la distinción por grupos de trabajo, que finalmente se proyecta sobre una distinción salarial en perjuicio de la mujer. El problema se encuentra íntimamente relacionado con el poder directivo que asiste a la

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

empresa para organizar el trabajo y asignar las tareas a cada trabajador o grupo de trabajadores, pero el art. 17.1 ET dice que se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios [...] y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminación desfavorable o favorable en materia de retribución y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, etc. Por consiguiente, en evitación de que el derecho empresarial a ejercer las facultades directivas, en especial las referentes a la organización del trabajo y la clasificación profesional, se vea afectado por pretensiones amparadas en las posibles discriminaciones por razón de sexo habrá de procurar que los grupos de trabajo respondan, si están integrados exclusivamente por trabajadores de uno u otro sexo, a motivos objetivables de producción o rendimiento, y en otro caso, a una disparidad al menos parcial de tareas que haría entrar en colisión, a nivel de legislación ordinaria, los arts. 20 y 28 ET, de la que saldría vencedor, por un principio de flexibilidad, el primero si la empresa estima que la producción o el servicio será mejor según lo realice un hombre o una mujer, pues no puede olvidarse que una interpretación rigorista de la Ley suele conducir a conclusiones descoordinadas con la realidad social y ésta ofrece unas variedades por razón de sexo que alcanzan a lo laboral, y los empresarios, sociólogos, publicistas, técnicos en ventas, etc., son conscientes de ello, no siendo la adecuación a esa realidad necesariamente un supuesto de discriminación que, tratándose de ser evitada por la vía de la pura aplicación de las normas prohibitivas de la discriminación, crearía una situación de rigidez de efectos productivos y económicos graves, aunque en todo caso ha de contarse con la dificultad práctica de acreditar que determinadas decisiones empresariales encubran, según el criterio de la parte disidente, tales conductas discriminatorias aparentemente. Una clara delimitación de las facultades de las empresas sobre este punto viene dada por el art. 3.1 y 2 del Convenio número 100 de la O.I.T. de 29 de Junio de 1951, ratificado por España el 26 de Octubre de 1967, sobre igualdad de remuneración: 1.- *"Se deberán adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que ésta entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio"*. 2.- *"Los métodos que se adopten para esta evaluación podrán ser decididos por las autoridades competentes en lo que concierne a la fijación de las tasas de remuneración, o cuando dichas tasas se fijen por contratos colectivos, por las partes contratantes"*.

Sin embargo, una delimitación aún más clara para las empresas sobre este punto viene dada por los criterios que sostiene el Tribunal Constitucional, pues si bien la sentencia 128/1987 antes citada ha representado un cambio fundamental al superar un planteamiento inicial formalista, aunque manteniendo la prohibición de la discriminación directa y evidente en que el sexo es la

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

causa de la diferenciación, los problemas surgen cuando se plantean casos de discriminación oculta o en los que no existe aparentemente desigualdad. Para estos supuestos la jurisprudencia constitucional, iniciada con la sentencia 38/1981 sobre despidos por represalia, impone a la empresa la carga de probar la razonabilidad de la medida que aleje la sospecha de una conducta discriminatoria, en sentido parejo a los indicios que ha de probar la parte actora en los procedimientos sobre violación de la libertad sindical, correspondiendo al demandado la justificación de las medidas adoptadas y su proporcionalidad (art. 178.2 de la Ley de Procedimiento Laboral), y lo mismo en los procedimientos sobre despidos discriminatorios. En esta línea, la sentencia 145/1991 sobre diferencias retributivas entre limpiadoras y peones que realizaban iguales o parecidas tareas, no se limita a estimar la presencia de una discriminación abierta por razón de la propia denominación de las categorías sino que afirma la existencia de aquella en materia salarial no sólo cuando la diferente retribución se asigna a igual o parecido trabajo sino también a trabajos equivalentes en cuya desigual valoración sea determinante el sexo o factores vinculados al mismo, en particular la condición de mujer *"por reflejar infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino"*. En estos casos, el órgano judicial no se debe limitar, según esta jurisprudencia, a justificar la desigualdad salarial en atención a las diferentes categorías profesionales sino examinar si éstas encierran en sí mismas una discriminación, que en el caso comentado se apreció no sólo por diferente denominación sexista sino también porque no se equiparaba en valor el trabajo predominantemente femenino en tareas de limpieza respecto al de los peones en que la participación masculina es mayoritaria. De esta manera se amplía y rigoriza la protección contra la discriminación abarcando tanto la directa como la indirecta; en la primera el trato desigual radica en la condición masculina y, sobre todo, femenina del trabajador/a, mientras en la segunda la práctica empresarial sobre exigencias que más fácilmente cumplen los hombres o las mujeres conduce a un resultado práctico discriminatorio cuya apreciación, como antes se dijo, restringe el poder organizativo de las empresas.

II. LIQUIDACION Y PAGO DEL SALARIO: PRINCIPIOS LEGALES Y ESPECIAL MENCION AL DOCUMENTO DE FINIQUITO.

El art. 29 ET versa sobre la liquidación y pago del salario, destacando en su apartado 1 dos circunstancias cuales son que habrán de realizarse en la fecha y lugar convenido o conforme a los usos y costumbres, y por otra parte, que el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes. Una primera aproximación al precepto no indica sino el carácter

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

sinalagmático del contrato de trabajo al que corresponde una reciprocidad de prestaciones, por lo que la obligación de pago sigue a la efectividad del trabajo prestado.

Respecto al lugar de pago el Estatuto emite algunas prohibiciones en razón a su anacronismo, que es precisamente el que él libera actualmente de trascendencia práctica, pero de hecho subsiste el art. 54 párrafo 3º LCT que impide el pago de salarios en días de descanso o en lugares de recreo, tabernas, cantinas o tiendas, salvo cuando se trate de obreros que trabajen en algunos de esos establecimientos.

En cambio es más relevante el factor temporal en el pago de los salarios. El art. 21.1 ET, así como el art. 7 del Decreto 2380/1973, establece el límite de un mes para el abono de las retribuciones periódicas y regulares. Las unidades de tiempo más habituales han sido la semana, la quincena y el mes, y sobre cualquiera de ellas se han venido contraponiendo los defensores de los períodos cortos frente a los defensores del período mensual, argumentando los primeros que las percepciones en períodos cortos y frecuentes satisfacen mejor la necesidad de subsistencia del trabajador y le previene de posibles dificultades económicas del empresario para satisfacerle el trabajo ya realizado, en tanto que los segundos argumentan que el período mensual facilita a las empresas el cálculo de los costos salariales, la gestión del pago, la coordinación con los ingresos de cuotas a la Seguridad Social, etc., imponiéndose con generalidad este segundo criterio tanto por la razón expuesta como por la preferencia de los trabajadores recogida en los convenios colectivos, por lo que sobre este punto no es preciso aportar sugerencia alguna de carácter flexibilizador.

Una situación que suele dar lugar a numerosas controversias que han de ser resueltas en vía judicial es la suscripción de un documento de finiquito en el que las partes acuerdan, además de la extinción contractual por la causa que corresponda, la cuantía de la liquidación salarial en aquella fecha, esto es, los salarios devengados, la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias, etc., todo ello bajo unos términos transaccionales por los que el trabajador declara hallarse conforme con el contenido económico y extrasalarial del documento y manifiesta renunciar a cuantas acciones pudieran derivarse del contrato de trabajo. Por lo tanto, el documento posee una gran transcendencia, y la jurisprudencia lo ha venido admitiendo como plenamente válido siempre y cuando no contenga renuncia a derechos ya adquiridos o en trance de adquisición por el trabajador reconocidos por disposiciones de derecho necesario o declarados indisponibles por convenio colectivo (art. 3.5 ET). Sin vulnerar este principio de irrenunciabilidad, lo ideal sería

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

que los órganos judiciales no extremaran la función tuitiva de ese precepto y lo circunscribieran a sus justos términos de tal manera que otorgaran eficacia liberatoria al documento en favor de la empresa resguardándola de reclamaciones sorprendentes posteriores a la transacción acordada, es decir, convirtiendo en excepción la irrelevancia del finiquito y desterrando la idea de que éste sea un documento que firma el trabajador bajo presiones veladas e ignorante de su transcendencia, ya que las diferentes fuentes de información que sobre sus derechos percibe el trabajador constituye una especie de asesoramiento en la actualidad que le aleja de un desamparo total que en otro tiempo pudo significar el proteccionismo de la legislación y de los órganos judiciales del Orden Social. La línea que estos últimos mantienen no es uniforme sino, muy al contrario, variable esencialmente por la peculiares circunstancias fácticas concurrentes en cada caso, por lo cual se hace difícil apreciar un criterio unánime; una tendencia en el sentido apuntado constituiría una contribución a la flexibilidad laboral.

Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de Julio de 1991 declaró: "[...] y de las que en la prueba han quedado reflejadas, se evidencia que el trabajador con reiterativa constancia desoyó las órdenes de la empresa para que se reintegrase a las funciones que hasta entonces había venido realizando, y que una vez recibida la carta de despido firmó el finiquito cuestionado cuya voluntariedad extintiva no da lugar a dudas. No se puede alegar la acomodativa situación de ignorancia respecto a lo que se firma, cuando el texto del documento cuestionado se prodigó en detalles y en este sentido repetitivo y reiterativo acerca de que lo que se firmaba era la extinción total de una relación mantenida en la que al momento de la signatura del documento había precedido un despido, al que también se hace mención. Sin mayores argumentaciones ha de concluirse que el supuesto enjuiciado es uno de los previstos en el art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores lo que induce a la estimación del recurso con la consiguiente revocación de la sentencia al estimar que la relación laboral que entre las partes medió se extinguió a la firma del finiquito examinado".

El documento comentado no debe concebirse como una ineficaz, por indebida, renuncia de derechos del trabajador sino como mecanismo extintivo de las obligaciones empresariales por pago o cumplimiento de las mismas (art. 1156 del Código Civil)⁽⁵⁾. En dicho momento concurren,

(5) J.M. MARÍN CORREA: "Finiquito y saldo de cuentas: criterios jurisprudenciales". Actualidad Laboral, tomo XLVIII Diciembre 1991, pág. 576.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

por una parte, las obligaciones pretéritas de la empresa ya incorporadas al patrimonio del trabajador, y por otra parte, las posteriores o futuras que nacerán después de extinguido el contrato; ya se cuida el art. 3.5 ET de la indisponibilidad por los trabajadores de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, antes o después de su adquisición, y en consecuencia el finiquito no liberará en todo aquello que represente una renuncia, pero sí en cambio de las obligaciones ya nacidas que quedarán así extinguidas, siendo el documento suscrito prueba del pago efectuado. Y prueba también de que los derechos controvertidos admiten una transacción materializada en el finiquito lo avala el art. 244 de la Ley de Procedimiento Laboral al prohibir la transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador, lo que indica que con anterioridad al pronunciamiento judicial se puede llegar a un acuerdo o pacto plenamente eficaz si no existen vicios en la voluntad de las partes, y habiéndose admitido así por sentencias, entre otras, de 13 de Julio de 1989 del TS y 14 de Febrero de 1989 TCT, se destierra el alcance absoluto que una interpretación extremadamente literal pueda dar al art. 3.5 ET.

El sentido que haya de otorgarse a los términos que componen la redacción del finiquito es idéntica que la de los contratos y documentos. La sentencia de 7 de Enero de 1991 del tribunal Superior de Justicia de Madrid estableció que *"la indagación de la voluntad de quienes firman un recibo de saldo y finiquito, como en cualquier otro negocio jurídico, no se agota en la literalidad de sus términos, si éstos resultaren opuestos a la intención evidente de los pactantes, que ha de ser prevalente, según la regla contenida en el art. 1281 del Código Civil, invocada en el propio recurso, sin que la generalidad con que se hubieran expresado al contratar produzca la extensión de lo pactado a supuestos distintos a los propuestos, según el art. 1283 del propio Código"*. La de 7 de Enero de 1991 también de aquella Sala manifestó: *"para que a los denominados recibos de finiquito se les pueda conceder valor liberatorio pleno, comprensivo por tanto de todas las obligaciones derivadas de la relación laboral, es preciso que ello se deduzca con evidente claridad de los términos en que así se expresa, o en su caso, que de su texto se infiera sin lugar a dudas que tal fue la voluntad firme y decidida de las partes, cuya intención (art. 1282 del Código Civil), podrá inquirirse de su actuación, tanto coetánea y posterior al contrato a que alude la precepto citado, como anterior a la firma del documento a interpretar y de donde deducir la realidad efectivamente querida"*.

Cuando los Convenios Colectivos, cualquiera que fuera su eficacia, han impuesto alguna

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

formalidad o intervención en la confección del documento, su incumplimiento ha motivado la declaración judicial de ineficacia, siendo muestra las sentencias de 7 y 21 de Octubre de 1986 y 4 de Octubre de 1988 TCT.

El art. 3 de la Ley 2/1991 de 7 de Enero sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación se refiere a los documentos de liquidación y finiquito⁽⁶⁾. En primer lugar, se prevé la presencia de un representante de los trabajadores, que también podrá ser un representante sindical, o no estar presente ni uno ni otro por el carácter potestativo de dicha presencia, a la que podrá renunciar el trabajador ya que la Ley dice que será una "*posibilidad*" y no un derecho imperativo o irrenunciable, sin que deba exigirse razón alguna para justificar dicha renuncia. Si por el contrario la empresa impidiera la presencia del representante, el trabajador podrá hacerlo constar a los efectos oportunos, situación ésta difícil en la práctica porque se compagina mal la libertad para hacer constar esa circunstancia con el impedimento a la citada presencia, pudiendo en cambio ser más frecuente que la ausencia de aquella apostilla denote, junto a la ausencia del representante, una cierta dosis de vicio en la voluntad del trabajador. En cualquier caso, si queda clara la voluntad de las partes, tanto de poner fin al contrato mediante un finiquito de extinción como de resolver una controversia monetaria mediante un finiquito liquidación o en ambos casos a la vez, la ausencia de formalidades no priva de eficacia al documento.

Finalmente, el finiquito sobre liquidación de cantidades salariales no puede afectar a los derechos económicos nacidos al amparo de una norma, generalmente pactada, cuyos efectos se retrotraigan a un momento anterior a la extinción contractual porque versa sobre trabajos realizados durante la vigencia temporal de aquella norma; así lo ha entendido la Jurisprudencia al amparo del ya citado art. 3.5 ET, pero no puede aplicarse esta doctrina al finiquito-extinción⁽⁷⁾.

Para terminar, cabe resaltar la siguiente sentencia por ser reciente y casi anecdótica: "*Ha de reconocerse pleno valor liberatorio al recibo del finiquito que no se opone más tacha que la de estar firmado por un menor, pues cuando éste fue autorizado por su padre, representante legal, a realizar el trabajo firmando el contrato, dicho menor, por imperio de lo dispuesto en el art. 7*

(6) J.M. MARÍN CORREA: "Finiquito y saldo...". Obra citada, pág. 579.

(7) J.M. MARÍN CORREA: "Finiquito y saldo...". Obra citada, pág. 581.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

b) ET quedó autorizado también para su cesación. La sentencia que así lo entiende no infringe el art. 3.5 del nombrado Estatuto". (Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de Mayo de 1991).

12. ANTICIPOS SALARIALES.

El párrafo 2 del art. 29.1 ET establece que *"el trabajador y, con su autorización, sus representantes legales tendrán derecho a percibir, sin que llegue el día señalado para el pago, anticipos a cuenta del trabajo ya realizado"*. La demostración de la necesidad urgente que, conforme al art. 57 LCT, el trabajador debía acreditar con el fin de obtener el anticipo salarial queda eliminado por el texto estatutario, por lo que el límite al ejercicio de ese derecho, y en evitación de que los pactos y costumbres sobre fechas y periodicidad del pago de los salarios queden en peligro de ser fulminados por la vía de los anticipos caprichosa y constantemente reclamados, viene dado por el principio de la buena fe que menciona el art. 7.1 del Código Civil cuyo apartado 2 prohíbe el abuso del derecho en el sentido de ejercicio del mismo sobrepasando manifiestamente los límites normales, que en el caso de los anticipos se producirá cuando su petición no responda a una necesidad real sino a la mera comodidad del trabajador o a su censurable intención de alterar la normal gestión salarial del empleador. Por consiguiente, el legítimo ejercicio del derecho ha de ir acompañado de esa exigencia de necesidad que en todo caso debe probar el trabajador, debiendo entenderse como límite cuantitativo -que ni el Estatuto y la Ley de 1944 indican- el del propio trabajo ya realizado y si conforme al párrafo 1º del precepto el período máximo de abono no puede exceder de un mes, siempre será inferior a la retribución correspondiente a dicho período.

El Convenio número 117 de la O.I.T. relativo a normas y objetivos básicos de la política social, ratificado por España mediante Instrumento de 19 de Febrero de 1973, se encuentra desarrollado por el Decreto 3084/1974 de 11 de Octubre y se refiere no a los anticipos del trabajo ya realizado (que cita el precepto último comentado del ET) sino a los anticipos por trabajo futuro, posibilidad que omite por completo aquel texto legal. Pueden distinguirse al efecto dos supuestos: el anticipo-estímulo y el préstamo con garantía de salario. La primera figura se encuentra regulada por el Decreto mencionado de 1974 (que desarrolló concretamente el art. 12 del Convenio citado) con el objetivo de inducir al trabajador a aceptar un empleo, lo que claramente pone de manifiesto que en cuanto normativa destinada al fomento de colocaciones no posee virtualidad en momentos

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

de recesión económica y desempleo, que entre otras medidas, puede ser paliado a través de una política de flexibilidad. No obstante ello, su vigencia es pacífica y del mismo destaca, en primer lugar, que el anticipo no podrá exceder del salario base de la categoría correspondiente a tres meses y, en segundo lugar, el reembolso se hará mediante deducciones mensuales cuya cuantía no podrá ser superior a la sexta parte del salario base de ese período, siendo legalmente irrecuperable y no compensable con cantidades que se adeuden al trabajador todo anticipo que exceda de las reglas precedentes. Como se ha dicho antes, la eficacia práctica en la actualidad de esta regulación es escasa, pero no por ello deja de mostrar un notable nivel de limitación para alcanzar pactos que difieran de las previsiones normativas, justificable por el carácter excepcional de la figura y la tendencia a la consolidación de la equivalencia entre salario y período trabajado.

La segunda figura, préstamos con garantía de salarios, carece de regulación aun a pesar del mandato de Convenio 117 O.I.T. Esta laguna permite tanto pactar a las partes las condiciones del préstamo como la fijación unilateral por el empresario, en su calidad de prestamista, de dichas condiciones máxime teniendo presente que en principio, y a salvo lo que se disponga por contrato individual o convenio colectivo, no se encuentra obligado a la concesión del préstamo, debiendo en todo caso velar por establecer previamente las consecuencias de las contingencias más habituales, entre las que destaca el reintegro una vez extinguida la relación laboral, con la consiguiente pérdida de la garantía procedente de los salarios, cuestión ésta que los Tribunales, en las escasas ocasiones que han tenido oportunidad de pronunciarse sobre ello, han entendido que la extinción contractual conlleva la devolución del resto de lo adeudado, y habrá que entender que en este caso la empresa contará con el derecho, a modo de garantía, a compensar la deuda con todo o parte de la liquidación salarial al momento de la finalización del contrato de trabajo, pudiendo hacerse extensivo a las cantidades que no teniendo aún la consideración legal de salario (art. 26.2 ET) encuentran, al igual que el préstamo concedido por la empresa, su fundamento en la relación laboral, con lo que se reforzarían las garantías en favor de aquélla y se evitarían posibles extinciones buscadas por el prestatario para eludir su obligación de devolución íntegra.

Nuevamente la LCT ofrece dos preceptos que se mantienen subsistentes sobre pago de salarios en período distinto al que como regla general establece el art. 29.1 ET: los arts. 28 y 56. El primero entiende la obligación divisible cuando se tratase de prestar un número de días de trabajo o de ejecución de obras, por unidad, piezas, o por medidas u otras modalidades susceptibles de cumplimiento parcial, en cuyo caso el trabajador podrá exigir que se le reciba por

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

partes y se le abone en proporción al trabajo ejecutado, con lo que la LCT se aparta de los dispuesto en el párrafo 2º del art. 1151 del Código Civil: *"Las obligaciones de hacer serán indivisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial"*. Resulta indudable el carácter proteccionista de la norma laboral, pero no por ello le priva de una inspiración de igualdad de prestaciones que le aleja de la consideración como norma rígida. Lo mismo cabe decir respecto al art. 56 LCT: *"Cuando el trabajo se preste por unidad de obra, por tarea o por precio alzado, y no fuere posible liquidar semanalmente la labor ejecutada, se abonará al obrero el jornal ordinario en su oficio y categoría correspondiente a los días que hubiese trabajado, sin perjuicio de lo que resultare a su favor en la liquidación definitiva de la obra, siempre que trabaje en el local del empresario"*.

13. EL SALARIO A COMISIÓN.

Una cuestión importante, el salario a comisión, lo regula sucintamente, al igual que otros aspectos salariales, el ET en el art. 29.2. Se pueden distinguir tres aspectos fundamentales: 1º.- Su naturaleza y régimen legal. 2º.- El Abono. 3º.- El examen de libros de la empresa para el adecuado control de lo devengado por el trabajador.

Respecto al primer punto, el art. 29.2 ET establece que *"el derecho al salario a comisión nacerá en el momento de realizarse y pagarse el negocio, la colocación o venta en que hubiera intervenido el trabajador [...]"*. La mera lectura del precepto indica que el salario a comisión es un salario a resultado o por rendimiento, por lo que con el mismo no se retribuye una actividad sino el resultado de esa actividad y por ello el derecho al percibo del salario requiere que la intermediación del trabajador culmine con la aceptación del empresario, momento a partir de cual se produce la efectiva realización del negocio, y así lo ha sostenido el TS, a lo que se une también el requisito de que el negocio o venta se pague por el cliente al empresario-comitente, momento en el que éste obtiene el beneficio por la colaboración del comisionista al que se retribuirá mediante la aplicación del porcentaje convenido, a salvo los supuestos en que el contrato indique lo contrario o cosa diferente para los supuestos de impago parcial del cliente. Esta última posibilidad enlaza con lo dispuesto por el párrafo 2º del art. 42 LCT, subsistente en la actualidad, en el sentido de que el derecho a la comisión nacerá, al igual que lo hace el ET, en el momento de realizarse y de pagarse el negocio, la colocación o la venta, salvo que haya otro acuerdo sobre

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

el particular, que en todo caso vendría a beneficiar al trabajador porque introduciría excepciones al devengo dependiente de la consumación del negocio, esto es, aceptación del empresario y pago del cliente.

Lo que no hace el art. 29.2 ET es resolver el supuesto de que el negocio concertado por el trabajador quedara frustrado por culpa probada del empresario. El art. 42 LCT en su párrafo 3º, que por tal omisión del Estatuto, ha de considerarse vigente, establece que en ese caso el trabajador podrá mantener su derecho a la comisión como si el negocio se hubiera efectuado, sin perjuicio del mejor derecho de un tercero. Habrá que entender atribuida la carga de la prueba sobre la culpa del empresario al trabajador, pues así se deriva de una elemental interpretación literal del precepto -*"por culpa probada"*- toda vez que si se hubiera querido cargar sobre el empresario, siguiendo el principio general sobre carga de la prueba en materia salarial, la prueba sobre la carencia de culpa o sobre la influencia de causas ajenas a su actuar, la redacción hubiera sido lógicamente distinta. En apoyo de la responsabilidad empresarial en el supuesto mencionado, la doctrina (Alonso Olea⁽⁸⁾ y Camps Ruiz⁽⁹⁾) alude al art. 30 ET que contempla la imposibilidad del trabajador de prestar sus servicios por retraso de la empresa o causas imputables a ésta, situación en la que aquél conserva el derecho a percibir el salario, a pesar de que el asunto ahora comentado recae sobre un trabajo ya realizado que deviene ineficaz por culpa de la empresa. Regulado así el problema y a la vista de la solución doctrinal, ésta resulta ciertamente asistida de un inspiración civilista (art. 1258 del Código Civil sobre la buena fe en los contratos) lejana a todo proteccionismo para con el trabajador. En este sentido, la Jurisprudencia ha dado muestras de flexibilidad, y así la Sentencia del TS de 12 de Diciembre de 1983 indicó que no puede *"[...] concluirse como se pretende que todo pedido no atendido es un negocio deshecho por culpa del empresario"*, ya que puede obedecer a múltiples causas, como la solvencia del cliente y obstáculos de mercado o producción.

El segundo punto relevante hace referencia al abono de las comisiones. El art. 29.2 ET establece que se liquidarán y pagarán, salvo que se hubiese pactado otra cosa, al finalizar el año, previsión idéntica a la que contenía el primer inciso del art. 43 LCT, y que en nada se coordina

(8) M. ALONSO OLEA: "Derecho del Trabajo". 6ª ed., Madrid 1980, pág. 235.

(9) L. CAMPS RUIZ: "El Estatuto de los Trabajadores y la normativa anterior sobre relaciones laborales". Madrid 1980. Pág. 85.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

con lo que dispone el art. 8.3 del Real Decreto 1438/1985 que regula la relación laboral especial que clásicamente se retribuye mediante comisiones (las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas); en efecto, ese último indica que la liquidación y pago de las comisiones se hará en el plazo de un mes, que podrá ampliarse hasta tres mediante pacto expreso. La contradicción no es preciso que se resuelva conforme al principio de jerarquía normativa ya que en la práctica opera el uso del pacto establecedor de períodos de liquidación y pago inferiores al año, y si ese pacto no existiera, el trabajador podría solicitar anticipos al amparo del párrafo 2º del art. 29.1 ET. Resulta evidente que el margen de libertad negocial sobre este punto es amplio.

Para el supuesto no regulado legalmente, de que el deudor de la mercancía o servicio proporcionado por la empresa para la que trabaja el comisionista demore parte del pago o exista acuerdo sobre el fraccionamiento de la totalidad del importe (supuesto en el que no concurría el doble requisito de realizarse y pagarse el negocio), la Jurisprudencia ha entendido que se produciría un pago fraccionado de la comisión acorde y cronológicamente parejo con las fases de pago de la operación mercantil. Por el contrario ha entendido (por ejemplo, Sentencia del 31 de Enero de 1979 del TS) que si el pago se efectúa, como es habitual, mediante varias letras de cambio, puede reclamarse la totalidad de la comisión por ser esa forma de pago un acuerdo en interés mutuo del empresario y el cliente que no ha de afectar al trabajador, teniendo presente en este sentido que las letras de cambio, aunque en principio difieren el cobro, otorgan garantías y permiten su negociación anticipada con un tercero.

El tercer punto destacable es el referente al examen de libros, necesario en ciertos casos para la clarificación del montante económico de las operaciones de intermediación y, por lo tanto, para la cuantificación de las comisiones. Nuevamente el ET adolece de parquedad al limitarse a afirmar que *"el trabajador y sus representantes legales pueden pedir en cualquier momento comunicaciones de la parte de los libros referentes a tales devengos"*. Es la LCT en el art. 43 la que especifica que el trabajador puede servirse de un perito contable para el examen de los libros, cuyos honorarios (y aquí aquel texto legal vuelve a mantener un gran nivel de equilibrio entre las partes) estarán a su cargo o al del empresario, según a quien pertenezca la condición de parte temeraria en lo contencioso; no siéndolo ninguna, los citados honorarios estarán a cargo del trabajador. La posible negativa del empresario a dar comunicación de los libros al trabajador o al perito se contempla como susceptible de ejercitar una acción en reclamación de ello (párrafo 2º

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

art. 43 LCT), lo que daría lugar a un procedimiento fácilmente evitable por la vía del aquietamiento de la empresa, habida cuenta que el art. 77 de la Ley de Procedimiento Laboral admite el examen de libros y cuentas o la consulta de cualquier documento imprescindible para fundamentar una demanda, siendo admisible el asesoramiento de un experto cuyos gastos y honorarios correrán a cargo de quien solicite sus servicios; añade aquel precepto procesal que el examen se llevará a efecto sin que la documentación salga del poder de su titular. En consecuencia, las exigencias impuestas a la empresa que hipotéticamente resulte deudora de las comisiones no exceden del lógico nivel de colaboración propio de la naturaleza de semejante deuda salarial.

Con mayor especificación, el Real Decreto 1438/1985 exige en el art. 8.2 que las empresas den a conocer a los trabajadores el importe de las mercancías o servicios que se hayan proporcionado directamente a los clientes (si se hubiera pactado que sobre las mismas también se devengan comisiones), disponiendo el apartado 4 de igual precepto que la empresa en todo caso deberá entregar a los trabajadores recibo de pago sellado y firmado en que aparezcan detalladas las operaciones y las cuantías de las comisiones. El cumplimiento de estas exigencias, propias de la sociedad o empresario individual que gestiona los contratos en los que ha intervenido el trabajador como intermediario, evitará problemáticos exámenes de libros y cuentas cuyo resultado puede ser controvertido y cuya determinación a efectos de lo que puede o no interesar examinar al trabajador también suele serlo.

En todo caso, la carencia de una dación periódica u ordenada de información sobre las operaciones mercantiles concertadas por el trabajador generará, por una parte, el derecho de examen de documentación en favor del trabajador, y por otra parte, no perjudicará al hecho de que tanto esa facultad legal como la peculiaridad del devengo salarial (sujeto a la acreditación de la concertación de los negocios, el importe de los mismos pagados por los clientes y la liquidación correspondiente de las comisiones), que no tiene su origen en una actividad sino en un resultado que es la culminación de unos actos sucesivos iniciados por el trabajador en un momento en que la parte empleadora aún no ha intervenido (la totalidad de los actos previos a la noticia y aceptación del negocio concertado), conduce a que no pueda exigirse a la empresa la carga de probar el pago puntual de las comisiones si es el trabajador quien muestra su disconformidad con la cuantía abonada por tal concepto; la sentencia de 7 de Diciembre de 1991 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco manifestó: "*[...] ha de tenerse presente que aquel*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

*principio general sobre la carga de la prueba es aplicable respecto a todos los conceptos salariales de cuantía determinada y periodicidad fija o variable cuyo devengo es ajeno a las vicisitudes cuantitativas o cualitativas de la prestación laboral y encuadrables en conceptos que son objeto de control por la empresa, pero no puede predicarse lo mismo respecto a otros derechos económicos de los trabajadores, siendo un ejemplo claro de ello el pago de las horas extraordinarias que dependerá, conforme a reiteradísima jurisprudencia, de la prueba pormenorizada que de cada hora así trabajada debe realizar la parte actora en el procedimiento instado al efecto. En el caso, resulta claro que a la empresa incumbe la carga de probar el pago puntual de la cantidad fija mensual que habrá de abonar al trabajador con independencia de las ventas que éste realizara como intermediario. Sin embargo, el percibo de las comisiones se encuentra sujeto al acreditamiento de las operaciones de venta realizadas por el trabajador en cuyo poder obrarán los medios que reflejen tales operaciones, su cuantía, fecha, etc., y ello constituye una prueba a cargo de quien sostiene la realidad de esas ventas y sus características económicas y cronológicas. La abundante prueba documental aportada por el demandante, además de versar sobre acontecimientos y circunstancias ocurridas fuera del período al que se refiere la demanda, en absoluto refleja las operaciones mercantiles en que el demandante pueda apoyarse para solicitar el percibo de comisiones [...].**

14. EL INTERÉS POR MORA EN EL PAGO DE SALARIOS.

El art. 29.3 ET establece: *"el interés por mora en el pago del salario será el 10 por 100 de lo adeudado"*. Contrasta tanto el contenido como la brevedad de este precepto con su antecedente histórico inmediato, el art 75.3 LCT que atribuye a la discrecionalidad del Magistrado la fijación del interés atendiendo a la cuantía de la deuda, las cargas familiares del trabajador y las causas que hubieran motivado el retraso, estableciéndose el límite para cada año del importe de la mitad de los salarios dejados de percibir. A pesar de que la promulgación de la Ley 8/1980 fue coincidente con la suavización inicial del proteccionismo legal y de la intervención del Estado en las relaciones laborales, lo que trajo consigo un incremento de las materias asignadas a la resolución judicial (acorde con el principio constitucional a la tutela judicial) sobre el punto que ahora se comenta la evolución fue la contraria, al igual que sobre la fijación de las indemnizaciones en los procesos por despido. Por consiguiente se implanta un sistema de automaticidad que elimina la ponderación por el juzgador, a diferencia de lo que disponía la LCT, de las causas que hubieran motivado el retraso, imponiéndose actualmente el interés por mora con

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

independencia de las causas hipotéticamente minoradoras del incumplimiento empresarial del pago puntual.

La escueta redacción del precepto estatutario planteó inicialmente la duda de si, no obstante establecer con claridad el principal sobre el que se aplica el interés -"lo adeudado"- y el porcentaje aplicable -"será el 10 por 100"-, se trata de un recargo independiente a la duración de la demora o se trata de un interés que debe aplicarse en función del tiempo transcurrido desde que el deudor se constituyó en mora, radicando la duda en la falta de referencia expresa al factor temporal. En principio, el TCT se pronunció en la sentencia de 7 de Agosto de 1980 favorable a la primera tesis, cambiando poco tiempo después de criterio e inclinándose por la segunda a partir de la sentencia de 28 de Julio de 1981 que vino a dar la razón a la doctrina por motivos de interpretación gramatical, histórica y sistemática, así como por el hecho de que *"la finalidad perseguida por el legislador es garantizar el pronto pago de la deudas salariales, y si bien ese propósito queda satisfecho con la solución del interés temporal, que estimula el pago para evitar el incremento de la deuda, el simple recargo que se devenga desde el primer momento del retraso y que no se altera en su cuantía cualquiera que sea el tiempo en que se cumpla, convierte al deudor moroso en el primer interesado en dilatar al máximo el incumplimiento de lo debido"*.

La opción de los Tribunales en favor de esa segunda alternativa representa un mayor proteccionismo y una solución desfavorable para los defensores de la flexibilidad que ya con la actual redacción del art. 29.3 ET ven una pérdida notable en comparación con la legislación anterior. Más claramente que la sentencia de 28 de Julio de 1981, lo afirman las dos siguientes: *"Tal porcentaje indemnizatorio en que consiste el interés por mora no es recargo a tanto alzado e independiente del tiempo del retraso, sino que es, como expresamente dice el precepto, un interés, y por tanto según resulta de su propia significación gramatical y de su naturaleza un rédito, renta, beneficio o ganancia que está determinada mediante una doble cualificación: su proporcionalidad y su temporalidad no expresada en el artículo, pero implícitamente contenida en él, que ha de ser concretada conforme a lo que establece el art. 1108 del Código Civil, en base a lo que expresa el art. 4.3º de este mismo cuerpo legal, y por ello se ha de entender que el interés indicado se refiere a periodos anuales"* (Sent. de 19 de Enero de 1982 de la Sala de Conflictos del TCT). Y esta otra: *"la interpretación correcta del precepto que analizamos consiste en que en el mismo no se establece un simple recargo o incremento a tanto alzado, sino un interés, es decir, un rédito o porcentaje que se determina por una doble cualificación: su cuantía*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

y proporcionalidad en cuanto al tiempo" (Sent. de 26 de Octubre de 1983 TCT).

Así mismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes a la hora de hacer extensivo el art. 29.3 ET a las cantidades que conforme al art. 26.2 del mismo cuerpo legal no tienen la consideración de salarios sino simplemente percepciones económicas por razón del contrato de trabajo.

Por el contrario, la aplicación de los intereses por mora cuenta con el límite de tener que recaer sobre cantidades líquidas o cuantitativamente determinadas, de tal manera que la controversia sobre ese punto excluye el cumplimiento impuntual, y lo mismo ha de decirse para el caso de que la reclamación de una cantidad líquida sea reducida mediante la resolución judicial, aunque en este supuesto algunas resoluciones han aplicado el interés sobre la parte estimada.

En todo caso, la imposición de los intereses al deudor debe ser solicitada por la parte interesada en virtud del principio de rogación que informa el proceso laboral, no pudiendo ser apreciado de oficio. Son ejemplos de esta línea jurisprudencial las siguientes reseñas de sentencias del TCT: No cabe aplicar el recargo por mora sobre liquidación en cuanto no consta en autos que en el conjunto de tal liquidación concurren los supuestos de los arts. 1100 y 1010 del Código Civil (10 de Marzo de 1983); no puede accederse a lo solicitado en concepto de recargo por mora, al amparo del art. 29.3 ET pues este Tribunal ha venido reiteradamente declarando que el recargo por mora sólo será procedente cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico o incontrovertido, es decir, que se trata de una cantidad exigible, vendida y líquida (2 de Septiembre y 26 de Octubre de 1983); siendo la cuantía de 10% anual sobre el importe de las deudas salariales a partir del momento en que tales deudas fuesen exigibles, y en su consecuencia cuando el período adeudado fuese inferior como sucede en el presente caso, la mora debería fijarse de acuerdo con el referido interés del 10% en proporción al tiempo adeudado (10 de Diciembre de 1984).

15. EL APARTADO 4 DEL ART. 29 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

Finalmente el art. 29.4 ET se refiere al pago de los salarios y prestaciones de Seguridad Social con pago delegado, que podrá hacerse a través de entidades de crédito; ello no da derecho a permiso de los trabajadores para hacerlos efectivos (Sents. de 8 de Marzo y 3 y 9 de Abril de

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

1984 TCT) salvo que condiciones especiales imposibiliten el cobro.

16. EFECTOS SALARIALES DE LA IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN LABORAL Y FACULTADES EMPRESARIALES PARA EL EMPLEO DE LA MANO DE OBRA EN ESE SUPUESTO.

El art. 30 ET establece: *"Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo".*

Una primera impresión que produciría la lectura del precepto sería la falta de igualdad o equivalencia de prestaciones entre las partes a causa de la subsistencia de la obligación de pagar el salario al trabajador aun cuando éste no prestara sus servicios por motivos que lógicamente habría que entender no serían de puro capricho del empresario, interesado en el normal funcionamiento de la actividad y en la obtención de un beneficio. Sin embargo, no puede exigirse en la relación laboral una reciprocidad propia de un contrato civil porque una de las partes, la empresa, en cuanto organizadora del negocio asume un riesgo -el riesgo industrial- que no es parejo al del trabajador, toda vez que persigue un beneficio económico en cuya obtención concurren un conjunto de riesgos entre los que figura la imposibilidad temporal de realizar la actividad sin que por ello desaparezca el deber de atención a los diferentes elementos ordenados para la producción, siendo la mano de obra el factor humano colaborador de esa actividad, a la que ha de continuar remunerando por no asumir la misma riesgo alguno semejante al del empresario y por buscar el contrato de trabajo unos fines distintos a los de aquél, principalmente un medio de subsistencia. En consecuencia, sobre este punto el Ordenamiento no hace sino recoger una realidad económica y sociológica. Partiendo de ella y no tratando de alterarla, es por donde pueden buscarse y proponerse medidas flexibilizadoras.

En efecto, el tenor literal del art. 30 ET es claro respecto a la obligación empresarial de pagar el salario aunque temporalmente no puedan prestarse los servicios, tanto si esta imposibilidad tiene su origen en un comportamiento de la empresa (esto es, por causas imputables a la misma) como si responde a causas objetivas siempre que sobre ellas haya de proveer la empresa, quedando por ello muy restringido el ámbito de cesación de la obligación salarial de la

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

empresa, que más adelante se mencionará. Producida la situación de cese temporal de la producción, encuadrable en el precepto comentado, la empresa cuenta con las siguientes facultades compensadoras o minoradoras de su obligación legal: 1ª.- Tiene derecho a que el trabajador permanezca en el centro de trabajo con el fin de que la reanudación de la actividad sea inmediata a la desaparición de la causa generadora de la interrupción. No lo dice así expresamente el art. 30 ET, pero se deduce del derecho empresarial a exigir la prestación del trabajo durante todo el horario de la jornada, máxime cuando la retribución salarial no desaparece por las causas tantas veces reseñadas. 2ª.- El párrafo 3º del art. 47 LCT preveía que *"si el trabajador ganara en otros empleos, durante el impedimento proveniente de causas imputables a la empresa, cualquier otro emolumento, se descontará éste de las obligaciones del empresario"*. La desaparición de esta norma del texto estatutario ha inclinado a algunos autores (por ejemplo, Rodríguez Sañudo en *"Comentarios a las Leyes Laborales"*, pág. 194, que recoge la opinión en igual sentido de López Gandía en *"El Estatuto de los Trabajadores"*, de Albiol y otros) a entender que actualmente no puede realizarse esa hipotética compensación por silenciarlo el art. 30; en cambio, consideran subsistente el art. 47 párrafo 3º LCT por calificarlo de compatible con aquél, otros autores como Martínez Emperador⁽¹⁰⁾ y Rodríguez Santos⁽¹¹⁾, aludiendo en este caso a la analogía con el art. 56.1 b) ET. En todo caso la segunda posibilidad, más acorde con un criterio flexibilizador, sería difícil en la práctica por lo extraño que resultaría que el trabajador, facultado por la empresa para abandonar su puesto y trabajar para otra empresa, encontrara otra colocación de duración tan breve como es la que contempla el art. 30 ET, por lo que la discusión deviene en gran medida a pura teoría. 3ª.- La facultad empresarial de asignar al trabajador a otro puesto durante el período en que resulte imposible la prestación en su puesto habitual. Si el puesto provisionalmente asignado es de igual categoría que el habitual, no habrá impedimento alguno para que la empresa haga uso de sus facultades organizativas. Si por el contrario, el puesto al que se le destina fuera de superior o inferior categoría, el trabajador no podría oponerse a ello sino limitarse a reclamar los derechos económicos que contempla el art. 23 ET, supuesto en todo caso el carácter limitado en el tiempo y por las excepcionales circunstancias concurrentes para el caso de asignarle labores de inferior categoría. En cualquier caso la solución que adopte la empresa no cuenta con la prohibición del art. 30 ET ya que éste impide compensar el tiempo no trabajado con el realizado en otro tiempo, pero no el trabajo que pueda encomendarse durante el tiempo de imposibilidad de prestación del

(10) R. MARTINEZ EMPERADOR: *"Comentarios a las leyes laborales"*. Obra citada, pág. 34.

(11) B. RODRIGUEZ SANTOS: *"Comentarios al Estatuto de los Trabajadores"*. 3ª Edición 1985, pág. 420.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

trabajo habitual.

Por otra parte, tanto si el salario se paga por unidad de obra o por tarea como si se abonan algunos complementos por rendimiento o calidad de trabajo, el cálculo (que resulta dificultoso a diferencia de la retribución por tiempo) será equitativamente sobre el supuesto de las que en tiempo perdido hubiera podido realizar el trabajador, conforme prevé el art. 47 párrafo 2º LCT que subsiste por la omisión que al respecto ofrece el Estatuto.

El art. 30 ET se refiere a impedimentos imputables a la empresa y, como antes se adelantó, las posibilidades de exención del deber de pagar los salarios se circunscriben a la situación de fuerza mayor, que tácitamente queda excluida del precepto. Esta situación ha de ser muy limitada en el tiempo toda vez que si es temporal en sentido ordinario, da lugar a la suspensión del contrato (art. 45.1 i) ET) y si imposibilita definitivamente la prestación del trabajo, es causa de extinción contractual (art. 49.8 ET). El concepto, que no lo definen las leyes laborales, no es otro que el descrito por el art. 1105 del Código Civil: *"[...] nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables"*, aunque en parecidos términos se expresaba el art. 76.6 LCT. La doctrina del TCT delimitó el concepto, siendo ejemplo la sentencia de 12 de Febrero de 1987: *"[...] la fuerza mayor requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) que se trate de un acontecimiento imprevisible; b) que sea irresistible o inevitable, empleando la diligencia debida a las necesidades de precaución que racionalmente pudieran adoptarse; c) que ese acontecimiento no sea provocado por la conducta del deudor; d) que impida el cumplimiento, en todo o en parte, de la obligación y provenga de causa extraña a la relación obligacional misma, y e) que se dé una relación de causa a efecto entre el acontecimiento que revista esas características y el cumplimiento de la obligación, total o parcial, temporal o definitiva"*.

17. LAS GRATIFICACIONES EXTRAORDINARIAS.

El art. 31 ET referente a las gratificaciones extraordinarias se caracteriza nuevamente por la carencia de regulación de algunas cuestiones y por la introducción de la negociación como vía para la solución de algunos aspectos de dicha materia. Respecto a lo primero, no fija una cuantía mínima innegociable, por lo que ha de atenderse al inciso final del art. 29 de la Ley 16/1976 de 8 de Abril de Relaciones Laborales, subsistente por ello, que las fijaba en al menos 21 días de

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

salario sin más especificación. Así mismo, si el trabajador se hubiera incorporado a la empresa durante el transcurso del año, tendrá derecho a la parte alícuota por el período trabajado, conforme prevé el art. 46 LCT en relación con el artículo precedente, a lo que cabe añadir, respecto a la liquidación de haberes por finalización o extinción del contrato, que la parte proporcional de pagas extraordinarias generada no lo es, conforme a una loable línea jurisprudencial, en atención a todo el montante que por tal concepto hubiera percibido en el año sino lo que hubiera cobrado en el semestre correspondiente en razón a que son dos dichas pagas cada año y, por inercia de la fecha en la que se percibía la de Julio, normalmente se retribuye con una cada semestre. Por el contrario, el art. 6.4 del Real Decreto 1424/1985 (relación laboral especial de empleados de hogar) impone el pago al final de cada semestre y en cuantía mínima de 15 días salario, y el art. 12 b) del Real Decreto 1368/1985 (relación laboral especial de minusválidos que trabajen en centros especiales de empleo) fija el mínimo en 30 días de salario base incrementado con el complemento de antigüedad.

Respecto a la fecha de percibo, el Estatuto delega en la negociación la fijación de la paga extraordinaria que no se cobra en Navidad, y lo mismo hace sobre la cuantía que, por encima o respetando el mínimo antes indicado, puede ser en atención al salario base o éste incrementado en todos o algunos complementos devengados en un concreto período precedente también acordado, o durante un período más dilatado igualmente negociado.

Una línea de criterio de dudosa pervivencia actual (Sents. de 6 de Junio de 1979 del TS y 11 de Junio y 15 de Diciembre de 1980 TCT) sostenía que la liquidación de las pagas extraordinarias en caso de despido había de hacerse conforme a la fecha de despido y no cuando el Juzgado dicte auto en el incidente de ejecución de sentencia, y en caso de conciliación en esta fecha; hay que dudar de su vigencia porque en ambos casos con posterioridad el trabajador devengaría los salarios de tramitación que no son salarios en sentido estricto, porque no corresponde a un trabajo efectivo, sino a la compensación por los perjuicios del despido en relación al tiempo que dure la tramitación del pleito.

El segundo párrafo del art. 31 ET admite que se prorrateen en las doce mensualidades las gratificaciones extraordinarias si así se acuerda en convenio colectivo. Al respecto debe tenerse presente que el contrato que fije la remuneración mensual por todos los conceptos no exime a la empresa de pagar las gratificaciones extraordinarias por ser éstas de vencimiento superior al mes

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

(Sent. de 30 de Abril de 1983 TCT), salvo que así se hubiera acordado expresamente.

18. CRITERIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES.

Para finalizar estos comentarios sobre la flexibilidad salarial, van a exponerse las soluciones que la Jurisprudencia ha dado a dos cuestiones no resueltas directamente por la legislación vigente cuales son la retribución de las vacaciones y los descuentos salariales procedentes en caso de huelga, y podrá comprobarse claramente el grado de rigor, las imposiciones y las tolerancias que se atribuyen y se permiten a las empresas.

Sobre la retribución de las vacaciones, la sentencia de 23 de Noviembre de 1988 TCT, siguiendo el criterio marcado por las del mismo Tribunal de 26 de Octubre y 17 de Noviembre de 1987 y 29 de Febrero de 1988, manifestó que *"todos los conceptos salariales han de ser computados para satisfacer las vacaciones, con la sola excepción de aquellos de carácter extraordinario, establecidos para compensar actividades también extraordinarias, cual es el caso del exceso de jornada, que únicamente se retribuye como tal cuando realmente se trabaja, por lo que no viene a constituir una retribución normal y su pago no puede repercutir en la remuneración de las vacaciones; en definitiva, y salvo el denominado plus por horas extraordinarias, los restantes componentes del salario, en su promedio, han de ser computados al efecto, y también las primas o incentivos a la producción que como complemento salarial por calidad o cantidad de trabajo, constituyen una parte de la retribución, según dispone el art. 5 c) Decreto de 17 de Agosto de 1973, sobre ordenación del salario, y en atención a la definición genérica que contiene el art. 26 ET. A esa conclusión se llega, a falta de pacto o norma sectorial concreta, aplicando el art. 7 del Convenio nº 132 O.I.T. de 24 de Junio de 1970, ratificado por España el 16 de Febrero de 1972 y publicado en el B.O.E. el 5 de Julio de 1974, que garantiza a toda persona que tome vacaciones de conformidad con el propio Convenio a percibir, por el período entero de su disfrute, por lo menos su remuneración normal o media, incluida la parte abonada en especie, y contra unos preceptos tan claros y precisos no pueden prevalecer acuerdos adoptados por la empresa [...] aunque fueran aceptados por el jurado de empresa, pues a ello se opone el art. 3 ET, en cuanto establece el orden jerárquico de las fuentes de la relación laboral [...]".*

Con mayor detalle sobre la exclusión de determinados componentes salariales de la paga

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

de vacaciones se pronuncia la sentencia de 23 de Diciembre de 1991 del TS: *"Argumenta el recurrente, en síntesis, que la regulación que contiene el Convenio nº 132 de la O.I.T., en lo que se refiere a la composición de la paga correspondiente a las vacaciones anuales, ha de ceder ante previsión específica al respecto hecha en el convenio colectivo aplicable, por lo cual, al excluirse en el que rige la condiciones de trabajo del colectivo afectado el conjunto de los pluses litigiosos, se habrá de estar a tal específica previsión, pues así lo impone el citado Tratado, conforme resulta de su artículo primero. Añade que los usos y costumbres locales son también fuente del Derecho de Trabajo, pues así lo proclama el artículo 3.1 d) del Estatuto de los Trabajadores, y que los seguidos por la empresa han sido excluyentes de tal cómputo, lo que también debe conducir al mantenimiento de dicha situación".* Continúa más adelante: *"El derecho a las vacaciones periódicas retribuidas, que figura incluso consagrado por nuestra Ley Suprema (art. 40.2), viene establecido, en el plano de la legislación ordinaria, en el art. 38 del Estatuto de los Trabajadores. La composición de la paga correspondiente al citado período de vacaciones no aparece explícito, sin embargo, en los citados preceptos, que sólo ordenan el carácter retribuido de dichas vacaciones. El Convenio nº 132 de la O.I.T., que por su ratificación por España y posterior publicación en el Boletín Oficial del Estado, forma parte de nuestro derecho interno (art. 96 de la Constitución y art. 1.5 del Código Civil), cubre la expuesta laguna, ya que su art. 7.1 establece como garantía al respecto que la percepción correspondiente al período de vacaciones comprenderá, por lo menos, la remuneración normal o media. Ciertamente que en el mismo artículo se precisa, en armonía con lo que dispone su art. 1, que el cálculo procedente para la operatividad de dicha garantía será efectuado en cada país en la forma que determine la autoridad competente o el organismo apropiado, lo cual permite entender, por la mención que hace a los convenios colectivos el citado art. 1, que dicha determinación también puede ser hecha por norma de origen paccionado. No es preciso sentar por ahora conclusión sobre si resultaría o no válida condición al respecto fijada en convenio colectivo que mermara la garantía expuesta; la fuerza vinculante que corresponde a los convenios colectivos, según el art. 37.1 de la Constitución, ha de ser entendida desde el plano de la función garantizadora que atribuye a su ley reguladora el mismo precepto constitucional. Y no es preciso fijar criterio sobre la cuestión expuesta porque el convenio colectivo aplicable, en la regulación que contiene sobre vacaciones anuales (art. 21), se limita a fijar su duración (veintiséis días laborales), a marcar criterio de proporcionalidad para trabajadores con antigüedad inferior a un año y a determinar que su disfrute ha de realizarse dentro del año natural, sin que, de otros artículos del convenio aparezca explícito la exclusión de los pluses litigiosos para el cálculo de la retribución de las citadas vacaciones anuales.*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

Es evidente que carece de consistencia la alegación que hace la parte recurrente a los usos en la empresa, pues el posible incumplimiento en que hubiera incurrido al abonar a sus trabajadores las vacaciones anuales, en modo alguno podría erigirse en fuente del Derecho ya que no lo son las costumbres «contra legem», siendo de resaltar, además, por lo que al área laboral se refiere, que el invocado art. 3 del Estatuto de los Trabajadores, bien que en el apartado quinto que dicha parte silencia, prohíbe a los trabajadores disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tuvieran reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario.

La garantía que consagra el art. 7 del Convenio nº 132 de la O.I.T. hace referencia a remuneración normal o media, lo cual permite deducir de aquellos componentes salariales cuya instauración responde a la finalidad de retribuir actividades extraordinarias, ajenas, por tanto, a las que se desarrollan en la jornada normal de trabajo, no quedan amparados por dicha garantía".

Añade posteriormente: "El primero de los indicados pluses, el de disponibilidad, compensa el compromiso que asume el trabajador, en determinados días y horas prefijadas, de estar localizable en todo momento, fuera de la jornada normal, a fin de incorporarse al trabajo para reparar averías u otras necesidades del servicio. Tal plus es independiente de las horas que como extraordinarias se realicen, las cuales también habrán de ser abonadas por la empresa. Compensa por tanto la limitación de la movilidad que supone la inclusión en el retén. El plus de guarda es un sistema de localización análogo, pues afecta a días y horas prefijadas, a fin también de reincorporarse al trabajo para reparación de averías u otras necesidades del servicio, diferenciándose del primero en que la actividad que, en su caso, hubiera de desplegarse queda compensada con dicho plus, pues no es compatible con el abono de horas extraordinarias que se realizaran.

Ambos pluses, por tanto, aunque ofrezcan las indicadas diferencias, compensan circunstancias extraordinarias, ajenas a las que se producen dentro de la jornada normal de trabajo, lo que excluye queden comprendidas en la garantía que consagra el art. 7 del Convenio nº 132 de la O.I.T., dado el alcance que corresponde al mismo, según antes quedó precisado. Se trata en suma, en el primer caso, de una compensación añadida a la que corresponde a la realización de horas extraordinarias y, en el segundo, una sustitución de la compensación propia de las mismas".

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

Finaliza diciendo: *"Ante ello y de conformidad con lo prevenido por el art. 212 c) del TALPL ha de resolver la Sala lo que corresponda, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, lo que en este caso, conduce, sin necesidad de razonamientos distintos a los ya dichos, a declarar que no son compatibles, a efecto de retribución de las vacaciones anuales del personal afectado, los pluses de disponibilidad y de guardia"*.

En lo referente a la fecha de pago, se entiende que es el de comienzo de disfrute de las vacaciones, conforme dispone el art. 35.2 LCT (por ejemplo, la sentencia de 11 de Enero de 1989 TCT así lo indica).

19. CRITERIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS DESCUENTOS SALARIALES EN CASO DE HUELGA.

La segunda cuestión, como anteriormente se indicó, versa sobre los descuentos salariales en caso de huelga. Los criterios al respecto son muy uniformes y el tratamiento que ha recibido el problema puede sintetizarse a la vista de las sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de Abril y 9 de Octubre de 1991 y las del TCT de 4 de Noviembre de 1982, 29 de Septiembre de 1983, 27 de Abril y 11 de Mayo de 1988 y 25 de Enero de 1989, cuya reseña se sintetiza en los siguientes puntos:

1º.- La suspensión del contrato de trabajo debida a la huelga no puede producir otros efectos que los específicamente señalados en el art. 6 del Real Decreto Ley de 4 de Marzo de 1977, entre los que no figura la reducción del período vacacional, y es evidente que tampoco es lícito reducir cantidad alguna como consecuencia de la participación de los trabajadores en huelga legal.

2º.- La falta de prestación del trabajo durante todos o alguno de los días laborales de la semana, en que se va generando el derecho a la retribución del descanso semanal, lleva consigo la pérdida proporcional del salario que corresponde a ese día, al de descanso y al día festivo si lo hubiere en el período que comprenda la huelga, pues a tal conclusión se llega partiendo del art. 44.2 del Real Decreto 2001/1983 de 28 de Julio, en cuanto que la ausencia no justificada de horas de trabajo implica la pérdida proporcional de la retribución correspondiente al descanso semanal.

3º.- Las fiestas anuales son según el art. 45 del Real Decreto 2001/1983 de 28 de Julio inhábiles a efectos laborales, retribuidas y no recuperables, en aquellos supuestos en que no coincidan en domingo, es decir, no se trata propiamente de descansos para cuya retribución sea

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

necesario un determinado tiempo de trabajo previo, sino de días en que hay dispensa de trabajar y son retribuidos. El extinguido TCT declaró reiteradamente, cuya doctrina hizo suya la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que los días festivos a que se refiere el art. 37.2 ET no responden a la necesidad de los trabajadores de descansar; la esencia de estas fiestas radica en la oportunidad de celebrar determinadas fechas con la solemnidad adecuada, para lo que se estima necesario eximir a los trabajadores del deber de prestar servicios que, en otro caso, habrían de rendir necesariamente, por lo que la huelga legal no puede alcanzar con sus efectos a la retribución de tales días festivos.

4º.- Una cosa es que el sábado se compute como día de huelga para todo el personal y otro que su retribución se vea disminuida proporcionalmente cuando, en virtud del calendario establecido en convenio colectivo, no sea obligatorio trabajar el sábado, porque este día no pierde su carácter laborable aunque por pacto no haya obligación de trabajar más que los primeros cinco días de la semana.

5º.- Incide la huelga sobre el plus de asistencia y puntualidad que conforme al art. 5 c) del Decreto de 17 de Agosto de 1973 se trata de un complemento salarial y por eso ha de estar influenciado por la huelga en los términos previstos en el art. 6.2 del Real Decreto Ley de 4 de Marzo de 1977, perdiendo los trabajadores el plus de asistencia que corresponde al día de huelga, y lo mismo cabe decir del plus de estímulo a la producción.

6º.- Las pagas extraordinarias se satisfacen en proporción al tiempo efectivo de trabajo, lo que representa que los mismo se devengán día a día, aunque se perciben en fechas concretas; en las situaciones de huelga no se contempla una interrupción temporal en la que el contrato continúa produciendo plenos efectos, aunque el trabajador queda dispensado de trabajar, sino que en este caso el contrato queda suspendido en virtud de lo dispuesto en el art. 45 ET y deja de producir efectos para ambas partes y por ello la naturaleza jurídica de una y otra situación es diferente. La reducción en la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias convenidas por efecto de la huelga debe efectuarse en la nómina correspondiente a dichas pagas.

20. MECANISMOS TEÓRICOS DE FLEXIBILIDAD SALARIAL.

Hasta el momento se ha expuesto el grado de flexibilidad-rigidez de la normativa legal estatutaria y extraestatutaria en materia salarial y los criterios jurisprudenciales más destacados relacionados con este asunto. Seguidamente, y para finalizar este capítulo, se van a indicar las opciones teóricas que son susceptibles de ser empleadas con el fin de obtener una contribución a

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

la superación de los problemas económicos a través de la flexibilidad salarial. Las vías utilizadas por los distintos países varían en función de la evolución histórica y los principios que tradicionalmente han informado sus instituciones socio-económicas y sus ordenamientos jurídicos, aunque en todo caso constituye una nota común el que las medidas de flexibilidad salarial tienden a reducir los costes salariales de las empresas o al menos a frenar la evolución ascendente de las retribuciones salariales en momentos de recesión económica. Se ha puesto de manifiesto la necesidad de poner en relación el nivel de los salarios con la marcha económica de las empresas, a través de tres medios principales⁽¹²⁾.

La primera forma es la participación en los beneficios, esto es, la modificación al alza de los salarios en función de los beneficios obtenidos por la empresa. Si los salarios se modifican al margen de los beneficios, las oscilaciones de la demanda en el mercado incidirá sobre el nivel de empleo causando pérdidas de puestos de trabajo, con las que la empresa abaratará costes con el fin de mantener el nivel salarial de los empleos que se mantengan. Por el contrario, la sensibilidad salarial ante la evolución de los beneficios hará que la reducción de éstos, al proyectarse sobre los salarios, no genere una disminución en el empleo. Este modelo participativo ha recibido alabanzas por los éxitos que ha tenido esta forma de flexibilidad salarial en Japón durante los períodos de recesión económica, y ha sido observado también en Estados Unidos, es decir, en los dos países con ordenamientos laborales más flexibles.

Se ha criticado este sistema porque hace recaer básicamente sobre los trabajadores el peso de la crisis, dejando en manos de las empresas los criterios de adecuación salarial, e impidiendo además la materialización del tradicional objetivo de los Gobiernos de redistribuir la renta. Así mismo, el retardo en los ajustes precisos que han de acompañar al proceso de recuperación económica constituye una fuente potencial y real de conflictividad laboral.

El segundo mecanismo destacable es la política de concertación social en el que, a diferencia del sistema anterior de participación en beneficios, los sindicatos toman una mayor participación, materializándose acuerdos en los que están presentes las medidas de moderación salarial y, como contrapartida por la pérdida de poder adquisitivo subsiguiente a dicha moderación,

(12) S.M. RUESGA BENITO: "Fondos de inversión de los trabajadores en España". Relaciones Laborales, tomo I (1990), pág. 1219 y ss.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

se pactan otras medidas que mejoran distintos ámbitos de las relaciones laborales al margen del aspecto salarial. De esta manera se pactan mejoras presentes o futuras en compensación al freno salarial, que no se delegan en las empresas como ocurría en el caso anterior. Habitualmente esa compensación se concreta, en razón a la intervención de los sindicatos y el Gobierno en estos pactos, en la creación de empleo.

En todo caso los acuerdos precisan ser suscritos por sindicatos que ostenten la suficiente representatividad para ejecutar los mismos en el momento de elaborar los convenios colectivos en el ámbito al que afecte el acuerdo, nacional o sectorial. Por este motivo, la concertación social como mecanismo de flexibilidad salarial no es fácil llevarla a cabo en los países en los que el protagonismo de los sindicatos y la negociación colectiva es escaso, y en cambio es un instrumento utilizable en los países que, como España, ese protagonismo posee un reflejo constitucional y una efectividad indiscutible. Por ello, el sistema de participación en beneficios antes descrito es propio de sistemas más liberales en los que la negociación se encuentra descentralizada.

En España se suscribieron acuerdos de concertación social durante el período de la transición política iniciado en la segunda mitad de la década de los 70, en un momento en el que, lejos aún de que aparecieran como evidentes las necesarias medidas de flexibilidad laboral que pocos años después comenzó a tomar el Gobierno de la nación especialmente en desarrollo del Estatuto de los Trabajadores y en materia de contratación temporal, era preciso sin embargo ya en aquellos años suplir un conjunto de carencias propias de la nueva andadura: falta de consolidación de los sindicatos, imperfección de la novedosa negociación colectiva, ausencia de una debida regulación legal de las relaciones laborales que iban a tomar un rumbo distinto en la entonces proyectada Constitución, y la presencia de notables problemas económicos que si en aquel momento no produjo la conmoción esperada por los economistas fue porque el país y su Gobierno estaba empeñado en problemas políticos. En esta situación el Real Decreto-Ley 43/1977 de 25 de Noviembre sobre política salarial y de empleo hacía referencia expresa en la exposición de motivos a los Pactos de la Moncloa de 25 de Octubre del mismo año; un año después se promulgó el Real Decreto 49/1978 de 26 de Diciembre sobre política de rentas y empleo. Reflejo también de la situación descrita fue el Acuerdo Básico Interconfederal (A.B.I.) suscrito por la U.G.T. y la C.E.O.E. el 10 de Julio de 1979; también lo fue el Acuerdo Marco Interconfederal (A.M.I.) para la negociación colectiva suscrito también entre la U.G.T. y la C.E.O.E. el 5 de Enero de 1980 y la revisión del A.M.I. el 3 de Febrero de 1981. En efecto, el A.B.I. hablaba de la situación

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO II: FLEXIBILIDAD SALARIAL

política y socioeconómica del país y de la debilidad inherente a las diversas instituciones del Estado afectado por el proceso de cambio político, así como de la conveniencia de que las distintas fuerzas sociales, en defensa siempre de sus respectivos intereses, ajustaran mediante acuerdos sus posibles coincidencias para plantear seguidamente las modificaciones necesarias del sistema en el que deben desenvolverse las relaciones laborales. Pocos meses después se suscribió el Acuerdo Nacional sobre el Empleo (9 de Junio de 1981) por el Gobierno, la patronal C.E.O.E. y los sindicatos U.G.T. y CC.OO. Finalmente, el 9 de Octubre de 1984 se suscribió el Acuerdo Económico y Social entre el Gobierno, las patronales C.E.O.E. y C.E.P.Y.M.E. y el sindicato U.G.T. No obstante la variedad de materias abordadas por este conjunto de acuerdos y los objetivos que más directamente perseguían, fueron muestra de un intento de moderación salarial a lograr mediante la concertación social, lo que constituyó una serie de orientaciones de flexibilidad salarial aunque los negociadores de los acuerdos no le atribuyeran esta denominación.

El tercer sistema son los fondos de inversión de los trabajadores. En este caso la moderación o reducción en el incremento salarial se destina íntegramente a la inversión. Representa un principio de solidaridad entre los trabajadores puesto que las empresas con beneficios no destinan éstos por completo a las mejoras salariales sino al objetivo citado, con lo que se hace recaer sobre las empresas con beneficios la carga de dar viabilidad a este sistema, al tiempo que sus trabajadores ven mermar sus incrementos salariales en favor de los trabajadores pertenecientes a empresas sin beneficios; de esta manera se logra también una redistribución indirecta de la renta. Las ventajas, por consiguiente, son claras, pero la puesta en práctica del sistema es complejo, sus efectos no son inmediatos salvo excepción (complementos de pensiones) y el apoyo de los sindicatos y empresas ha sido escaso.

CAPÍTULO III

FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.	115
2. TRABAJO EN COMUN Y CONTRATO DE GRUPO.	115
3. TRABAJO A DOMICILIO.	118
4. CONTRATACION E INGRESO EN EL TRABAJO.	121
5. DIRECCION Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL.	125
5. 1 Confrontación entre poder de dirección y derechos de los trabajadores.	126
5. 2 Tratamiento jurisprudencial del ejercicio de las facultades disciplinarias del empresario.	128
5. 3 Vigilancia y control ejercida por el empresario respecto a las obligaciones laborales del trabajador y su inasistencia por enfermedad o accidente.	132
5. 4 Conclusiones.	134
6. PROTECCION EN EL TRABAJO.	135
7. TRABAJOS DE SUPERIOR E INFERIOR CATEGORIA.	139
7. 1 La realización de trabajos de superior categoría durante el período preciso para poder reclamar la consolidación de tal categoría.	140
7. 2 La imposibilidad de adquirir una categoría superior por impedimento legal o convencional.	141
7. 3 La realización de trabajos de categoría inferior.	144
8. MOVILIDAD FUNCIONAL.	145
8. 1 El grupo profesional.	146
8. 2 Los derechos profesionales.	148
8. 3 Los derechos económicos.	148
8. 4 Naturaleza jurídica del art. 39 ET.	149
8. 5 La contratación individual y la movilidad funcional.	150
8. 6 Efectos prácticos más relevantes de la movilidad funcional.	152
8. 7 Conclusiones.	153
9. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA.	154
9. 1 Los traslados. Concepto.	155
9. 2 La autorización administrativa del traslado.	157
9. 3 Consecuencias del traslado.	159
9. 4 Los desplazamiento. Concepto.	161
9. 5 Naturaleza de los desplazamientos.	162
9. 6 Consecuencias de la orden de desplazamiento.	162
9. 7 La movilidad geográfica por iniciativa del trabajador.	164
9. 8 La movilidad geográfica disciplinaria.	166
9. 9 Movilidad geográfica impuesta por Ley a la empresa.	166
9.10 Cambio de centro de trabajo sin cambio de residencia.	168
9.11 Cambio de puesto dentro del mismo centro.	168
9.12 Conclusiones.	168

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

10.	MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.	170
10. 1	Condiciones modificables según su origen.	171
10. 2	Concepto de modificaciones sustanciales.	174
10. 3	Regulación legal, colectiva e individual.	176
10. 4	Modificaciones colectivas e individuales.	177
10. 5	Aceptación de la modificación.	178
10. 6	Consecuencias de la modificación.	179
10. 7	La intervención de la autoridad laboral en el expediente del art. 41 ET.	182
10. 8	Conclusiones.	183
11.	LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA. EL TRATAMIENTO LABORAL DE LAS CONTRATAS.	184
11. 1	Ámbito subjetivo de responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios.	185
11. 2	Pluralidad de contratas.	186
11. 3	Un factor decisivo: el concepto de " <i>propia actividad</i> ".	187
11. 4	Contenido de la responsabilidad del art. 42 ET.	190
11. 5	Delimitación temporal de la responsabilidad.	194
11. 6	Otros efectos del art. 42 ET.	195
12.	LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.	196
12. 1	Concepto general.	196
12. 2	Los inconvenientes de su admisión.	197
12. 3	Argumentos en favor de su admisibilidad.	199
12. 4	Criterios para una posible regulación de las empresas de trabajo temporal	201
12. 5	Situación actual de las empresas de trabajo temporal	203
13.	LOS GRUPOS DE EMPRESAS.	203
13. 1	Su vinculación con la idea de la flexibilidad.	205
13. 2	Formas de manifestación de los grupos de empresas.	205
13. 3	Criterios de la Jurisprudencia a efectos de apreciar una única empresa a efectos laborales.	206
13. 4	Responsabilidad de los grupos de empresas.	208
14.	LA SUCESIÓN EMPRESARIAL.	211
14. 1	El objeto de la transmisión.	212
14. 2	Formas de transmisión. Especial referencia a las sociedades anónimas laborales.	214
14. 3	Alcance de la subrogación.	223
15.	LA HUELGA Y EL CIERRE PATRONAL.	225
15. 1	Introducción	225
15. 2	La huelga: contenido y aspectos formales	225
15. 3	Efectos de la huelga	227
15. 4	Servicios mínimos en huelga	228
15. 5	La huelga ilegal	230
15. 6	El cierre patronal	231
15. 7	Regulación legal del cierre patronal	232
15. 8	Huelga intermitente y cierre patronal	233
15. 9	Sanciones frente al cierre patronal	234

1. INTRODUCCIÓN.

Posiblemente el aspecto técnico-organizativo de las relaciones laborales es el que permite la apreciación de la existencia actual y la implantación *"ex novo"* de medidas de flexibilidad de carácter más directo en cuanto instrumentos utilizables por los empresarios de manera unilateral, esto es, sin necesidad de someterse a una negociación previa con los trabajadores afectados, con el fin de obtener un mejor rendimiento disponiendo de la mano de obra que posea en cada momento conforme a las variaciones que vayan produciéndose en la dinámica de la actividad empresarial. Toda medida flexibilizadora pudiera acomodarse teóricamente en el incremento de las facultades directivas de la empresa, lo que a nivel de legislación ordinaria se traduciría en un desarrollo del art. 20 ET cuyo alcance dependería de la fuerza o eficacia cuantitativa que pretendiera otorgarse a tales medidas; al llegar a la flexibilidad que da nombre a este capítulo, el contenido de aquel precepto ha de tenerse presente más que en cualquier otro pasaje de un estudio sobre la flexibilidad laboral porque es cuando se manifiesta con mayor plenitud. Junto a ello, y aparte las cuestiones de menos relevancia, se destacará lo referente a la realización de trabajos de superior o inferior categoría, la movilidad geográfica y funcional, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la sucesión empresarial, la responsabilidad de los grupos de empresas y los efectos de la huelga y el cierre patronal, intercalado entre comentarios sobre otras figuras que también tienen importancia y cabida en este tipo de flexibilidad.

2. TRABAJO EN COMUN Y CONTRATO DE GRUPO.

Dentro de las modalidades del contrato de trabajo (Sección Cuarta, Capítulo Primero, Título Primero del ET) se regulan de manera sucinta un conjunto de contratos cuyo denominador común son sus concretas peculiaridades, no relacionadas con su duración, destacando en primer lugar por orden de presencia en aquel texto legal los llamados contratos en común y de grupo.

El art. 10.1 ET establece que *"si el empresario diera un trabajo en común a un grupo de sus trabajadores, conservará, respecto de cada uno individualmente, su derechos y deberes"*. Son dos los requisitos que han de concurrir: la asignación por el empresario de un trabajo que por poseer una identificación que le separa del proceso productivo ordinario se atribuye a un grupo concreto de trabajadores, y en segundo lugar, esos últimos son trabajadores que ya venían

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

prestando servicios para la empresa. En estos casos el grupo se constituye, en cuanto al número e identidad de sus miembros, por voluntad exclusiva de la empresa si entiende que la adscripción así hecha es adecuada para la mejor ejecución del trabajo, sin perder por ello frente a cada uno su posición como empresario.

La redacción actual reseñada, idéntica a la del párrafo 1º del art. 17 LCT, no va seguida de lo que disponía el párrafo 2º de ese precepto, que por aplicación de la Disposición Final Cuarta ET puede considerarse vigente. Prevé el mismo que *"si el empresario designara un jefe a este grupo, todos ellos estarán sometidos al mismo a los efectos del orden y la seguridad del trabajo, pero el jefe no será considerado como representante de los trabajadores, salvo acuerdo en contrario"*. No resultaría controvertido admitir que la designación de un jefe de grupo es potestad de la empresa tanto respecto al hecho en sí mismo como respecto a la identidad del Jefe (que en todo caso ha de ser un miembro del grupo, no un tercero), aunque lógicamente ha de pensarse que no podría haber en el grupo trabajadores de superior categoría a la de aquél; así mismo, la función atribuida *ex lege* al jefe sería la de emitir las indicaciones sobre la organización y la seguridad del trabajo en su calidad de delegado del empresario o superior inmediato de los trabajadores del grupo, labor ésta que explica la discrecionalidad con que cuenta la empresa al posibilitar la designación de la persona que estime de su confianza, máxime cuando el grupo se constituya para realizar una labor fuera del centro de trabajo y durante tiempo superior a una jornada. Queda así delimitada la función del jefe, que no se extiende (salvo acuerdo en contrario que posiblemente mereciera, de haberlo, algún tipo de contraprestación si no se pidiera voluntariamente) a la representación (naturalmente, no la colectiva que regulan los arts. 61 y ss. ET) entendida como aglutinador de los componentes del grupo ante la empresa en sus respectivas relaciones laborales, sobre las que en principio no se produce interferencia alguna del jefe, en clara cohesión, y para su reforzamiento, del último inciso del art. 10.1 ET (*"[...] conservará, respecto a cada uno individualmente, sus derechos y deberes."*); en el caso de que existiera acuerdo en contrario, la función representativa del jefe del grupo estaría integrada por las expresamente asignadas, y a tal efecto el art. 19 LCT prevé que cobre y reparta el salario, salvo que expresamente no se le hubiera autorizado para ello, y aunque previsto para el contrato de grupo, es aplicable al jefe del conjunto en el trabajo en común.

El apartado 2 del art. 10 ET se refiere al contrato de grupo: *"Si el empresario hubiese celebrado un contrato con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad, no tendrá frente*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

a cada uno de sus miembros los derechos y deberes que como tal le competen. El jefe del grupo ostentará la representación de los que lo integren, respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación".

Los Tribunales se han manifestado (por ejemplo, en la sentencia de 21 de Febrero de 1984 TCT) en el sentido de que el precepto requiere que se trate de un sólo vínculo jurídico establecido en un sólo contrato verbal o escrito, concertado entre el empresario y el grupo de trabajadores o varias personas que con tal condición contratan como si fuese uno sólo, de tal forma que por esta consideración los miembros componentes del grupo pierden su calidad jurídico laboral como individuos independientes porque frente a la contraparte se conexionan con un todo indiviso integrador de la parte que ostenta la condición laboral.

Esta última circunstancia es lo que hace discutible si la presencia del jefe de grupo es indispensable. Al igual que lo dicho respecto al trabajo en común (art. 10.1 ET), el jefe de grupo ha de ser uno de los trabajadores, pero nunca un tercero. Sin embargo, a diferencia de aquella otra modalidad de contrato, el jefe no es designado por la empresa sino que, conforme al párrafo 1º del art. 19 LCT (vigente por aplicación de la Disposición Final Cuarta ET), será elegido o reconocido por el grupo, con la posibilidad, nuevamente coincidente con el trabajo en común, de cobrar y repartir el salario, salvo que no esté autorizado para ello, respondiendo en todo caso de las obligaciones inherentes a dicha representación, en coherencia con la carencia de la individualidad que en las relaciones contractuales pierde la empresa y cada componente del grupo para sustituirla por una relación empresa-grupo, que realmente le separa de la modalidad del trabajo en grupo.

Precisamente por esto último, la empresa no selecciona a un grupo de sus trabajadores sino que contrata a una pluralidad considerada en su totalidad, lo que no impide que esa contratación sea sobre personas específicas y determinadas, de tal manera que, conforme al párrafo 2º del art. 18 LCT, cuando un trabajador deje el grupo, éste deberá sustituirle por otro, proponiendo inmediatamente el designado a la aceptación del empresario y si el grupo no lo hiciese, el empresario podrá proponer el sustituto al jefe del grupo, debiéndose entender que todo rechazo del empresario o la falta de unanimidad en la designación del sustituto dará derecho al empresario a resolver el contrato con el grupo en su integridad, pues en caso contrario se le impondría contra su voluntad un componente no deseado que indiscutiblemente participaría en las labores

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

encomendadas por aquél. De esta manera la empresa conserva al menos la facultad de que los integrantes del grupo sean trabajadores que merezcan confianza, compensando parcialmente la ausencia de las facultades que pudiera ejercer ante cada trabajador del grupo, que el actual texto estatutario impone sin la posible introducción de un pacto en contrario, que el último inciso del art. 18 párrafo 1º LCT admita.

Finalmente, el art. 10.3 ET dispone que *"si el trabajador, conforme a lo pactado por escrito, asociare a su trabajo un auxiliar o ayudante, el empresario de aquél lo será también de éste"*. En principio resulta lógico admitir que si el auxiliar o ayudante participa en las actividades laborales de un trabajador, el empresario lo sea tanto de éste como de aquél. No obstante, el efecto final sería la incorporación del ayudante como trabajador de la empresa durante el tiempo que durara dicha colaboración, lo que sin duda daría lugar a numerosas controversias derivadas de la continuidad o, por el contrario, finalización de tales tareas de ayuda. A ello se añade el hecho de tener que admitir como trabajador a quien ha sido asociado por el trabajador ayudado, sin el correspondiente control selectivo de la empresa. Por consiguiente, el mantenimiento sobre este punto de las facultades directivas de la empresa vendrá dado por lo pactado al respecto, según prevé el precepto citado, siendo recomendable para la empresa que disponga en cada caso lo preciso para evitar por esta vía la presencia de trabajadores no deseados, prestando por propia iniciativa la ayuda de personal que los trabajadores precisen. La dejación de esa diligencia y las situaciones de hecho consentidas han dado lugar a que los Tribunales consideren aplicable el art. 10.3 ET en favor del personal que con estabilidad haya ayudado o auxiliado a un trabajador de una empresa.

3. TRABAJO A DOMICILIO.

El art. 13.1 ET define el contrato de trabajo a domicilio como *"aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario"*.

Constituye una modalidad contractual que puede resultar atractiva para ambas partes por cuanto el trabajador queda libre de la vigilancia del empresario practicada de manera directa o convencional y puede organizar el ritmo de trabajo y el horario a su conveniencia, en tanto que el empresario verá abaratados los costos de trabajo de aquél, por lo que su concertación, propia

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

normalmente de sectores muy concretos, es un importante factor para el incremento de la producción, y los ingresos salariales de los trabajadores que prestan sus servicios de esta manera.

Dos circunstancias principales caracterizan a estos contratos: 1º) La actividad laboral se realiza en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste. Por el contrario, no se considera trabajo a domicilio el que se realice en el domicilio de un patrono o bajo su vigilancia o la de sus representantes ni tampoco el que se realice en habitaciones del domicilio del trabajador que se comuniquen directa o indirectamente con otros locales en que estén establecidos talleres, fábricas y, en general, centros de trabajo o comerciales de carácter industrial, en cuyo caso quedarán sometidos a la legislación general de trabajo (Arts. 114 y 115 LCT, aplicable por la omisión que sobre este punto ofrece el actual texto estatutario). También quedan incluidos en su ámbito los trabajadores que en domicilio de uno de ellos trabajen a destajo por cuenta de patronos o empresarios, en compañía, a partir ganancias (Art. 116.2 LCT). 2º) El trabajo se desarrolla sin vigilancia del empresario, pero el control lo realiza éste mediante el documento que cita el art. 13.4 ET que contendrá: el nombre del trabajador, la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados y cuantos otros aspectos de la relación laboral interesan a las partes. De esta manera, la delimitación legal del concepto del contrato a domicilio persigue una clara distinción del trabajo ordinario sin restringir su ámbito, dando con ello muestra el legislador de su convencimiento sobre la importancia que ese tipo de contrato tiene para la viabilidad de muchas empresas y para la economía de numerosas familias.

Otros aspectos destacables son los siguientes:

1º) Sin necesidad de pensar que el trabajo a domicilio crea recelos a la hora de admitirlo con generosidad en el ordenamiento jurídico-laboral, el apartado 2 del art. 13 ET exige que se formalice por escrito, fundamentalmente por dos razones: a) Con el fin de que quede constancia formal de la existencia de una relación laboral, alejando la duda sobre posibles arrendamientos de servicios o simplemente situaciones de hecho oscuras o de difícil calificación jurídica que encubran auténticas irregularidades legales o claras infracciones. b) Satisfacer el objetivo que el propio precepto pone de manifiesto: la constancia del lugar en el que se realice la prestación laboral, a fin de que puedan exigirse las necesarias medidas de higiene y seguridad que se determinen. La omisión de la forma escrita dará lugar no solamente a una sanción administrativa sino también, lo que es más trascendental, a la presunción de que el contrato es indefinido salvo prueba en

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

contrario que acredite la naturaleza temporal del mismo (art. 8.2 ET), lo que denota el carácter predominantemente temporal de estos contratos, y por ello su influjo dinamizador de la producción.

2º) El control de la duración máxima de la jornada no es sencillo por el mero hecho de desarrollarse en el domicilio del trabajador, pudiendo realizar sus quehaceres durante el número de horas que estime conveniente y distribuidas a su discreción. Aunque el art. 3 del Real Decreto 2001/1983 de 28 de Julio sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos advierte que la jornada de un trabajador no sujeto al contrato de trabajo a domicilio no podrá aumentarse como consecuencia de encargos de trabajo a domicilio, previamente el precepto establece que aquella clase de contratos no están sometidos a las disposiciones contenidas en el Real Decreto. En consecuencia, la única obligación que puede imponerse a la empresa es la no exigencia al trabajador de una jornada superior al máximo legal, pues lo demás escapa al control empresarial y, por ello, a cualquier exigibilidad sobre ese punto.

3º) En cuanto al salario, el apartado 3 del art. 13 ET se refiere a *"cualquiera que sea la forma de su fijación"*, que normalmente será por tarea o a destajo, con el tope mínimo en todo caso del salario que perciba un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate, equiparación ésta que resultará más sencilla si la retribución fuera por jornal. Como puede comprobarse, respetando el mínimo reseñado, que responde a una cautela eliminadora de hipotéticas discriminaciones y garantizadora de unos lógicos mínimos innegociables, existe un amplio margen para la fijación por mutuo acuerdo de los parámetros de medición del salario devengado, y normalmente no estará obligada la empresa al abono de algunas cantidades extrasalariales en concepto de indemnizaciones o suplidos, carentes de razón por la prestación laboral domiciliaria, con el consiguiente abaratamiento del costo de mano de obra. Aunque nuevamente el Estatuto de los Trabajadores guarda silencio, habrá que entender también devengado el salario pactado aunque la producción haya sido inferior o nula respecto a la prevista por causa de la insuficiencia o carencia de suministro de materias primas por parte de la empresa, pues nada impide la aplicación del art. 30 ET.

4º) En relación con esto último, a los contratos de trabajo a domicilio se les aplica lo concerniente al período de prueba (art. 14 ET), duración (art. 15 ET), no discriminación (art. 17 ET), descansos (art. 37 ET), vacaciones (art. 38 ET), cesión de trabajadores y sucesión de empresa (arts. 43 y 44 ET), excedencias (art. 46 ET), etc.

5º) En lo referente a las cotizaciones a la Seguridad Social no concurre especialidad alguna, debiendo encontrarse los trabajadores dados de alta en el Régimen General. No se elimina

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

la cotización ni la consiguiente protección por la contingencia de accidente de trabajo que puede producirse también en el desarrollo de un trabajo en el domicilio del operario, pero es innegable que desaparece el nivel de riesgo procedente de los distintos elementos agresivos de un centro de trabajo, de la actividad que desarrollan otros trabajadores físicamente próximos y de los existentes en los desplazamientos hasta y desde el centro de trabajo, sin que ello tenga una deseable repercusión a la baja en las cotizaciones por el referido concepto.

6º) Queda excluido de la consideración de trabajo a domicilio el que se realice individualmente o colectivamente en taller de familia en un domicilio para la satisfacción de necesidades domésticas, así como el que en iguales circunstancias se realiza para la venta directa del producto elaborado sin intermediación del patrono, y el que se realice, como anteriormente se dijo, en el domicilio de un patrono bajo su vigilancia o la de sus representantes y en las habitaciones del domicilio del trabajador que se comuniquen con talleres o fábricas, siendo en estos últimos casos una actividad laboral ordinaria, en tanto que en el primer caso no sería actividad laboral alguna y el segundo sería un trabajo de autónomo (según disponen los arts. 114 y 115 LCT).

4. CONTRATACION E INGRESO EN EL TRABAJO.

El primer inciso del art. 16.1 ET en su redacción precedente imponía que *"los empresarios están obligados a solicitar de las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesiten, así como a comunicar la terminación de los contratos de trabajo de los que fueran parte"*. Esta obligación, cuya exigencia estricta implicaba una notable limitación para la libertad de elección del personal sobre el que en gran medida puede descansar el éxito empresarial, se encontraba suavizada seguidamente por el mismo precepto cuando añadía que *"no obstante, podrán contratar directamente cuando no existiese Oficina de Empleo en la localidad, o no se les facilite por la Oficina, en el plazo de tres días, los trabajadores solicitados o no contratasen a los que la Oficina les haya facilitado, comunicando en todos estos casos la contratación a la Oficina de Empleo correspondiente"*. A efectos de flexibilidad laboral, la tercera posibilidad era la más llamativa porque representaba la admisión de la contratación de personas distintas a las facilitadas por la Oficina de Empleo, posibilitando vaciar de contenido la imposición comentada al inicio, aunque se mantuviera el deber de comunicar la contratación hecha a aquella Oficina en razón al control que necesariamente había de llevar para el exacto conocimiento de las contrataciones y los desempleados.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Resulta igualmente relevante el vigente art. 42.4 de la Ley 51/1980 de 8 de octubre Básica de Empleo en donde se dice, aportando un nuevo grado de libertad en la contratación, que *"las empresas podrán elegir libremente entre los trabajadores inscritos en las respectivas Oficinas de Empleo, dejando siempre a salvo las preferencias establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias"*. Un precepto que venía definitivamente a posibilitar la libertad de contratación conforme a la conveniencia de la empresa era el art. 44.2 de la Ley 51/1980: *"Cuando no pudiera atenderse a una oferta de empleo por no existir en el Instituto Nacional de Empleo demandantes inscritos que reúnan los perfiles profesionales que se exigen para cubrir el puesto de trabajo solicitado a juicio del empleador, éste podrá hacer publicidad de su oferta previo visado de la misma por el Instituto Nacional de Empleo, o a contratar directamente con el trabajador que considere idóneo"*. Por consiguiente, la exigencia de idoneidad para cubrir un puesto conforme a los criterios señalados por el empleador para todo personal que deba reunir unas concretas características de conocimientos, experiencia, incluso de condiciones físicas, etc. (supuestos en los que la libre elección de la empresa se hace más necesaria) constituye el cauce para evitar cualquier contratación no deseada o bien para lograr la contratación del concreto trabajador deseado por la empresa.

La regulación de algunas modalidades de contratación temporal, esencial en los momentos de crisis económica y escasez de empleo, admiten que la oferta sea genérica o nominativa, lo que posibilita la contratación del trabajador deseado previa inscripción, si no lo estuviera, del interesado. Ejemplo de ello son los arts. 12.1 del Real Decreto 1992/1984 de 31 de Octubre por el que se regulan los contratos en prácticas y para la formación y el art. 2.1 del Real Decreto 1989/1984 de 17 de Octubre por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo. No ocurre lo mismo sin embargo en el caso de la contratación de las Administraciones Públicas al amparo del Real Decreto 1445/1982 de 25 de Junio por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo, cuyo art. 38.2 establece que *"[...] las Oficinas de Empleo seleccionarán a los trabajadores desempleados necesarios para atender la referida solicitud [...]"*. No debe otorgarse a este supuesto relevancia alguna, toda vez que se trata de una contratación peculiar de la Administración que, por otra parte, no solía estar vinculada por el requisito de la inscripción en las Oficinas de Empleo para la aceptación de los aspirantes a cubrir puestos de oferta pública de empleo de su personal laboral.

Por el contrario, los incentivos a la contratación indefinida requieren que ésta se realice

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

sobre personas que reúnan un mínimo de permanencia como inscritos en el desempleo; así, un año en los jóvenes menores de 25 años, mayores de 45 y mujeres (art. 2 del Real Decreto Ley 1/1992 de 3 de Abril de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, hoy art. 2 de la Ley 22/1992 de 30 de Julio de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, que derogó y sustituyó a aquel precepto). No se restringe directamente la libertad de contratación, pero los mencionados incentivos se sujetan lógicamente a la contratación de quienes efectivamente cumplen un período prolongado en demanda de empleo.

Los arts. 16.2 ET y 40.2 de la Ley 51/1980, redactados en idénticos términos, prohibían *"la existencia de agencias privadas de colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo"*. Esta función quedaba reservada en exclusiva al Instituto Nacional de Empleo conforme, actualmente, al art. 5.1 del Real Decreto Ley 36/1978 de 16 de Noviembre sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo. El Convenio Número 96 de la O.I.T. de 1 de Julio de 1949, ratificado por España el 29 de Marzo de 1971 establece en el art. 3 que *"las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, comprendidas en el párrafo 1 a) del artículo primero, deberán suprimirse dentro de un plazo limitado, cuya duración se especificará por la autoridad competente. Dichas agencias no deberán suprimirse hasta que se haya establecido un servicio público del empleo"*. Como es evidente, la exclusividad del poder público en la materia no es reciente; la regulación legal no afecta en principio a la flexibilidad que pudiera imperar a través de un régimen diferente, pero lo relevante de los preceptos citados radicaba en la sugerencia de una cuestión muy relevante que se desarrollará con ocasión de comentar el art. 43 ET: las empresas de trabajo temporal. La única admisión que concedía la legislación eran las agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores, por exceder de las funciones atribuidas al Instituto Nacional de Empleo.

El principio general de la obligatoriedad de las empresas de solicitar de la Oficina de Empleo los trabajadores que necesiten, ha sido suprimido por el Real Decreto-Ley 18/1993 de 3 de Diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, el cual ha derogado el art. 16.1, 2 y 3 ET y los arts. 40.2, 42.1 y 44.2 de la Ley 51/1980 y ha establecido un nuevo sistema de ingreso al trabajo. Son dos las reformas principales introducidas en esta materia: 1º.- Las empresas poseen a partir de la entrada en vigor de la reforma plena libertad para contratar a los trabajadores que deseen, al margen de la Oficina de Empleo y en todo caso. Únicamente se encuentran obligadas las empresas a registrar en el plazo de los diez días siguientes en la Oficina

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Pública de Empleo los contratos que deban formalizarse por escrito, o a comunicar en igual plazo las contrataciones efectuadas, aunque no exista el deber de formalizarlas por escrito. 2º.- Queda eliminado el monopolio del Instituto Nacional de Empleo en la función de colocación de los desempleados. Continúan prohibidas las agencias de colocación con fines lucrativos, pero se establece que el Servicio Público de Empleo podrá autorizar, en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de Empleo, la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos, siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados. Por lo tanto, el abono de los servicios de las agencias de colocación podrán ser a cargo de la empresa o del trabajador; no se especifica cuáles han de ser esos gastos, por lo que habrá que entender que se trata de los gastos de puesta en relación entre las partes y formalización del contrato, o solamente de los primeros si este último no se suscribe.

Finalmente, el art. 16.4 ET en su texto todavía vigente se refiere a la clasificación profesional que ha de realizarse en el momento del ingreso en el puesto de trabajo: *"por acuerdo entre el trabajador y el empresario, con sumisión y en los términos establecidos en convenios colectivos y, en su defecto, en las normas reglamentarias laborales"*. De ello se desprende dos conclusiones: 1º) En principio la categoría profesional se fijará por acuerdo entre trabajador y empresario, aunque de hecho vendrá dada por las tareas que el segundo vaya a exigir al primero. Por consiguiente esta última circunstancia será decisiva, por lo que no vinculan al empresario los conocimientos teóricos del trabajador, la categoría reconocida en otra empresa con anterioridad, o cualquier otra circunstancia relacionada con su capacidad laboral potencial. Por otra parte, las variaciones que los quehaceres asignados al trabajador se vayan produciendo durante el desarrollo de la relación laboral serán susceptibles de generar los correspondientes cambios de categoría, y sin perjuicio del derecho a promoción en el trabajo y de los efectos de la realización de tareas propias de una categoría superior que se verá con detalle al hacer referencia al art. 23 ET. 2º) El art. 16.4 ET establece la necesidad de que la clasificación profesional se acuerde con sumisión a lo establecido en los convenios colectivos y normas reglamentarias laborales. Numerosos convenios contienen un listado de categorías profesionales dentro de la empresa, centro de trabajo o sector que comprende su ámbito funcional, con descripción de las funciones propias de cada categoría. La omisión de esa materia o la remisión expresa hecha por el convenio conduce a la aplicación de lo previsto al respecto por la Ordenanza Laboral correspondiente. Tanto estas en sí mismas como lo regulado sobre categorías profesionales por los convenios, si bien son

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

determinantes para la aplicación puntual de materias tan importantes como el salario a percibir por el trabajador y la cotización que conforme al grupo exacto ha de realizar la empresa, representa sin duda un claro supuesto de regulación legal o pactada -ésta heredera de la primera- que impone una rigidez de encuadramiento que debiera ser sustituida por la admisión pacífica (lógicamente comenzando por su admisión en la legislación o por la supresión de la actual regulación) de categorías profesionales cuyo contenido determinen las partes sin vinculación con las ya establecidas, dando así una razonable satisfacción a las necesidades que persigue cubrir la empresa mediante la contratación, lo que no sería sino un ejemplo de flexibilidad que los Tribunales pueden ir introduciendo a través de la admisión, en sus resoluciones, del criterio expuesto.

5. DIRECCION Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL.

Bajo esta denominación el art. 20 ET regula una materia directa y especialmente vinculada con la flexibilidad hasta tal punto que no puede realizarse comentario alguno sobre esta última sin que se cite o al menos esté tácitamente presente el espíritu y el concreto contenido de aquel precepto. Se puede afirmar sin exageración que si fuera posible resumir en una norma puntual los principios que impulsan la flexibilidad laboral, aquella sería el art. 20 ET. No obstante, llega el momento de realizar una mención más detenida del mismo, partiendo del apartado 1 que a modo de afirmación genérica de extensísima repercusión práctica, establece que *"el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue"*. Siguiendo la estructura del artículo, pueden clasificarse en tres grupos las cuestiones a desarrollar: 1º) El enjuiciamiento de la confrontación entre el ejercicio de los poderes de dirección por parte del empresario y de los derechos de los trabajadores. 2º) El tratamiento que la Jurisprudencia ha dado al ejercicio de las facultades disciplinarias del empresario basadas en incumplimientos del art. 20 ET por parte de los trabajadores. 3º) En relación con el art. 18 ET, la vigilancia y control por el empresario del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales de los trabajadores; y el control por el empresario de las inasistencias del trabajador por enfermedad o accidente.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

5. 1 Confrontación entre poder de dirección y derechos de los trabajadores.

Partiendo del derecho constitucional (art. 38) a la libertad de empresa, el poder de dirección responde a la necesidad de que el adecuado o satisfactorio ejercicio de actividades económicas cuente con un conjunto de facultades atribuidas a los titulares de las organizaciones productivas, o lo que es igual, el poder de dirección del empresario forma parte del derecho a la libertad de empresa por cuanto la efectividad de este derecho se alcanza concediendo a quien hace uso del mismo de un conjunto de facultades que faciliten el éxito de la iniciativa económica que representa toda empresa por razón de la promoción de riqueza y empleo que trae consigo, compensado por el legítimo beneficio en contraprestación al riesgo asumido y como cauce para nuevas expansiones que en otro caso no se producirían⁽¹⁾. Los derechos constitucionales en general y los denominados fundamentales en especial (Sección Primera, Capítulo II, Título Primero) forman a su vez un límite para el ejercicio del poder de dirección⁽²⁾; el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto en las sentencias 88/1985 de 19 de Junio, 104/1987 de 17 de Junio y 6/1988 de 21 de Enero que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, pues ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales.

Planteada así la confrontación de derechos de las partes directamente implicadas en la relación laboral, un sector de la doctrina sostiene que el cumplimiento del mandato contenido en el art. 35.2 de la Constitución (*"La Ley regulará un estatuto de los trabajadores"*) se vio ya influenciado en aquel momento de su promulgación -1980- por el debate en torno a la necesidad de flexibilizar el uso y gestión del mercado de trabajo y de la mano de obra a fin de propiciar un

(1) A. MARTÍN VALVERDE: "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista de Política Social*, 1983, nº 137, pág. 144.

(2) "En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencia y vida privada del trabajador". *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*; Publicaciones de la Universidad Complutense, 1980, págs. 309 y ss.
J. RIVERO LLAMAS: "Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial". *Servicio de publicaciones de la Universidad de Zaragoza*, 1986, págs. 90 y ss.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

cambio en la desfavorable evolución del desempleo, apoyado por quienes sostenían que cualquier restricción, limitación o control en la administración del contrato desincentiva la inversión creadora de empleo. Como consecuencia de ello, aquel sector doctrinal opina que el Estatuto de los Trabajadores nació con una dosis de progresismo inferior a la deseada. La evolución económica y laboral posterior así como la experiencia que ofrecen las relaciones laborales desde entonces evidencian que esa carencia de progresismo teórico no constituyó un demérito del texto estatutario sino una correcta previsión que todavía, y con vocación de futuro, conserva eficacia. Es más, resulta curioso comprobar que quienes más interesados pudieran estar en defender aquellas posturas progresistas (los trabajadores y, en su nombre, los sindicatos) no han utilizado la negociación colectiva como medio para limitar los poderes empresariales e introducir garantías para la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores; prácticamente esta materia es inédita en los convenios colectivos, siendo esporádica la regulación negociada de temas tan importantes como la selección de trabajadores (momento propicio para cometer conductas discriminatorias), el control de la actividad laboral por medios audiovisuales o sistemas informáticos que pueden afectar a la intimidad del trabajador, o el ejercicio del derecho a registrar la persona y efectos personales del trabajador. Ha influido para llegar a esta realidad no sólo la fuerza que han ido adquiriendo las organizaciones empresariales actuantes en unos momentos de precariedad de empleo y menor intervención legislativa en las relaciones laborales sino también la política de concertación social, seleccionadora de los contenidos de los pactos colectivos, que ha creado una inercia de reiteración en los años sucesivos como lo evidencia la semejante estructura y contenido de unos convenios respecto a los precedentes, y por ello se aprecia en los últimos años una tendencia a convertir los convenios, en su parte novedosa, en una negociación esencialmente económica en la que el avance salarial de los trabajadores cuenta con la contrapartida del reforzamiento de los poderes de gestión de las empresas. Necesariamente no ha de pensarse que ello responde a una inercia, antes citada, que hace perder a los sindicatos la consciencia sobre el abanico de materias negociables colectivamente sino que también puede responder a una realidad práctica que desborda los planteamientos teóricos de los dirigentes sindicales y que pudiera resumirse así: si lo que más preocupa a los trabajadores es el mantenimiento y mejora del poder adquisitivo de sus salarios, que sepan lo que a las empresas les cuesta el dinero⁽³⁾.

(3) M. CASAS y A. BAYLOS GRAU: "Organización del trabajo y autonomía individual; la desregulación del convenio colectivo". *Relaciones Laborales*, tomo 1988-II, pág. 159 y ss.

(continúa...)

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

En esta confrontación que se viene comentando, la Jurisprudencia ordinaria no ha tenido una concreta iniciativa esclarecedora o favorable a una de las partes sino que ha seguido los criterios marcados por la Jurisprudencia constitucional. Generalmente ha tomado los derechos fundamentales de los trabajadores como límite de la facultad disciplinaria más que como límite del poder directivo. La sentencia del TCT de 11 de Mayo de 1983 consideró legítimas las visitas efectuadas a un trabajador en repetidas ocasiones por vigilantes jurados de la empresa para comprobar su estado de enfermedad. La de 5 de Enero de 1988 del mismo Tribunal dice respecto a la fase precontractual que corresponde a la potestad organizativa de la empresa y a la autonomía de su voluntad el juzgar, a través de los medios que considere oportunos, el cumplimiento de las condiciones fijadas previamente y que deban cumplir los solicitantes, sin injerencias de juicios ajenos a los prefijados.

5.2 Tratamiento jurisprudencial del ejercicio de las facultades disciplinarias del empresario.

El art. 20.2 ET establece que *"en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe"*. Dentro de los deberes laborales básicos, el art. 5 ET impone a los trabajadores en el apartado a) el de *"cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia"* y en el apartado c) el de *"cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas"*.

Inicialmente el primero de los preceptos reseñados precisa dos breves comentarios:

1º) No se especifica, ni la Ley en que se inserta lo hace en otro pasaje, el concepto de diligencia o, con otras palabras, el nivel de exigencia al trabajador con el fin de determinar el punto en que comienza el incumplimiento sancionable de ese deber. No es correcto buscar la solución

(3)(...continuación)

J. SAGARDOY: "La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada". Doc. Laboral, nº 24 (1988), pág 11.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

en la idea civilista del proceder de un buen padre de familia en el sentido de lo que es generalmente aceptado en un momento concreto por el entorno social como conducta responsable que cabe esperar de un individuo, toda vez que ese parámetro no es encuadrable sin más en el Derecho laboral. La respuesta a esta cuestión la ofrece el art. 60 de la LCT (al que habrá que hacer una mención más detenida con ocasión de comentar más adelante el despido disciplinario) al establecer que *"la medida de esta diligencia estará determinada por la especialidad habitual del trabajo y por las facultades y peculiaridades del trabajador, que debe conocer el empresario"*. Por consiguiente, la diligencia en el cumplimiento de los deberes laborales no se mide con un criterio de general aplicación sino en atención a las peculiaridades de la actividad y las concretas facultades del trabajador que debe conocer el empresario. Una vez más la LCT da muestras de su enorme valor en unos momentos muy anteriores a que las legislaciones de otros países, aplaudidas como progresistas, y los tratados de las organizaciones internacionales, recogieran las ideas ya incorporadas a la legislación de la España de 1944.

2º) Las exigencias de la buena fe a las que han de someterse las partes en sus prestaciones recíprocas es una constante en todas las líneas interpretativas seguidas por la Jurisprudencia, que lo ha considerado como un principio imperante en las relaciones laborales con más intensidad que en cualquier otro tipo de relación contractual toda vez que la laboral no es una relación esporádica o breve en el tiempo sino prolongada o indefinida, dotada de gran relevancia para la vida profesional y económica tanto del trabajador y su familia como del empleador, y que al desarrollarse cotidianamente a lo largo de numerosas horas requiere de una observancia de la buena fe especialmente intensa en razón a la imposibilidad material de que el empresario o la persona en que aquél delegue desplieguen una constante y directa vigilancia en cada una de las labores y en cada uno de los trabajadores que se integran en el proceso productivo o de servicios.

Con ocasión de hacer referencia más adelante al despido disciplinario (art. 54.2 b) y d) ET), se tratará una cuestión que, emanada de los preceptos reseñados al inicio de este apartado, viene siendo el núcleo del tratamiento jurisprudencial a dichos preceptos: los efectos que para el trabajador tiene el incumplimiento de las facultades de dirección del empresario, esto es, el alcance de las medidas disciplinarias que el empresario puede adoptar al amparo de esos preceptos.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, las sentencias de 20 de Enero y 20 de Junio de 1988) reitera que el bien jurídico protegible es la propia empresa, unidad productiva en lo económico y célula social integradora, en cuyo seno la persona actualiza su capacidad de

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

realización mediante el trabajo, y en la que siempre ha de resaltar, como valor superior a salvaguardar, la dignidad del hombre, sea el que presta su trabajo, sea el que lo dirige, sea el que incorpora sus resultados al bien producido o al servicio prestado, que determinaron el nacimiento de ese ámbito de organización y dirección que anuncia el art. 1 ET. Con ello, se aprecia en principio un punto de partida en el que prevalece un tratamiento igualitario de las partes implicadas, sometidas a lo dispuesto en la Ley, a la que no se interpreta con argumentos forzados tendentes a descafeinar el rigor impuesto por su tenor literal, en búsqueda absurda de una aplicación suavizada de la normativa disciplinaria laboral. Por consiguiente, los límites a esas facultades empresariales serán las que la propia Ley y, secundariamente la doctrina siguiendo principios de general observancia, ha establecido: 1º) El no perjudicar la formación profesional de los trabajadores. 2º) La sujeción a las condiciones legales, reglamentarias y pactadas en el ejercicio del *"ius variandi"*. 3º) La buena práctica de la facultad organizadora tiene presente que *"la eficacia y el rendimiento del personal y, en definitiva, la prosperidad de la empresa, dependen no sólo de una retribución justa, sino de que las relaciones laborales, y en especial las que son consecuencia del ejercicio de la libertad que se reconoce a la dirección, están asentadas en los principios de justicia social"*.(Alonso García). 4º) En ningún caso las decisiones empresariales pueden afectar a los derechos inviolables de los trabajadores.

Tradicionalmente la doctrina científica ha sido muy crítica para con las resoluciones del Tribunal Supremo que se han pronunciado en el sentido de que el trabajador está obligado a cumplir las órdenes del empresario generalmente, asistiéndole el derecho a ejercitar las acciones frente a la orden recibida. Sin embargo, este criterio no lo ha mantenido el alto Tribunal de una manera absoluta, toda vez que, muy al contrario, examina en cada caso si concurre el requisito que expresamente impone el art. 20.2 ET, esto es, si la orden empresarial puede encuadrarse o no en el ejercicio regular de las facultades empresariales, y así mismo valora circunstancias como la posible afectación de la dignidad del trabajador, la peligrosidad que comporta el cumplimiento de la orden, el posible abuso de derecho que la misma conlleve, y si la desobediencia es grave, trascendente, injustificada y voluntaria. No ha de olvidarse que el anormal ejercicio de las facultades organizativas puede dar lugar a situaciones de hecho justificadoras de la legítima petición de la resolución del contrato a instancia del trabajador, amparado en el art. 50 ET.

Como anteriormente se adelantó, la vulneración del precepto comentado constituye, junto con la causa prevista en el art. 54.2 d) ET, el supuesto más frecuente de despido previsto en el

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

apartado b) de igual artículo. Cabe destacar las siguientes sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre este problema, advirtiendo nuevamente que será también objeto de atención al llegar al apartado correspondiente a la extinción del contrato por despido. Así, la de 29 de Enero de 1987 precisa que la Jurisprudencia de la Sala *"ha establecido que no toda desobediencia puede constituir causa determinante del despido sino sólo aquella que, teniendo en cuenta la materia y ocasión en que se produce y las personas implicadas, evidencia una voluntad clara, cierta, terminante y firme de incumplir los deberes laborales; incumplimiento que debe reunir, además, los requisitos de ser grave, trascendente e injustificado; grave en la medida en que una simple desobediencia que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada no puede ser castigada con el despido; trascendente en cuanto que produzca un perjuicio para la empresa; e injustificado"*. Da un concepto de justificación en estos términos: es *"total cuando las órdenes del empresario lesionan los derechos irrenunciables del trabajador, son manifiestamente ilegales o implican la concurrencia de circunstancias de peligrosidad y en otros supuestos análogos que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer las órdenes de la empresa"*.

La de 16 de Junio del mismo año insiste en que *"es cierto que la Jurisprudencia de esta sala [...] ha precisado que para que la desobediencia pueda operar como causa de despido debe ser grave y culpable, trascendente e injustificada"*. La de 9 de Julio reitera que *"para que la indisciplina y desobediencia se erija en justa causa de despido debe manifestarse como resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de órdenes precisas emanadas del empresario en el ejercicio normal y regular de sus facultades de dirección que el trabajador está obligado a obedecer, y presentar la suficiente gravedad y trascendencia"*.

La de 26 de Noviembre establece como síntesis que *"dicha doctrina es la compuesta por dos genéricas premisas: a) que no toda desobediencia lleva aparejada la sanción de despido sino que ha de reunir las características de que sea mantenida de forma decidida y ostentar suficiente gravedad, trascendencia e injustificación; y b) que ha de decidirse, en cada caso, con estudio concreto y específico del mismo, valorando el factor humano que es siempre de máxima relevancia"*. En el mismo sentido se pronuncia la de 21 de Diciembre: *"La Jurisprudencia de esta Sala en la aplicación de la conducta que tipifica como sancionable con el despido el apartado b) de número 2 del art. 54 ET, ha insistido en que la indisciplina o desobediencia en el trabajo debe ser declarada, abierta y grave sin motivo ni fundamento alguno que objetivamente se evidencie por sí mismo como tal"*.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

En el ámbito de la orden improcedente, y su correlativa desobediencia justificada, resalta con total evidencia la improcedente disposición unilateral del empresario de trabajar más allá de la jornada normal. La de 9 de Junio de 1987 resolvió sobre la negativa del trabajador a efectuar horas extraordinarias en el sentido de que *"[...] si el empresario se excede de los límites de autoridad que tienen marcados por las normas legales, puede el trabajador desobedecer legítimamente sin incurrir en infracción, pues el derecho de dirección no es absoluto, sino que ha de ejercerse dentro de las normas jurídicas que regulan la relación de trabajo de que se trata, como una función social, alejada del posible abuso de aquel derecho de dirección por el patrono"*.

5. 3 Vigilancia y control ejercida por el empresario respecto a las obligaciones laborales del trabajador y su inasistencia por enfermedad o accidente.

El art. 20.3 ET establece que *"el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana, [...]"*. Al respecto el art. 18 del mismo cuerpo legal establece que *"sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador [...]"*. El tenor literal de los preceptos marca los límites del ejercicio de esa facultad empresarial; la sentencia de 12 de Enero de 1982 del TCT declaró que *"no puede estimarse -que la facultad de control- sea ilimitada, sino que nacida del contrato de trabajo, su situación de preminencia jerárquica queda básicamente condicionada a los límites de aquél, de forma que no pueda alcanzar mas que a los extremos que guarden directa relación con el trabajo, prestación básica de aquella relación contractual, y cualquier extralimitación de tal potestad deviene ilegítima y como tal no sólo fuera del amparo jurisdiccional sino de su inmediata coercitiva exigencia"*. Naturalmente, resulta incontrovertible, conforme a la letra del precepto, que la vigilancia y control ha de recaer sobre los actos u omisiones que guarden relación con el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales, de tal manera que, sin necesidad de forzar el contenido literal, habrá que convenir que cualquier conexión con el referido cumplimiento ha de servir para practicar legítimamente la vigilancia y el control, pues toda interpretación restrictiva recortaría el derecho empresarial a velar por sus intereses frente al trabajador presuntamente incumplidor; la consideración debida a la dignidad

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

personal del afectado deber ser, a falta de otra limitación específica, garantía suficiente para no dañar el prestigio del trabajador sometido al referido control, pues resulta inevitable que los registros y otras medidas semejantes causen una cierta dosis de incomodidad.

El art. 20.4 ET establece que *"el empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones"*. En este sentido el art. 1.1 de la Orden de 21 de Marzo de 1974 establece que *"La Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, de oficio o en virtud de la información recibida de las empresas o de los servicios médicos de las mismas, podrá decretar, previas las actuaciones que estime procedentes, el alta médica de los trabajadores que se encontraran en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común o a accidente no laboral"*. Con ello se ha dicho por algún sector de la doctrina que si a los médicos de la Seguridad Social que emiten el parte de baja los controla la Inspección Médica y la empresa puede impugnar la baja decidida por un médico, se perturbaría el derecho a la intimidad del trabajador si la empresa efectúa la comprobación que permite el art. 20.4 ET, llegando José Manuel del Valle a sostener la inconstitucionalidad de la norma⁽⁴⁾.

Cualquier opinión contraria o restrictiva al precepto estatutario comentado no sólo se sitúa en una posición alejada de los defensores de la flexibilidad laboral sino que pasa por alto importantes realidades cotidianas. Muchas razones pudieran ofrecerse en defensa no sólo de ese precepto sino también de su mayor uso por parte de las empresas, pero van a reseñarse las siguientes:

1º) La escasa intervención de oficio de la Inspección Médica, y la más ineficaz aún actuación subsiguiente a la denuncia presentada por cualquier empresa, respecto a la ligereza con la que se conceden en algunos casos las bajas por enfermedad o accidente, siendo incluso conocido entre los trabajadores de un concreto centro de trabajo que unos médicos conceden las bajas ante el mero requerimiento del interesado y otros en cambio son más restrictivos para su concesión.

2º) Una vez concedida la baja, no se realiza, por imposibilidad material de la Seguridad

(4) J.M. VALLE: "El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo". Actualidad Laboral nº 39, semana 21-27 Octubre 1991, XLII, pág. 505.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Social, un seguimiento, al menos somero, de las actividades cotidianas del trabajador con el fin de comprobar si su estado real responde al diagnóstico o realiza quehaceres o protagoniza conductas que retrasan o interfieren una pronta y adecuada recuperación, siendo muy notorio y desgraciadamente no infrecuente que las empresas averigüen esas irregularidades por sus propios medios y procedan al despido del trabajador simulador de las dolencias y transgresor de la buena fe contractual.

3º) En razón a lo anterior, el art. 20.4 ET aparece cargado de una lógica aplastante, máxime en los supuestos en que las situaciones de incapacidad laboral transitoria acarreen para las empresas el pago de los complementos precisos para que la prestación económica de la Seguridad Social se vea adicionada en la cantidad precisa para no sufrir el trabajador merma alguna en sus percepciones, no pudiéndose olvidar que aunque en los casos en que la empresa no está obligada al pago de esas mejoras, la obligación de cotizar continúa en la situación de incapacidad laboral transitoria (art. 70.4 de la Ley General de la Seguridad Social), y sin que pueda olvidarse finalmente que todo período de incapacidad temporal genera un perjuicio en el proceso productivo, especialmente en las pequeñas empresas, que justifica el interés empresarial tutelado en la forma indicada por el Estatuto.

5. 4 Conclusiones.

El breve repaso sobre los criterios jurisprudenciales y doctrinales que anteceden permiten apreciar las siguientes conclusiones:

1º) Aunque dentro de unos límites muy perfilados y moderados, especialmente por parte de la Jurisprudencia, existe un interés en poner freno al ejercicio del poder de dirección o al menos en dar una interpretación restrictiva como si la literalidad de la norma fuera propicia para los excesos empresariales.

2º) Es evidente que los principios que inspiran la flexibilidad abogan, para su puesta en práctica, por un reforzamiento de las facultades empresariales comentadas. Si alguna contribución pueden hacer los Tribunales sobre este punto sería sostener una interpretación no restringida sino generosa, en el sentido de que si bien, como se ha visto, los límites impuestos a las empresas y las características que han de reunir los incumplimientos de los trabajadores para que sean auténticas vulneraciones al art. 20 ET se encuentran abundante y homogéneamente perfilados, en definitiva será cada órgano judicial encargado del enjuiciamiento de cada conducta el que habrá de valorar si ésta es o no grave, si es o no trascendente, si la negativa es o no justificada, si el

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

empresario actuó o no dentro del ejercicio regular de las facultades, etc.

3º) Ha de tenerse presente que, atendiendo al sentido de la lógica, que debe informar toda interpretación jurídica con el fin de que el resultado de dicha labor no caiga en el absurdo, la adopción de medidas disciplinarias, de vigilancia y control sobre los trabajadores no suelen obedecer en principio a caprichos del empresario sino a la fundada sospecha de que se está cometiendo un incumplimiento contractual; el empresario nunca adoptará medida alguna que perjudique a un trabajador cumplidor de sus deberes sino que le respetará por completo en sus derechos como contrapartida a su adecuado rendimiento laboral; las cortapisas formales y las restricciones que se pongan al empresario que se decide a no tolerar supuestas desobediencias o irregularidades no harán la mayoría de la veces sino facilitar la impunidad del infractor y animarle a él y a otros a cometer en el futuro iguales conductas, confiados en la impotencia del empleador. Una vez más habría que dar en el Derecho laboral un toque de atención sobre el tratamiento igualitario de las partes implicadas en la relación laboral a la hora de interpretar las normas que a cada una otorgan sus correspondientes derechos.

6. PROTECCION EN EL TRABAJO.

El art. 22 ET regula este derecho reconocido por el art. 35.1 de la Constitución y citado por la enumeración que hace el art. 4 de aquel cuerpo legal (apartado 2 b), que puede desglosarse de la siguiente manera: 1º) Disfrute de permisos para concurrir a exámenes. 2º) Preferencia del trabajador a elegir turno, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando aquél curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional. 3º) Adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia de cursos de formación profesional. 4º) Concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.

La descripción genérica del derecho, que contrasta con la pormenorización que ofrece el art. 9 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de Abril de 1976, se ve acompañada de un interesante apartado 2 en el que se dice: *"En los convenios colectivos podrán pactarse los términos concretos del ejercicio de estos derechos y el grado de aprovechamiento necesario para el disfrute de los mismos"*. La admisión expresa de la posibilidad de regular esta materia mediante pacto colectivo permitirá acordar las condiciones del ejercicio de este derecho que por su repercusión económica (retribución durante el período de permiso), organizativa (cobertura del puesto del

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

trabajador que disfruta el permiso) y disciplinaria (efectos de uso indebido de la licencia, exceso de días concedidos, incumplimiento del plazo de preaviso, etc.) puede dar lugar a numerosas controversias. El hecho de que la Ley se remita a la regulación por convenio colectivo en lugar de imponer un concreto régimen de desarrollo representa sin duda un signo de flexibilidad en cuanto ausencia de cualquier rigidez al respecto. Por consiguiente, debe examinarse la dinámica de este derecho según la legislación, esto es, para los supuestos en que no existe regulación en el convenio colectivo o aquella sea insuficiente.

Cabe preguntarse si el permiso para concurrir a exámenes es retribuido. Algunos autores (por ejemplo, Baltasar Rodríguez Santos)⁵¹ entienden que la ausencia de toda mención al respecto en el art. 22 ET se suple por la aplicación de la Orden de 16 de Febrero de 1945 que imponían a las empresas que tuvieran a su servicio trabajadores que realizasen estudios para obtener un título profesional la obligación de otorgarles, sin descuento en su retribución, los permisos necesarios para concurrir a los exámenes en las convocatorias del correspondiente Centro Docente, previa justificación de hallarse matriculados, que los interesados habrán de efectuar ante la correspondiente Delegación de Trabajo; perdían este derecho quienes fueran suspendidos en la mitad de las asignaturas en que se hallasen matriculados (o dejaran de presentarse en igual proporción). Lo mismo sostienen esos autores con respecto al límite máximo de 10 días al año que señalaba el apartado Dos a) del art. noveno de la Ley de Relaciones Laborales que, aunque derogado por el Estatuto, continúa teniendo el rango de norma reglamentaria conforme a la Disposición Final Cuarta del mismo. Avalan este criterio con varias sentencias que acreditan una línea de doctrina emitida por el TCT que, aunque referida al art. 37 ET, la consideran aplicable por identidad de razón.

Frente a este criterio pudiera ponerse otro conforme al cual, derogada la Ley de Relaciones Laborales, no resulta tampoco aplicable la Orden citada de 1945 porque el art. 37.3 ET con ocasión de aludir a los permisos con derechos a remuneración, no incluye el que ahora nos ocupa, por lo que el silencio del art. 22 ET pudiera interpretarse como un permiso sin derecho a retribución, contando esta opinión con el apoyo de alguna sentencia del TCT, como por ejemplo la de 13 de Diciembre de 1984. No obstante, no puede ocultarse que esta opinión pudiera ser contestada con varios argumentos en contra; así, el art. 37 ET figura dentro de la sección

(5) B. RODRIGUEZ SANTOS: "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores". Obra citada, págs. 344-345

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

denominada "*Tiempo de trabajo*", en tanto que el art. 22 versa sobre el derecho a la promoción en el trabajo, por lo que el empleo del primero en favor de la tesis expuesta chocaría con la heterogeneidad de las materias que regulan cada precepto; así mismo, el derecho a los permisos, que por sí solo ya representa la posibilidad de ausentarse del trabajo en beneficio para el trabajador y sin contraprestación alguna para la empresa, quedaría parcialmente mutilada si con ello se produjera una merma económica para el trabajador; aunque frente a ello también pudiera replicarse que el resultado práctico de los permisos retribuidos no arrojaría sino cargas para la empresa, toda vez que ésta se vería privada durante unos días de los servicios del trabajador, pagaría los salarios de ese período y colaboraría así en que el trabajador adquiriera una preparación que le sirva para acceder a un mejor empleo, privando posiblemente a la empresa de unos servicios con los que pudiera estar satisfecha. En cualquier caso no puede olvidarse, y este es otro argumento en favor de una respuesta negativa al problema planteado, que el art. 22 admite la regulación pactada, y el reconocimiento a la retribución de los días de permiso para el supuesto de que nada se hubiera pactado al respecto en el convenio implicaría que si éste indicara lo contrario estaría introduciendo una situación menos ventajosa que la establecida por Ley para el caso de ausencia de regulación por convenio, pues el art. 22.2 no dice que pueda acordarse mediante pacto -convenio- la no retribución, esto es, no se afirma la procedencia de ésta y se añade "*salvo pacto en contrario*". Por otra parte, el art. 45 ET no incluye este motivo entre los causantes de la suspensión del contrato, es decir, la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.

Respecto a la asistencia a cursos de formación profesional, el silencio de la Ley para el supuesto de que el convenio colectivo nada prevea, hace que nuevamente haya de acudir a la Ley de Relaciones Laborales, en la que se fijaba el período máximo, entre una asistencia a dichos cursos y la siguiente, en cuatro años, lapso éste que nada indica sea inapropiado. La misma Ley preveía en el art. noveno apartado tres la concesión de un permiso para que el curso se realizara en régimen de plena dedicación o una reducción de la jornada diaria de trabajo en un número de horas igual a la mitad de las dedicadas a la asistencia a las clases, sin que la reducción a cargo de la empresa fuera superior a dos horas diarias y a doscientas setenta y dos por todo el curso.

La disyuntiva antes desarrollada sobre la retribución del permiso debe reiterarse respecto a lo dispuesto por el apartado b) del número 1 del art. 22 ET. Tanto en este último caso como en el precedente, existe en cambio unanimidad sobre tres puntos: 1º) Toda petición de permiso ha de ser justificada, exigiéndolo así tanto la Orden citada de 1945 como el apartado Ocho del art.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

noveno de la Ley de Relaciones Laborales en donde dice: *"En todo caso, la empresa podrá exigir los justificantes del disfrute efectivo por el trabajador de los derechos a que se refiere este artículo [...]".* 2º) El plazo de preaviso no se encuentra legalmente fijado. El TCT (por ejemplo, en la sentencia de 15 de Febrero de 1983) consideró que debiera ser el que normalmente se realice con antelación consustancial a la actividad desarrollada por la empresa, lo cual no es en absoluto comprometido. La omisión del preaviso se ha venido calificando de ausencia injustificada merecedora del despido si la ausencia es prolongada, sin posible amparo en el ejercicio del derecho reconocido por el art. 22 ET (Sentencia de 16 de Noviembre de 1982 TCT). 3º) Conforme al tantas veces mencionado art. noveno de la Ley de Relaciones Laborales, *"[...] podrá establecer -la empresa- un calendario que facilite la realización de los cursos previstos en los párrafos [...], sin perjuicio de la organización razonable del trabajo"*. No parece que este precepto permita a la empresa oponerse a la petición del permiso por razones organizativas, pues con ello se dejaría en gran medida a su disposición ese derecho del trabajador cuya efectividad, aun pudiendo solicitar el amparo judicial, se vería muy mermada, por lo que a la empresa sólo le resta, dentro del margen cronológico que permitan las circunstancias, variar levísimamente las fechas exactas del disfrute. 4º) El art. 22 ET se refiere a títulos académicos o profesionales y a cursos de formación o perfeccionamiento profesional. Por consiguiente, la obtención de otras titulaciones o reconocimiento de aptitudes no relacionadas con aquel concepto o desvinculadas de la actividad laboral habitual (por ejemplo, la obtención del permiso de conducir - Sent. de 22 de Marzo de 1983 TCT) no son encuadrables en aquel precepto.

Dicho cuanto antecede, puede concluirse que la exigencia de preaviso, la petición de justificantes, la acomodación del disfrute del derecho al régimen que menor perjuicio cause en la organización del trabajo, etc. no son propiamente facultades empresariales de ordenación del derecho sino pautas elementales en el discurrir del mismo. Estamos en presencia de un supuesto en el que la introducción por vía legal (dejando a salvo por supuesto lo que se pacte en convenio colectivo, lo que en todo caso despejaría cualquier duda) de cualquier medida flexibilizadora, especialmente en lo tocante a la retribución de los permisos, implicaría una flexibilidad en la línea de dotar al contrato laboral de características propias del Derecho Civil, en el sentido de salvaguardar al máximo el principio de equivalencia de obligaciones e igualdad entre las partes, de tal manera que el ejercicio de un derecho del trabajador como es el de su promoción, emanado *ex lege* y no directamente de su posición como parte en el contrato que le une con el empleador, en nada perjudique los intereses de este último y pueda obtener la correspondiente descarga en sus

deberes según la merma que aquel ejercicio conlleva para la empresa.

7. TRABAJOS DE SUPERIOR E INFERIOR CATEGORIA.

Bajo esta denominación el art. 23 ET aborda una cuestión que constituye el preámbulo de otra más compleja regulada por el art. 39 del mismo cuerpo legal: la movilidad funcional, estrechamente vinculadas ambas a las facultades de dirección organizadora de la empresa en el mejor empleo de la mano de obra disponible. Se diferencian en que mientras la movilidad funcional recae sobre la amplitud de la posibilidad de asignar libremente las tareas que en cada momento han de realizar los trabajadores conforme a su categoría profesional, la cuestión que ahora se va a tratar incide sobre la posibilidad, y los efectos, de asignar a los trabajadores tareas propias de categorías superiores o inferiores a la que ostenten. En los dos supuestos, y especialmente en el segundo, el número de litigios que se generan es cuantitativamente relevante, sobre todo en las empresas con plantillas numerosas y diversidad de funciones en el proceso productivo o de servicios, poniéndose siempre de manifiesto una pugna entre la decisiones organizadoras de la empresa para la mejor marcha de la actividad y el aprovechamiento que de aquéllas pretenden realizar los afectados con el fin de consolidar una categoría superior.

El art. 23 ET parte de una idea que parece indiscutible: la empresa es libre para asignar a los trabajadores, con los límites temporales que aquel precepto establece, tareas propias de categorías superiores o inferiores, sin que por ello se deriven otros efectos que los económicos y las expectativas de ascenso que aquél regula, por lo que en principio la decisión empresarial no podría ser impugnada sino por la vía de una hipotética discriminación o vulneración del régimen pactado al efecto, si lo hubiera.

El citado artículo puede ser analizado mediante su división en tres partes: 1º.- La realización de trabajos de superior categoría durante el período preciso para poder reclamar la consolidación de tal categoría. 2º.- La imposibilidad de adquirir una categoría superior por impedimento legal o convencional. 3º.- La realización de trabajos de categoría inferior.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

- 7.1 La realización de trabajos de superior categoría durante el período preciso para poder reclamar la consolidación de tal categoría.

Establece el art. 23.1 ET que *"el trabajador que realice funciones de categoría superior a las que correspondan a la categoría profesional que tuviera reconocida, por un período superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, puede reclamar ante la dirección de la empresa la clasificación profesional adecuada"*. El apartado 2 dispone que *"contra la negativa de la empresa, y previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de personal, puede reclamar ante la jurisdicción competente"*.

Sin lugar a dudas, sería deseable que los citados plazos, (que se computan tanto si el período de realización de trabajos de superior categoría es continuo o intermitente) fueran superiores sin que por ello se derivaran los efectos que establece el precepto, esto es, la situación pudiera prolongarse durante un tiempo superior sin que por ello el trabajador tuviera derecho a formular reclamación alguna. En todo caso los plazos vigentes tampoco son reducidos sino indicadores de una situación suficientemente estable como para reconsiderar la categoría del afectado o la reorganización de la plantilla.

Ha de hacerse notar que el cumplimiento de los referidos plazos tan sólo concede en principio el derecho a realizar la reclamación oportuna ante la dirección y, contra la negativa de ésta, ante la jurisdicción competente. Esta última reclamación precisa de un informe previo del comité de empresa o delegados de personal que por fortuna no poseen carácter vinculante ni presunción de veracidad, toda vez que la experiencia que ofrece el examen de numerosas reclamaciones de este tipo indica la ligereza con que esos informes apoyan la pretensión del trabajador sin aportar un razonamiento sólido, salvo excepción, que lo fundamente. Lógicamente, no pudo concluirse lo mismo respecto al informe de la Inspección de Trabajo que el Juzgado debe recabar en cumplimiento del art. 137.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

La reclamación individual amparada en el precepto comentado podría evitarse mediante la asignación sucesiva a más de un trabajador de tareas de superior categoría con el fin de no excederse de los plazos señalados, aunque si ello deviniera en una situación cronificada sería indicadora de la necesidad de crear una nueva plaza en la categoría de que se trate, cuestión esta a resolver por un cauce distinto en que habría más posibilidades para que la empresa hiciera valer

sus proyectos de futuro al respecto, esto es, en lo referente a las necesidades de convertir en permanente o no la controvertida asignación de tareas de superior categoría.

7.2 La imposibilidad de adquirir una categoría superior por impedimento legal o convencional.

El punto esencial del art. 23 ET lo constituye su apartado 3: *"cuando se desempeñen funciones de categoría superior, pero no proceda legal o convenientemente el ascenso, el trabajador tendrá derecho a la diferencia retributiva entre la categoría asignada y la función que efectivamente realice"*. Por consiguiente este apartado contempla la situación de quienes habiendo superado los plazos antes citados realizando tareas de superior categoría, no pueden adquirir ésta bien por un impedimento legal (por ejemplo, carecer de la titulación necesaria; no haber realizado los cursos de formación práctica o por no haberlos superado, no haber cubierto los períodos legales en el momento cronológico adecuado; etc.) o bien por un impedimento convencional (por ejemplo, no estar creada la plaza conforme a los requisitos previstos en el convenio; la necesidad de que todo ascenso se produzca a través del procedimiento de selección establecido; etc.). Los supuestos en los que esta situación se da son abundantes y en definitiva el precepto viene a consagrar una realidad de gran repercusión en la organización de las empresas: el hecho de que éstas precisen de un trabajador para que temporalmente se ocupe de unas tareas propias de una categoría superior no significa sin más que se encuentre plenamente capacitado para adquirir esa superior categoría, que posiblemente englobará quehaceres muy variados distintos a los ocasionalmente asignados al interesado, al tiempo que esa asignación temporal ha podido servir para constatar la ineptitud del trabajador para ese puesto superior. De esta manera se consigue no colocar a los trabajadores en los puestos en los que por primera vez se detecta que su capacidad se ha agotado, pues en ese momento el trabajador ya ocupa un puesto superior a las dotes de que dispone. En la negociación de los convenios colectivos ha de tenerse la precaución de que la simple presencia prolongada en una categoría no dé paso al ascenso a la siguiente categoría sino, por el contrario, no premiar la antigüedad con el ascenso sino con otras contraprestaciones. Poniendo dos ejemplos de laboratorio, puede decirse que quien se dedica a lavar coches en un garaje lo hará cada vez mejor según transcurra el tiempo, pero no por ello ha adquirido los conocimientos precisos para ser ascendido a mecánico, y lo mismo cabe predicar entre las categorías de un mismo oficio; igualmente quien empaqueta en una confitería lucirá cada vez mejor los envoltorios, pero no por ello estará aprendiendo a amasar y cocer los caramelos o pasteles

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

para, tras un determinado período, ser ascendido a oficial. Bien es cierto que esta materia influye, a modo de límite, el concepto de grupo profesional, pero esos ejemplos pueden ser ilustrativos.

El art. 23.3 ET recoge el criterio de la Jurisprudencia manifestado en sentencias que cita la de 25 de Noviembre de 1983 TCT (entre otras, las de 11 de Mayo de 1966; 28 de Octubre de 1967; 17 de Marzo, 25 de Marzo y 27 de Octubre de 1969; 27 de Enero y 11 de Marzo de 1971; 14 de Enero, 23 de Febrero y 6 de Marzo de 1972; 16 de Enero, 27 de Junio, 22 de Octubre, 16 de Noviembre y 19 de Noviembre de 1973; 10 de Abril de 1974 y 9 de Junio y 17 de Junio de 1975) al expresar que *"las categorías laborales no dependen de la subjetiva voluntad de las partes en la relación laboral, sino del régimen regulatorio correspondiente"*.

En esta misma línea, el TCT terminó decantándose, tras la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, por la tesis de la no adquisición de la categoría por usucapión; en las sentencias posteriores a la promulgación (por ejemplo, las de 11 de Abril, 19 de Julio, 5 y 6 de Septiembre, 18 de Octubre y 14 y 25 de Noviembre de 1983) se afirma que *"cuando existe un sistema de ascensos debidamente regulado, aquellos productores que desempeñen funciones superiores a las que estuviesen clasificados no podrán cubrir plaza ni consolidar categoría si no observan este sistema regulador [...], pues lo que el precepto otorga es una facultad para instar la clasificación que corresponda siempre con arreglo a las normas reglamentarias o paccionadas"*. Por consiguiente, el párrafo 1º y 2º del artículo está previsto tan sólo para los supuestos en los que no haya normas de ascenso.

Como anteriormente se adelantó, no deja de constituir un criterio favorable a la flexibilidad el sostener que la aplicación de los apartados 1 y 2 del art. 23 ET no conduce al ascenso de categoría si existe un procedimiento para la cobertura de vacantes mediante el que la empresa pueda seleccionar al trabajador más conveniente. Ya se ha dicho que la Jurisprudencia ha terminado aceptando así el apartado 3 del art. 23 ET, pero resulta curioso comprobar los diferentes sentidos interpretadores que en poco tiempo otorgó a dicho precepto el TCT, hasta llegar al predominio de la ya expuesta, pudiéndose aportar a modo de ejemplo las siguientes resoluciones evidenciadoras de una feliz evolución: 1º) *"En la versión histórica de los hechos se afirma que el actor viene realizando desde el mes de Abril del 81 trabajos consistentes en filmar noticias responsabilizándose de la filmación y fotografía en cuanto es el responsable de la imagen de la noticia, función que se corresponde con las propias de reportero gráfico, descritas en el anexo*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

1º de la Ordenanza de manera que esa sola circunstancia basta para demostrar la existencia de vacante en tal categoría, pues como declaran las sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 9 de Mayo del 67 «el que aparezca una plantilla aprobada y no exista otra vacante no puede servir de obstáculo para que se asigne al trabajador la categoría correspondiente a las funciones que con la debida aptitud realmente desempeñe» (Sent. de 11 de Junio de 1983). Este criterio implica hacer prevalecer el desempeño de funciones de superior categoría durante el tiempo que establece el art. 23.1 ET sobre la existencia de un mecanismo de promoción, lo cual sería aceptable, sin embargo, si este último no existiera, aunque en cualquier caso implica imponer a la empresa la creación de hecho de otra plaza en la categoría a la que ascendería el trabajador. 2º) *"La clasificación profesional se realizará en los términos establecidos en los convenios colectivos de manera que la realización continuada por período que supere los seis meses en un año y ocho durante dos años de funciones de categoría superior a la reconocida al trabajador, no genera el ascenso automático cuando legal o convencionalmente no proceda esa promoción y para el supuesto que ahora se contempla el art. 24 del VII convenio de empresa establece que transcurridos cinco meses en los que el trabajador venga realizando trabajos atribuidos a la categoría superior, se considerará creada la vacante, pero lejos de autorizarse la libre designación para cubrir esa plaza o la validez del procedimiento de la simple ocupación durante un período determinado, el propio precepto del pacto colectivo impone a la empresa la obligación de convocar la plaza"* (Sent. de 24 de Febrero de 1984). Por consiguiente, al amparo de lo dispuesto en el convenio, la realización de funciones de superior categoría durante un concreto período hace nacer la plaza, que habrá de cubrirse no por quien realizó tales funciones sino por quien resulte elegido en el proceso de selección. 3º) *"En la citada empresa existen normas convencionales que regulan el ascenso de sus empleados no existiendo pues en la referida empresa [...] la posibilidad de ascender por el mero transcurso del tiempo a categorías superiores, sin que sea de aplicación al presente caso el art. 23.1 ET"* (Sent. de 10 de Octubre de 1984). *"El art. 23.3 ET condiciona el derecho al ascenso cuando se desempeñen funciones de categoría superior, siempre que el mismo proceda legal o convencionalmente, lo que no sucede en el presente caso. En el art. 18 bis del citado Reglamento de Régimen Interior, se establece que las referidas vacantes serán anunciadas por el Banco mediante la oportuna convocatoria, en las que se fijarán las pruebas de aptitud y capacitación a que habrán de someterse los aspirantes, de donde se deduce claramente que el mero transcurso del tiempo no da derecho por sí a ocupar vacante de categoría superior"* (Sent. de 12 de Abril de 1984).

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Por todo ello puede concluirse que las normas reglamentarias o pactadas prevalecen, a los efectos de ascenso, sobre el mero transcurso del tiempo en el desempeño de tareas propias de una categoría superior. Ahora bien, los mecanismos de ascenso pactados entre la empresa y los representantes de los trabajadores o los que aquélla venga observando con el aquietamiento o aceptación expresa o tácita de estos últimos siempre habrá de acomodarse a lo dispuesto por el art. 24.1 ET: *"Los ascensos de categoría profesional se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario, sin perjuicio de lo que pueda pactarse en convenio colectivo"*.

Es un precepto breve e interesante. La brevedad conlleva la mayor parte de las veces en el Derecho positivo laboral una predisposición en favor de la regulación pactada y, por ello, un reducido grado de proteccionismo del trabajador. Lo primero, forma parte de la segunda característica: el interés del precepto. Merece esta calificación por tres razones: 1º) Porque la generalidad de su tenor literal va acompañado de la lógica remisión a lo que más por menudo se disponga en la negociación colectiva, sin introducir en principio unos rígidos límites legales. 2º) Porque, confirmando lo dicho anteriormente, la antigüedad no es el factor determinante sino uno más junto con la formación y mérito del trabajador, encontrando una mayor compensación aquel factor en el aspecto económico, como así lo indica el art. 25 ET. 3º) Porque se hace expresa mención a las facultades organizativas del empresario, lo que es sin duda un hecho relevante reconocedor de que la organización del proceso productivo, manifestación del poder de dirección, debe tenerse presente, junto a las cualidades concurrentes en el interesado, en la regulación de los ascensos, toda vez que la aplicación de éstos en virtud de los méritos de los trabajadores puede crear desequilibrios en la distribución de la mano de obra y en el coste económico de la misma.

7.3 La realización de trabajos de categoría inferior.

El último apartado del art. 23 ET versa sobre los trabajos de categoría inferior a la ostentada: *"Si por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva el empresario precisara destinar a un trabajador a tareas correspondientes a categoría inferior a la suya, sólo podrá hacerlo por el tiempo imprescindible, manteniéndole la retribución y demás derechos derivados de su categoría profesional y comunicándoselo a los representantes legales de los trabajadores"*. A diferencia de la realización de trabajos de superior categoría, no se fija, en razón a los distintos efectos, un límite, pero el carácter perentorio o imprevisible de la necesidad que

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

lo justifica determinan el mantenimiento de la situación sólo por el tiempo imprescindible. En principio debe pensarse que ese período será breve, aunque nada impide admitir que la duración no habrá de ser calificada como correcta o no en razón a parámetros concretos sino dependiendo del mantenimiento de la necesidad extraordinaria que ha de atenderse, lo que hace que aquella duración sea, aunque lógicamente breve, incierta, por lo que al menos han de rechazarse impaciencias injustificadas del trabajador afectado o de sus representantes. Por otra parte, subsiste el derecho al percibo de igual retribución que la cobrada hasta el momento de ser destinado a esas tareas; el TCT se pronunció en el sentido de que los trabajadores afectados deberán percibir su retribución íntegra correspondiente a su categoría, incluso los complementos de calidad o cantidad que vinieran disfrutando, ya que aunque desaparezcan temporalmente las condiciones laborales justificadoras de esos complementos, no es atribuible al trabajador su nueva situación sino que deriva de una decisión empresarial, por lo que la solución legal parece inatacable.

Sería deseable, desde el punto de vista de la flexibilidad que, con el mantenimiento de los derechos económicos, se suavizaran los requisitos para encomendar la realización de trabajos propios de categoría inferior, con el fin de conseguir un mejor aprovechamiento de la mano de obra disponible en categorías superiores que pasajeramente soporten una menor carga de trabajo.

8. MOVILIDAD FUNCIONAL.

Regula esta importantísima materia el art. 39 ET incluido dentro del Capítulo Tercero (Título I), integrando lo que este último considera, conforme a su denominación, una modificación del contrato de trabajo. A pesar de la amplitud del asunto que aborda y la repercusión práctica que tiene en la organización de las empresas, con la consiguiente influencia en las medidas de flexibilidad que al respecto pudieran introducirse en la legislación, nuevamente el Derecho positivo ofrece una regulación parca que en el caso ha dado lugar a un conjunto de interrogantes doctrinales y a criterios jurisprudenciales que, muy vinculados a la clasificación profesional (art. 16.4 ET) y a la realización de trabajos de superior e inferior categoría (art. 23 ET), se van a exponer a continuación, partiendo de la idea de que el principio que late en el art. 39 ET es de que la movilidad funcional forma parte del *ius variandi* del empresario, limitado por las garantías económicas y profesionales de los trabajadores, en similares términos a los vistos con ocasión de hacer referencia al art. 23 del mismo cuerpo legal, ya que si éste regula la movilidad funcional vertical, el art. 39, en cuanto su aplicación implica un cambio de puesto de trabajo, regula la

movilidad funcional horizontal.

El poder directivo del empresario manifestado a través de la movilidad funcional cuenta con los siguientes límites: 1º) El respeto a los derechos económicos del trabajador. 2º) El respeto a los derechos profesionales del trabajador. 3º) Las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral. 4º) La pertenencia al grupo profesional.

8.1 El grupo profesional.

Este último concepto lo define el párrafo segundo del precepto como *"el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación"*. Un sector de la doctrina ha puesto de manifiesto⁽⁶⁾ la existencia de una contradicción entre los arts. 23 y 39 ET respecto de cuál sea el límite de la movilidad funcional: si la pertenencia al grupo profesional o a la categoría profesional, encontrando la solución jurisprudencial a la disyuntiva entre el interés del trabajador a la profesionalidad (art. 23 ET) y el respecto al interés empresarial a la flexibilidad (art. 39 ET), por todas, en la sentencia de 24 de Noviembre de 1986 TCT, al entender que el límite de la movilidad funcional ascendente (trabajos de superior categoría) y horizontal (movilidad funcional art. 39 ET) es el grupo profesional, en tanto que el límite de la movilidad funcional descendente (trabajos de inferior categoría) es la categoría profesional, salvo excepciones justificadas y temporales.

Sin embargo, no deberá apreciarse esa hipotética contradicción (ni por ello buscarse soluciones en la jurisprudencia a un problema doctrinal), que no hace sino limitar las facultades teóricas del empresario en el uso de los arts. 23 y 39 ET, si se tiene presente que el concepto legal de grupo profesional aparece referido a la movilidad funcional horizontal y por consiguiente a aquellos cambios de puesto acordados por la empresa que no impliquen realizar tareas propias de categorías superiores o inferiores, cuyos efectos, descritos por el art. 23 ET, no sólo son económicos sino que influyen para la posible adquisición de otra categoría (con lo que el interesado ingresaría o no en otro grupo profesional) o, en el caso de trabajos de categoría inferior, se encuentra sujeto a determinadas circunstancias; en cambio las decisiones empresariales

(6) Por ejemplo SALA FRANCO: "La movilidad funcional en el Derecho español". Relaciones Laborales, tomo I (1992), pág. 256.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

referentes a la movilidad funcional horizontal, mientras respeten los derechos económicos y profesionales, no generan efecto alguno en la categoría del afectado. Con ello, no se equiparan los conceptos de categoría y grupo profesional sino que en razón a los más amplios efectos que establece el art. 23 ET en comparación al art. 39 ET, los límites que prevé éste son mayores que los que prevé aquél, apareciendo el grupo profesional como aquel que aglutinando los caracteres homogéneos de unas concretas actividades en el ámbito de la empresa, agrupa a trabajadores de iguales o distintas categorías, en tanto que otros de igual categoría pueden estar integrados en otros grupos, y sin olvidar que toda aplicación del art. 39 ET por parte de la empresa que desborde aquel concepto implicará incurrir en la aplicación del art. 23 ET, por lo que ha de concluirse que una estricta aplicación respecto a la pertenencia del grupo profesional representará un serio límite a la movilidad funcional y, con ello, al mejor empleo de la mano de obra disponible en la empresa conforme a las necesidades variables del proceso productivo o de servicios a que aquélla se dedique.

El problema se simplificaría si en la práctica los representantes de los trabajadores no se opusieran a la plenitud de efectos del segundo inciso de la Disposición Transitoria Segunda párrafo 1º ET, que aquéllos suelen pretender eludir muchas veces otorgando interpretaciones forzadas a pactos recientes en el tiempo que en la casi totalidad de los casos no contemplan el tema de los grupos profesionales sino como un concepto que dan por entendido. Dice así aquella Disposición: *"A efectos de la definición de grupo profesional a que se refiere el art. 39, se estará a lo dispuesto en las Ordenanzas, mientras no se pacte sobre la materia a través de los convenios colectivos"*. El silencio que habitualmente guardan éstos últimos al respecto permite la aplicación de las Ordenanzas, que suelen contener una distribución muy pormenorizada de los grupos profesionales que permiten a las empresas no sólo olvidarse del escabroso problema de delimitar el concepto sino de proceder a, incluso, amplias movilidades funcionales necesarias en la reorganización de las mismas sin vulnerar el respeto a los grupos profesionales. Por desgracia, ello no suele ocurrir siempre y entonces surge de nuevo la necesidad de la reforma legislativa de la movilidad funcional, puesto que las Ordenanzas pueden resultar rígidas en algunos casos y obsoletas en otros, por lo que su utilidad suele ser limitada.

El Programa de Convergencia (1992-1996) prevé al respecto: *"en línea con la asunción de las responsabilidades propias de cada uno de los agentes que debería caracterizar a la etapa que ahora se inicia, el Gobierno propone que sean los sindicatos y los empresarios quienes, en*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

el ámbito de la negociación colectiva, acuerden las normas que deberán sustituir a las que hasta ahora les venían impuestas por las vigentes Ordenanzas.

Si transcurrido un período de tiempo razonable -que bien pudiera ser el que mediase entre la aprobación del Programa de Convergencia y la entrada en vigor de los primeros convenios colectivos que deberían haber regulado este aspecto- empresarios y sindicatos no hubiesen conseguido llegar a un acuerdo, el Gobierno derogará la actual estructura de categorías y grupos profesionales contenidos en las Ordenanzas y Reglamentaciones de Trabajo, sustituyéndola temporalmente por los grupos de Cotización a la Seguridad Social hasta que las partes lleguen a acuerdos en los sucesivos convenios colectivos".

8. 2 Los derechos profesionales.

Continuando con las controversias que suscitan los términos que integran el precepto comentado, otro de los límites a la práctica de la movilidad funcional es el respeto a los derechos profesionales del trabajador. Habitualmente (por ejemplo, la sentencia de 22 de Diciembre de 1986 TCT) los Tribunales lo han entendido referido a las reglas sobre clasificación profesional, trabajos de superior e inferior categoría y ascensos, esto es, en relación a los arts. 16.4, 23 y 24 ET. Otro criterio jurisprudencial más tímido, y más limitativo de la efectiva eficacia que puede lograrse a través de la aplicación del art. 39 ET, lo refieren a la equivalencia entre las funciones habituales y las que se pretenden asignar y con el respeto a la formación profesional del trabajador (por ejemplo, la sentencia de 28 de Junio de 1985 TCT).

8. 3 Los derechos económicos.

El siguiente problema que se suscita es el del contenido del respeto a los derechos económicos del trabajador, pues cuanto más amplio sea el concepto, esto es, el conjunto de los derechos económicos que puede conservar el trabajador tras el cambio de puesto de trabajo, más limitativo será el ejercicio que la empresa esté dispuesta a realizar del derecho a tal cambio cuando así le convenga, lo que indudablemente repercutirá en la rigidez o flexibilidad que se dé a esta cuestión. Así, existe unanimidad en la doctrina⁽⁷⁾ y la Jurisprudencia respecto a la inclusión o mantenimiento del salario base y la exclusión o modificación de las percepciones extrasalariales

(7) T. SALA FRANCO: "La movilidad funcional...". Obra citada, pág. 256 y 257.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

y de los complementos personales de vencimiento periódico superior al mes y de residencia.

En cambio, no existe unanimidad sobre el complemento de puesto de trabajo, lo cual resulta sorprendente porque el art. 5 B del Decreto 2380/1973 establece que *"este complemento es de índole funcional y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, por lo que no tendrá carácter consolidable"*. La exclusión ha sido mantenida con generalidad (por ejemplo, la sentencia de 10 de Marzo de 1987 TCT), aunque alguna resolución judicial, claramente excepcional, pero causante de la ausencia de unanimidad, ha sostenido lo contrario.

También se aprecian fisuras discretas respecto a los complementos de cantidad y calidad de trabajo; se ha entendido con generalidad por la Jurisprudencia que esos complementos no se mantienen tras el cambio de puesto en las condiciones que regían hasta ese momento, pues el art. 11 del Decreto citado de 1973 dispone que *"a los trabajadores cuyos salarios queden determinados por cualquier sistema dentro del régimen de trabajo medido se les mantendrá los complementos y la cuantía de éstos que viniesen percibiendo cuando cambie la organización del trabajo, aunque ello haya supuesto la reducción de la actividad y el rendimiento exigible, salvo que dicha modificación comporte cambio de puesto de trabajo"*. Por el contrario, algunas sentencias opinan lo contrario en razón al derecho constitucional (art. 35.1) a la promoción profesional (aunque de hecho resulta difícil aceptar que el art. 22 ET quede vulnerado si el cambio de puesto no afecta nunca a la categoría), y en razón así mismo a que la decisión empresarial pueda encerrar una medida disciplinaria o discriminatoria (aunque lo segundo, que nunca puede presumirse y siempre ha de probarse, parece más bien un recurso simplista por la facilidad de su alegación, y lo primero no sería nunca un argumento válido si el legítimo ejercicio de las facultades disciplinarias contara con un amparo judicial siempre extraño a proteccionismos inmerecidos). Son ejemplo de esta línea discrepante las sentencias de 3 de Febrero de 1983 y 31 de Mayo de 1986 TCT.

8. 4 Naturaleza jurídica del art. 39 ET.

El precepto se enmarca, en principio, dentro del Derecho imperativo, en el sentido de que establece un mínimo indisponible que, sin embargo, puede ser mejorado mediante la negociación colectiva. Ello significa, por una parte, la posibilidad de concretar el concepto de grupo profesional solucionando las controversias que se plantean en relación a los arts. 16.4, 23 y 24 ET

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

y respecto al concepto de categoría profesional, y por otra parte, la imposibilidad, de establecer un régimen de movilidad funcional más restringido que el legal, aunque seguidamente se reseñará alguna resolución judicial que sostiene lo contrario.

La sentencia de 28 de Abril de 1986 TS es exponente de un criterio que, como poco después se indicará, defiende el carácter imperativo del precepto, siendo muestra de una interpretación rígida: *"esa modalidad que autoriza el convenio colectivo no puede exceder de los límites que establece el art. 39 ET, que es una norma de mínimos, en cuanto que los convenios pueden ampliar los derechos laborales con respecto al Estatuto de los Trabajadores, pero no cercenar o rebajar los reconocidos en él"*.

Por el contrario, veamos otra línea claramente flexibilizadora; la sentencia de 25 de Abril de 1985 TCT dice: *"los límites del ius variandi fijados por el invocado art. 39 ET no son en toda su intensidad Derecho necesario, no susceptibles de modificaciones a través de un pacto colectivo"*. La de 3 de Diciembre de 1985 también del TCT dice: *"las previsiones limitativas del citado precepto estatutario (art. 39 ET) no son de Derecho necesario absoluto y, por lo tanto, pueden ser alteradas mediante pacto en contrario, con el alcance específico que las mismas -partes- quieran darle"*. Cuenta ello con el apoyo del art. 2.4 del Real Decreto 696/1980 de 14 de Abril: *"En los convenios colectivos podrán establecerse pactos de movilidad funcional, cuya aplicación no requerirá incoar expediente al efecto"*. Conforme a este criterio puede concluirse que aunque el precepto posea la naturaleza indicada al comienzo de este apartado, un acuerdo colectivo pudiera admitir válidamente la movilidad funcional más allá de los límites del grupo profesional.

8. 5 La contratación individual y la movilidad funcional.

En el supuesto de que el contrato de trabajo individual especifique, además de la categoría profesional, las actividades a las que va a ser destinado el trabajador, la empresa no podrá hacer uso directo de las facultades previstas por el art. 39 y concordantes ET sino que, procediendo a la novación contractual sobre ese punto, debieran las partes pactar la modificación de las tareas a realizar y en caso de desacuerdo la empresa debiera acudir al procedimiento regulado por el art.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

41 ET⁽⁸⁾, de lo que se deduce la innecesariedad en principio de aquella especificación, por las negativas consecuencias que en el futuro pueden general para la empresa, excepto en los casos en que ello sea preciso o no pueda eludirse por constituir una condición impuesta por el trabajador (generalmente muy cualificado) para la suscripción del contrato.

Por otra parte, se puede dar la situación de que el contrato no especifique las tareas, pero en cambio tácitamente se produzca dicha especificación en razón a la permanente prestación de unas mismas funciones, en cuyo caso, alegando el trabajador una supuesta condición más beneficiosa, podría defender la concurrencia de una renuncia empresarial, también tácita al *ius variandi* (que realmente sería una imposibilidad de practicarlo). La Jurisprudencia ha respondido negativamente a esa posibilidad; la sentencia de 27 de Junio de 1978 TCT es muestra de ello al decir: *"la exigencia de determinadas funciones correspondientes a la categoría profesional durante un cierto tiempo no entraña por sí misma que el empresario aceptase incorporar al nexo laboral que le vinculaba con el trabajador la condición limitativa de las funciones que por su categoría incumbe a éste, ya que por suponer tal condición una limitación del poder de dirección, no debe presumirse la existencia de tal pacto por la continuidad en la situación que se cuestiona, que puede proceder de no haber sido necesario, dada la organización del centro, encomendar las tareas que hoy se discuten"*.

Finalmente cabe preguntarse sobre los límites que la autonomía de la voluntad de las partes puede tener en los acuerdos referentes a la movilidad funcional. La respuesta es sencilla: si el art. 16.4 ET dice que la clasificación profesional se realizará por acuerdo entre el trabajador y el empresario, también podrán las partes mediante acuerdo fijar la forma de practicarse la movilidad funcional, que representa una reclasificación y por ello una novación respecto al acuerdo inicial, sometido a las reglas generales de los contratos; la movilidad funcional es una modificación contractual que puede perfeccionarse por el acuerdo entre las partes, al igual que el mutuo acuerdo sirve para suspender un contrato (art. 45.1 ET) o extinguirlo (art. 49.1 ET).

(8) T. SALA FRANCO: "La movilidad funcional...". Obra citada, pág. 258.

8. 6 Efectos prácticos más relevantes de la movilidad funcional.

El cambio de puesto de trabajo acordado por la empresa puede dar lugar a una disminución de rendimiento del trabajador que pondrá de manifiesto el error de la decisión (o la servidumbre que ha de soportar la empresa consciente de que conviene a pesar de ello mantener el cambio acordado) o bien la voluntad rebelde del afectado en aceptar de buen grado la orden y adaptarse al nuevo puesto. En este segundo caso la imposición de medidas disciplinarias o incluso el despido son previsibles. Las empresas han de ser cautas a la hora de imponer esas medidas porque en vía judicial sería relativamente sencillo para el trabajador alegar las novedades que trajo el cambio de puesto para justificar una disminución anormal de rendimiento. Ejemplos de conflictos planteados por esa razón son los siguientes; la sentencia de 12 de Marzo de 1983 TCT recoge el concepto de grupo profesional y aprecia la inexistencia de disminución de rendimiento en el caso de un electricista fontanero que le obliga la empresa a realizar trabajos de pintor, esto es, se había producido una vulneración del art. 39 ET al no respetar el concepto citado. Por igual razón la sentencia de 28 de Septiembre de 1983 TS no consideró la existencia de disminución de rendimiento que pudiera amparar el despido disciplinario incoado, por cuanto que el trabajador habría sido degradado profesionalmente al haberle encomendado la empresa funciones impropias de su categoría profesional.

Otro riesgo derivado del art. 39 ET consiste en infringir determinadas condiciones, económicas por lo general, que en cuanto incumplimiento contractual grave puede ser encuadrado en el art. 50 ET, pudiendo dar lugar a la resolución voluntaria pedida por el trabajador, a quien corresponderá una indemnización con cargo a la empresa; es ejemplo de ello, entre otras muchas, la sentencia de 17 de Marzo de 1983 TCT.

Lo que en todo caso resulta indiscutible es que cuanto mayor sea el contenido y las facilidades para que las empresas hagan uso de la movilidad funcional, menor será la necesidad de acudir a la contratación temporal, puesto que los empresarios cubrirán sus demandas de mano de obra con los trabajadores ya contratados, lo cual redundará en beneficio de la estabilidad en el empleo y es muestra de los efectos positivos que la flexibilidad puede generar para ambas partes de la relación laboral.

8.7 Conclusiones.

Siguiendo a Sala Franco en la obra ya citada, pueden enumerarse estas: 1º) Como se ha expuesto, existe una gran inseguridad no sólo a la vista de las opiniones encontradas que ofrece tanto la doctrina como la Jurisprudencia sino también en los propios términos en que se encuentran redactados los arts. 39 y concordantes del ET, a tal punto que la valoración conjunta de los mismos ofrece grandes dudas respecto a la aplicabilidad de cada uno a cada caso concreto y al mismo ámbito de la movilidad funcional, lo que no viene sino a obstaculizar el normal ejercicio de las facultades que al parecer proporciona a las empresas ese precepto. 2º) La notable importancia que la Jurisprudencia viene teniendo a la hora de flexibilizar la cuestión de la movilidad funcional, haciéndolo básicamente mediante la interpretación que practica de los términos "*derechos económicos*", "*derechos profesionales*", "*grupo profesional*", y respecto a su naturaleza jurídica y tratamiento en la negociación colectiva y en la contratación individual. 3º) La aceptación jurisprudencial de las reglas generales de los contratos, sin otra protección, para la regulación de la movilidad funcional en la contratación laboral individual.

La modificación legal de la regulación actual de la movilidad funcional sería triple⁽⁹⁾: 1º.- La supresión en el art. 23 ET de la referencia a las categorías profesionales. 2º.- Concretar el contenido de las expresiones "*derechos económicos*" y "*derechos profesionales*", o al menos dejar que los convenios colectivos lo concreten. 3º.- Determinar si los preceptos legales sobre la movilidad funcional son imperativos o dispositivos a efectos de la negociación colectiva.

Los efectos cotidianos más inmediatos que las modificaciones flexibilizadoras generarían serían: la dificultad de los trabajadores afectados, dada su formación monovalente, en adaptarse al nuevo puesto, con el riesgo de que su contrato se extinga por ineptitud; así mismo, el temor de muchos trabajadores a que las decisiones sobre el cambio de puesto las tomen mandos intermedios, con riesgo de que no prevalezcan las razones empresariales objetivas sino la discriminación y el amiguismo. Ambos problemas requieren como solución abordar la formación de los trabajadores afectados por la movilidad funcional y regular la participación de los representantes legales en esta materia.

(9) T. SALA FRANCO: "Las claves para una reforma de la regulación de la movilidad funcional". *Relaciones Laborales* nº 16-17, Agosto-Septiembre 1993, pág. 42.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Se hace conveniente, para acabar, insistir una vez más en la importancia de este tema en el fenómeno de la flexibilidad. Piénsese en una empresa del sector hostelero que en un mismo centro de trabajo posee un hotel, un bar y un restaurante; tanto a lo largo de una jornada como a lo largo del año se producen constantes fluctuaciones, cronológicamente homogéneas y cualitativa y cuantitativamente conocidas por la empresa a través de la experiencia elemental que le proporcionan los antecedentes. Así, puede ocurrir que el hotel se encuentre plenamente ocupado durante la primavera y época estival, encontrándose con una mínima ocupación durante el resto del año; de igual manera, la terraza del bar se encuentra concurrida los días de bonanza climatológica, cuando el interior del bar se halla semivacío, y al revés en los días de mal tiempo; así mismo, el bar puede encontrarse lleno a las horas del aperitivo y a media tarde, y vacío a las horas de la comida o la cena en que el restaurante se halla muy concurrido. Pues bien, esas fluctuantes necesidades de mano de obra que impone la dinámica del negocio empresarial requiere, para el normal aprovechamiento de los medios humanos disponibles y en evitación de que eflicamente haya un desequilibrio consistente en trabajadores casi desocupados que coexistan con otros desbordados por un exceso de labores que normalmente impedirá ofrecer al cliente un servicio adecuado, que la empresa pueda con agilidad encomendar a las limpiadoras, personal de cocina, camareros, barmans, etc. al puesto homogéneo en que más se les necesite, sin que los conceptos de derechos profesionales y grupo profesional (dejando de lado los menos controvertidos derechos económicos) obstaculicen esa movilidad, lo que no es sino admitir una flexibilidad, lo más amplia posible, en esa materia encuadrada en las facultades técnico-organizativas de la dirección, y que a falta de la debida aportación del Ordenamiento, ha de correr a cargo de la Jurisprudencia, que sobre este punto ha venido dando, como ya se ha dicho, aportaciones importantes que posiblemente no han sido mayores por los límites que imponen los preceptos legales comentados.

9. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA.

Constituye un episodio más en que la confrontación de intereses entre la empresa y los trabajadores tiene una proyección directa en el conflicto flexibilidad-rigidez; mientras los trabajadores pretenden alcanzar el mayor grado de inamovilidad, los empresarios buscan, al igual que con otras figuras jurídicas ya expuestas, una mejor utilización de la mano de obra para adaptar la disponible a las necesidades cambiantes o sobrevenidas; movilidad-estabilidad, como trasunto del debate flexibilidad-rigidez, se ubica en el ámbito de las facultades técnico-organizativas de la

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

empresa. Se va a desarrollar seguidamente esta cuestión, como ya viene siendo habitual en este trabajo, tomando como punto de referencia el precepto, único, que el Estatuto de los Trabajadores dedica a la materia: la regla general es la inamovilidad o estabilidad del trabajador, y la excepción posee un alcance mayor del que en principio cabe esperar, lo que permitirá finalmente llegar a conclusiones moderadamente felices para quienes defienden en éste y otros ámbitos un amplio margen de maniobra en favor de las empresas.

Partiendo, como se ha dicho, del art. 40 ET ha de adelantarse desde este momento que, configurando ese precepto la movilidad geográfica solamente como el cambio a un lugar de trabajo distinto del habitual, entendiendo por lugar de trabajo el centro de trabajo, omite toda referencia a supuestos de movilidad distinta del traslado y el desplazamiento y, por otra parte, no se aplica a la movilidad geográfica en el sector del transporte por establecerlo así la Disposición Final Cuarta del ET, al que se aplica la normativa específica del sector.

9. 1 Los traslados. Concepto.

Se configura como un cambio de puesto de trabajo que implica un cambio a centro de trabajo distinto de la misma empresa, entendiendo como centro de trabajo lo que establece el art. 1.5 ET: "[...] *la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral*". Nada dice la Ley estatutaria ni precepto legal alguno de otro cuerpo respecto a los supuestos de movilidad dentro de lo que se viene denominando grupo de empresas, pues cabe la duda de si estaríamos en presencia de una verdadera movilidad geográfica o ante la extinción de un contrato en una empresa y la suscripción de otro en la nueva empresa⁽¹⁰⁾; sin perjuicio de lo que se expondrá en su momento sobre las agrupaciones de empresa, ahora puede recordarse que sentencias del TS, como las de 23 de Junio de 1983 y 3 de Julio de 1984, y del TCT, como la de 7 de Noviembre de 1980, han mantenido el concepto clásico de la separación formal de las empresas componentes del grupo, en tanto que otras sentencias, como las de 4 de Noviembre de 1981, 25 de Mayo y 15 de Octubre de 1982 del TCT, han sostenido lo contrario abriendo paso al criterio conforme al cual la apreciación de la existencia del grupo, con los

(10) En general sobre el tema L.M. CAMPS RUIZ: "La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades", Madrid 1986; E. GONZALEZ BIEDMA: "La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales", Relaciones Laborales, nº 21, 1989, págs. 9 y ss.; J.M. EMBID IRUJO: "Regulación mercantil de los grupos de sociedades", R.J.E. La Ley 1989-1, pág. 980.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

consiguientes efectos especialmente en materia de responsabilidad solidaria, depende la concurrencia de tres factores: dirección unitaria, confusión de plantillas y patrimonios y apariencia externa de grupo. Gran parte de la doctrina se inclina por la aplicación analógica de las garantías del art. 40 ET a los casos de movilidad geográfica entre empresas agrupadas.

Por otra parte, es requisito ineludible que el cambio de centro de trabajo conlleve un cambio de residencia. Este último concepto ha de entenderse referido, según sostiene con unanimidad la doctrina⁽¹¹⁾, al sentido civilista del mismo, esto es, el domicilio habitual del trabajador. Sobre este punto la Ley no especifica en qué supuestos se hace preciso el cambio de residencia toda vez que ello sería conveniente teniendo presente que en las grandes concentraciones urbanas los medios de transporte permiten mantener el domicilio alejado del centro de trabajo; en este sentido, pudiera darse el caso de que el cambio de centro de trabajo acercara al trabajador a su domicilio, distante hasta entonces, por lo dicho, del anterior centro. La variedad de situaciones que pueden darse en la práctica desaconseja proponer la necesidad de que la Ley concretara esta cuestión, por lo que su solución habrá de darse conforme a las peculiaridades de cada caso individual.

Otro aspecto destacable es el de la duda sobre la aplicabilidad del art. 40 ET a los traslados colectivos y no solamente, como parece desprenderse de su literalidad, a los traslados individuales, partiendo de la disyuntiva de la preferencia del art. 41 ET para con los primeros. Algunos autores, como Sala Franco⁽¹²⁾, apoyan la aplicación del art. 40 ET, alegando fundamentalmente: 1º) Que el art. 41.4 ET establece una remisión expresa al ordinal que le precede al disponer que *"en materia de traslados, se estará a las normas específicas establecidas en la presente Ley"*. 2º) Que en los traslados colectivos el ET ya prevé en el art. 64.1.3 b) la emisión de un informe, previo a la ejecución de la decisión empresarial del traslado total o parcial de las instalaciones, por parte del comité de empresa. 3º) Que los intereses de los trabajadores en los traslados colectivos también se defienden mediante las garantías del art. 40 ET. Por el contrario, otros autores (Alonso Olea, Casas Baamonde⁽¹³⁾, Cruz Villalón⁽¹⁴⁾) defienden la

(11) Por ejemplo J. CRUZ VILLALÓN: "La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal". Revista de Política Social, nº 125 (1980), pág. 95.

(12) "Movilidad geográfica". Madrid 1982, pág. 86.

(13) M. ALONSO OLEA Y M^{te} E. CASAS BAAMONDE: "Derecho del Trabajo". 11ª edición, Madrid 1989, págs. 217 y 118.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

aplicación del art. 41 ET porque permite una mayor intervención de la autonomía colectiva.

Por último, el traslado posee la condición de ser una situación excepcional. La habitualidad del traslado excluye la aplicación del art. 40 ET al establecer éste "[...] salvo los contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes". En estos casos no han de jugar las garantías que prevé aquel precepto sino que el traslado aparece como una manifestación del poder empresarial que, acreditada la aceptación expresa o tácita del trabajador o la natural movilidad que ineludiblemente comporta la actividad laboral para determinadas empresas, deriva del art. 20 ET y se ejercita sin especial cortapisa⁽¹⁵⁾.

9.2 La autorización administrativa del traslado.

El apartado 1 del precepto que se comenta exige que el traslado se realice previo expediente tramitado al efecto⁽¹⁶⁾. La doctrina entiende y también los Tribunales (sentencias de TS de 6 de Febrero de 1986 y del TCT de 18 de Marzo de 1986) que el expediente administrativo es necesario solamente cuando exista contienda sobre su procedencia y contenido, por lo que, respetando los derechos irrenunciables del trabajador afectado (art. 3.5 ET), el mutuo acuerdo puede regular la práctica del traslado como si de un contrato suscrito para ello se tratara.

No especifica el art. 40 ET detalle alguno sobre el expediente ni el Real Decreto 696/1980 de 14 de Abril contiene una regulación pormenorizada, remitiendo el art. 18.2 de este último a la Ley de Procedimiento Administrativo en lo no previsto por el Estatuto y el propio Real Decreto tanto en instancia como en alzada.

El tantas veces citado art. 40 ET se refiere, como justificación del traslado que se pretenda, a las causas técnicas, organizativas o productivas. Los tres son conceptos jurídicos indeterminados, lo que representa un importante grado de discrecionalidad proveniente de la Ley, que las Reglamentaciones y Convenios suelen delimitar. Esa indeterminación no debe tomarse

(14) Obra citada.

(15) En este sentido se pronuncian M. ALONSO OLEA Y M^aE. CASAS BAAMONDE; T. SALA FRANCO y J. CRUZ VILLALÓN. Obras citadas.

(16) Sobre la naturaleza jurídica de la intervención administrativa, J. CRUZ VILLALÓN: "Las modificaciones de la prestación de trabajo". Madrid 1983, págs. 262 y ss.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

como muestra de subjetivismos amparadores de decisiones empresariales generadoras de indefensión para los trabajadores sino como un ejemplo de amplitud y flexibilidad favorecedor de la efectividad del traslado como respuesta a una necesidad real de la empresa. Así mismo, téngase presente que, según criterio doctrinal generalizado, la autorización que solicite la empresa no puede ser genérica o por tiempo indeterminado sino específica para unos trabajadores y puestos concretos.

El Estatuto y el Real Decreto 696/1980 no prevén la audiencia de los trabajadores afectados, sino tan sólo, como antes se dijo, el informe del comité de empresa en los traslados totales o parciales de centros de trabajo (art. 64.1.3 b), y sin perjuicio de que la normativa sectorial prevea dicha audiencia en las empresas de su ámbito funcional. No obstante, el art. 18.2 del Real Decreto citado, como anteriormente también se dijo, establece la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuyo art. 91.1 dispone: *"Instruidos los expedientes, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes"*. Con ello pudiera defenderse la procedencia de un trámite de audiencia al interesado.

Dice el inciso final del art. 40.1 ET: *"[...] que deberá resolverse -el expediente- en el improrrogable plazo de treinta días, entendiéndose que el silencio administrativo tendrá carácter positivo"*. De esta manera se introduce una excepción al principio general del silencio administrativo negativo fijado por los arts. 94 y 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo, hoy derogados por la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Como es frecuente siempre que una norma favorece abiertamente el ejercicio del poder directivo de las empresa, el precepto ha sido criticado sobre este punto por la doctrina en razón a que el exceso de actividad en los órganos administrativos puede conllevar la frecuencia de su silencio y el descontrol de las facultades empresariales⁽¹⁷⁾. Puede, sin embargo, sostenerse una postura más positiva: es inadmisibles pensar que el silencio vaya a producirse concurriendo una infracción a los límites legales del art. 40 ET, por lo que la carencia de respuesta administrativa expresa obedecerá bien

(17) Así se manifiestan, por ejemplo: J. CRUZ VILLALÓN, obra citada, pág. 112; J.I. GARCÍA NINET: "La movilidad de los trabajadores: consideraciones en torno al art. 40 del ET", Alicante 1982, pág. 120; y T. SALA FRANCO: "Movilidad geográfica". Obra citada, pág. 97.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

al correcto ejercicio de aquella facultad, bien a la irrelevancia jurídica de los argumentos ofrecidos frente a aquella decisión, o bien a ambas razones.

Respecto a esto último cabe recordar que para el traslado de centros de trabajo, al art. 43.2 a) de la Ley 30/1992 dice: *"Cuando en los procedimientos iniciados en virtud de solicitudes formuladas por los interesados no haya recaído resolución en plazo, se podrán entender estimadas aquéllas en los siguientes supuestos: a) Solicitudes de concesión de licencias y autorizaciones de instalaciones, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo"*.

Respecto a la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores (art. 40.5 ET), la Jurisprudencia (por ejemplo, la sentencia de 18 de Octubre de 1989 TS) le otorga su justo alcance al no considerarlo como un derecho a la absoluta inamovilidad geográfica.

El art. 19.2 del Real Decreto 696/1980 dice: *"Las resoluciones administrativas serán de ejecutividad inmediata [...]"*. Por consiguiente, la desobediencia a una orden de traslado autorizado bajo el pretexto de la interposición de un recurso aún no resuelto frente a la decisión administrativa carece de respaldo legal y habrá de ser considerado merecedor del despido. Se evita así el posible obstruccionismo buscado mediante el recurso, lo que crearía normalmente graves perjuicios a la empresa.

9.3 Consecuencias del traslado.

Dispone el art. 40.2 ET que, autorizado el traslado, el trabajador que no opte por aceptar el mismo, podrá hacerlo en favor de la extinción del contrato con derecho a percibir la indemnización que se fije como si se tratara de extinción autorizada por causas tecnológicas o económicas. No indica el precepto si esa extinción opera automáticamente o ha de ser declarada por el Juzgado; la doctrina mayoritariamente sostiene la primera posibilidad, no sólo en razón a que así lo dispone el precepto comentado (en tanto que el art. 50 ET se refiere a las causas por las que el trabajador puede solicitar la extinción del contrato, por lo que no producen ese efecto automáticamente) sino también porque el Juzgado debe examinar la legitimidad de la causa alegada por el trabajador para solicitar la extinción y esa comprobación ya la ha realizado la autoridad laboral administrativa al autorizar el traslado.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Pudiera darse el caso de que aun autorizando el traslado la autoridad laboral, el trabajador entienda que el mismo afecta a su formación profesional o menoscaba su dignidad, reclamando por ello una indemnización superior al amparo del art. 50.2 ET. En este supuesto la extinción no operará automáticamente, pero en todo caso habrá que defender que la autorización del traslado representa el reconocimiento de la legitimidad de la decisión empresarial amparada en causa legal, esto es, en razones técnicas, organizativas o productivas que han de prevalecer, normalmente por incompatibilidad, respecto al posible perjuicio a la formación o al menoscabo de la dignidad.

La alternativa a la extinción contractual es la aceptación del traslado (sin perjuicio del recurso que pueda interponerse frente a la autorización administrativa), en cuyo caso el trabajador tiene derecho a una compensación por gastos tanto propios como de los familiares a su cargo en los términos que convengan las partes que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos. La falta de acuerdo podrá dar lugar a la correspondiente reclamación judicial, infrecuente en virtud de las especificaciones fijadas en los convenios y, en su caso, en las Reglamentaciones y Ordenanzas laborales.

Finalmente puede darse el caso de que el traslado sea ordenado por la empresa sin haber solicitado la autorización o habiendo sido denegado aquél. La negativa del trabajador no será causa de despido ni sanción, habiéndolo manifestado así las sentencias del Tribunal Constitucional de 6 de Marzo y 11 de Abril de 1981 y 23 de Diciembre de 1982; las de 23 de Junio de 1980, 7 de Marzo de 1986 y 17 de Enero de 1989 del TS; y las de 28 de Septiembre y 4 de Noviembre de 1977 y 16 de Febrero de 1978 del TCT¹⁸⁾.

Así mismo, el trabajador podrá ejercitar la acción de extinción contractual en base al art. 50 ET alegando un incumplimiento contractual grave, y lo mismo cabe decir si la empresa incumple algún requisito legal después de obtenida la autorización (plazo de incorporación, no ofrecimiento de la opción entre traslado y extinción contractual, etc.). En ambos casos, la empresa no quedaría libre de serle impuesta una sanción por aplicación de la Ley 8/1988 de 7 de Abril

(18) También se manifiesta así la doctrina: J. CRUZ VILLALÓN, obra citada, pág. 116; J.I. GARCÍA NINET, obra citada, pág. 120; A. PEDRAJAS MORENO: "Traslados y obediencia debida al trabajador: criterios jurisprudenciales", *Actualidad Laboral*, nº 33 (1990), 202/90-1, págs 382 y 383; M.T. PÉREZ del RIO: "La regulación en el ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida", *Poder Judicial*, nº 6 (1987), pág. 201; M. RODRIGUEZ-PINERO: "Obediencia debida y desobediencia justificada", *Relaciones Laborales*, nº2 (1988), pág 5.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

sobre infracciones y sanciones del Orden Social, cuyo art. 7.4, aunque referido expresamente a la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo, es aplicable al caso tanto por la ubicación sistemática del art. 40 ET como por la remisión que al mismo hace el art. 41.4 del mismo cuerpo legal.

9.4 Los desplazamiento. Concepto.

Al igual que en los traslados, el desplazamiento supone un cambio de centro de trabajo a población distinta de la residencia habitual. Se diferencia, en cambio, en su carácter temporal, estableciendo el art. 40.3 ET el límite de un año a partir del cual, y salvo regímenes pactados más favorables que prevean límites inferiores, el desplazamiento se convertiría en traslado. No dice aquel precepto si el cómputo del límite temporal ha de ser acumulativo o sucesivo; la mayoría de la doctrina⁽¹⁹⁾ se inclina por el concepto acumulativo en atención a la naturaleza del desplazamiento: una movilidad geográfica de duración corta.

No distingue el art. 40.3 ET entre los desplazamientos dentro o fuera del territorio nacional, pero no existe obstáculo para que se aplique en ambos casos, es decir, también a los trabajadores de empresas españolas que tengan pedidos en el extranjero. Así se desprende, por ejemplo, de la sentencia de 1 de Julio de 1986 TS.

La ausencia de referencia en el apartado 3 del art. 40 ET, a diferencia del apartado 1, a las empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, ha planteado la duda de si el primero es aplicable también a estos últimos. Aun siendo indiscutible que el apartado 3 no reitera la excepción, se ha entendido que es aplicable solamente a los desplazamientos excepcionales (no a los habituales) por parte tanto de la doctrina mayoritaria⁽²⁰⁾ como por los tribunales (a modo de ejemplo, las sentencias de 30 de Noviembre de 1976, 7 de Octubre y 9 de Diciembre de 1977, 25 de Octubre de 1978 y 7 de Mayo de 1980 del TCT).

(19) Nuevamente, M. ALONSO OLEA Y M^ªE. CASAS BAAMONDE; y T. SALA FRANCO. Obras citadas, págs. 220 y 106 respectivamente.
En contra se pronuncia: F. PÉREZ de los COBOS: "Límite del años en los desplazamientos temporales", *Actualidad Laboral*, n^º 32 (1990), 709/90-3, pág. 1395.

(20) M. ALONSO OLEA Y M^ªE. CASAS BAAMONDE; y T. SALA FRANCO. Obras citadas, págs. 221 y 108 respectivamente.
En contra: CRUZ VILLALÓN, Obra citada, pág. 94.

9. 5 Naturaleza de los desplazamientos.

En contra de lo que sucede con los traslados, los desplazamientos constituyen una manifestación del poder organizativo de las empresas no sujeto al requisito de la autorización administrativa previa⁽²¹⁾. Ahora bien, el art. 40.3 ET exige que la decisión se base en causas técnicas, organizativas o de producción; la carencia de la autorización administrativa previa implica una inversión en la carga de la prueba: el trabajador afectado que se oponga a la orden empresarial habrá de acreditar que dichas razones no concurren o resultan insuficientes para justificar el desplazamiento⁽²²⁾.

En los desplazamientos, al igual que en los traslados, los representantes de los trabajadores tienen prioridad de permanencia en los puestos de trabajo (art. 40.5 ET).

Con el fin de que el trabajador tenga conocimiento del alcance de la decisión empresarial y pueda, además de ver garantizado el principio de seguridad jurídica, oponerse judicialmente a la misma, la Ley no especifica, pero sí en cambio opina la Jurisprudencia⁽²³⁾, que la comunicación de desplazamiento ha de contener una constancia de la causa o causas, la calificación como tal desplazamiento, su duración, el ofrecimiento de los gastos de viaje y dietas así como la entrega de la orden con la suficiente antelación; los convenios habitualmente suelen recoger estos requisitos imprescindibles para el normal desarrollo del desplazamiento.

9. 6 Consecuencias de la orden de desplazamiento.

El principal efecto es la obligación del trabajador de acatar la orden. Si el trabajador no aceptara la decisión empresarial, podrá alegar la causa de oposición ante la autoridad laboral, aunque la decisión empresarial es ejecutiva, esto es, dicha reclamación no obsta para el cumplimiento del desplazamiento. La desobediencia simple, y más aún la que persista tras la resolución denegatoria, constituirá causa para un despido procedente.

(21) Así se pronuncia entre otros, F. DURÁN LÓPEZ: "Desplazamientos temporales: poderes empresariales y control administrativo". *Relaciones Laborales*, nº4 (1985), pág. 117.

(22) T. SALA FRANCO. Obra citada, pág. 459. Y otros.

(23) Sentencias de 12 de Diciembre de 1977 y 25 de Octubre de 1986 TCT.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

El ET y el Real Decreto 696/1980 no especifican los trámites de la oposición que formule el trabajador, aunque parece lógico que lo haga inmediatamente después de recibir la orden⁽²⁴⁾. La resolución de la autoridad laboral recaerá, conforme al último inciso del art. 40.3 ET, en el plazo máximo de 10 días; dado que no se dice más, el silencio, por aplicación de la normativa que consagra la regla general en la Administración, habrá que entenderlo como silencio negativo, es decir, como desestimación de la causa alegada por el trabajador; así lo sostienen los Tribunales (por ejemplo, la sentencia de 18 de Enero de 1977 TCT)⁽²⁵⁾.

Por el contrario, si la resolución administrativa fuera favorable al trabajador, la falta de acatamiento por parte de la empresa tolerará al trabajador desobedecer la orden, incluso ejercitar la acción de resolución del contrato al amparo del art. 50 ET, y sin perjuicio de que a la empresa se le aplique la Ley sobre infracciones y sanciones en el Orden Social.

Como compensación al desplazamiento el trabajador tiene derecho a recibir el importe de los gastos de viaje y las dietas. Los primeros se refieren a los gastos del propio desplazamiento y las segundas, según definición del Tribunal Supremo, son aquellas retribuciones de carácter irregular que se deben al trabajador cuando, para la prestación de sus servicios, ha de trasladarse a lugar distinto del habitual de trabajo, como compensación al perjuicio que sufre por permanecer fuera de su domicilio. No es motivo de oposición a efectuar el desplazamiento el hecho de que la empresa no haya anticipado los fondos precisos para gastos menores que le serán pagados con las dietas; así lo entiende, por ejemplo, la sentencia de 16 de Julio de 1985 TS.

Así mismo, el trabajador tiene derecho a percibir el mismo salario, propio de la misma categoría que ostente hasta ese momento, pues en caso contrario entraría en juego el art. 23 ET.

Finalmente, si el *"desplazamiento es por tiempo superior a tres meses, el trabajador tendrá derecho a un mínimo de cuatro días laborables de estancia en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario"* (art. 40.3 ET). Durante los días de descanso la empresa no puede

(24) J.I. GARCÍA NINET. Obra citada, pág. 132.

(25) También la doctrina: J. CRUZ VILLALÓN, J.I. GARCÍA NINET y T. SALA FRANCO. Obras citadas, págs. 122, 132-133 y 112 respectivamente.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

encomendar tareas en el centro de trabajo de origen, según abundante doctrina del TCT; así, las sentencias de 10 de Junio de 1977, 23 de Enero de 1978, 7 de Febrero de 1979, 11 de Octubre de 1980 y 22 de Marzo de 1982. Por otra parte, la Jurisprudencia viene sosteniendo que el disfrute de los días frente a la negativa de la empresa a concederlos no constituye causa de despido, aunque, al margen de aquella línea jurisprudencial, pueden concurrir razones que, en evitación de perjuicios graves, permitan a la empresa posponer el disfrute de aquel permiso.

9. 7 La movilidad geográfica por iniciativa del trabajador.

A.- Es una posibilidad no prevista por la Ley. La mera voluntad del trabajador no será suficiente si la empresa no acepta la propuesta. Los convenios colectivos suelen regular los criterios de selección para el caso de que la solicitud la formulen varios trabajadores, por lo que la empresa no tiene discrecionalidad en estos supuestos para efectuar la elección.

B.- Un ejemplo de movilidad geográfica por iniciativa del trabajador, aunque de manera indirecta, es la derivada de un ascenso que, correspondiéndole según la normativa aplicable, tiene carácter voluntario.

C.- El art. 52 c) ET prevé, en los supuestos de amortización de un puesto de trabajo en empresas de menos de 25 trabajadores, que *"si la empresa contase con un puesto vacante en otro centro de trabajo en distinta localidad, el trabajador podrá ocuparlo, solicitando el traslado con derecho a las compensaciones económicas legales"*. Y con otra posibilidad: *"Si en el plazo de un año se volviera a crear la plaza amortizada, el trabajador despedido tendrá preferencia absoluta para ocuparla"*.

D.- También existe una movilidad voluntaria en lo dispuesto por el art. 40.4 ET: *"Si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo"*. El precepto no podrá aplicarse en favor de parejas que conviven sin mediar matrimonio porque carecen de la condición de cónyuges, a la que voluntariamente renuncian.

Por otra parte, siguiendo el art. 40.4 ET, el ejercicio del derecho es un favor de trabajadores de la misma empresa, pero no de cualquier otra. Así mismo, el precepto se refiere

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

al traslado a la misma localidad, por lo que el derecho quedaría satisfecho si, poseyendo la empresa más de un centro de trabajo en aquella localidad, el cónyuge es trasladado a igual centro de trabajo o a otro de la misma localidad, es decir, es suficiente con el acercamiento⁽²⁶⁾.

El derecho que recoge aquel precepto es un derecho simple y por consiguiente puede ceder ante otros derechos preferentes legales o convenidos cuya observancia eximirá a la empresa de atender aquél al producirse de esa manera la cobertura de las vacantes en la misma localidad.

Algún sector doctrinal opina que aunque el art. 40.4 ET menciona sólo los traslados, también es aplicable a los desplazamientos⁽²⁷⁾. Por el contrario, puede defenderse que el art. 40 ET separa claramente ambos conceptos, por lo que en principio no hay razón para sostener esa extensión. Además téngase presente que es más lógica su admisión en los casos de movilidad indefinida y no en los desplazamientos, de duración reducida; por otra parte, el precepto omite toda referencia a los derechos de permiso que, en razón al traslado del cónyuge, deberán desaparecer, lo que confirmaría su aplicación al único supuesto de traslado.

El precepto comentado no distingue los traslados forzosos, ya vistos, de los disciplinarios o de los solicitados por el trabajador, por lo que pudiera ser aplicado en todos los casos.

E.- Los convenios colectivos suelen establecer, salvo excepciones, que los traslados voluntarios en general no dan derecho a compensación económica alguna, aunque en todo caso han de efectuarse con mantenimiento de la categoría, los salarios y demás derechos.

F.- Finalmente, una modalidad de movilidad voluntaria son las permutas, reguladas fuera de la Ley, en las Reglamentaciones y Convenios, que suelen exigir la identidad de categorías entre los permutantes y la similitud de características en los puestos de trabajo. Es preciso la aceptación de la empresa, sujeta en algunas ocasiones a las limitaciones provenientes de los sistemas vigentes de cobertura de vacantes. La permuta puede generar cambios en las condiciones de trabajo de los interesados, que éstos han de aceptar necesariamente. Así mismo, la permuta no da derecho, salvo

(26) J.I. GARCÍA NINET. Obra citada, pág. 127.
T. SALA FRANCO. Obra citada, pág. 131.

(27) M. ALONSO GARCÍA: "Curso de Derecho del Trabajo". 9ª edición, Barcelona 1985, págs. 547-548.
T. SALA FRANCO. Obra citada, pág. 132.

pacto en contrario, a indemnización alguna por traslado.

9. 8 La movilidad geográfica disciplinaria.

El art. 58.3 ET prohíbe determinadas sanciones para los trabajadores: *"No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber"*. Por consiguiente no está prohibida la sanción del traslado, por lo que si bien el art. 40 ET se refiere a las facultades organizativas de las empresas, nada impide al margen del mismo que las facultades disciplinarias abarquen el traslado.

El carácter sancionador y su diferenciación con el traslado forzoso que regula el art. 40 ET hacen que el mismo se realice sin derecho a compensación económica alguna, salvo lo dispuesto por alguna Reglamentación aislada. De esa manera se favorece la opción del trabajador en favor de la extinción, buscada realmente por la empresa al imponer dicha sanción.

Por otra parte, y también salvo que la reglamentación o convenio establezcan cosa distinta, el traslado disciplinario no alcanza a la categoría y salario, que se mantendrán en el nuevo destino.

La duración de la sanción, temporal o incluso indefinida, se fijará por la empresa dentro de los límites que permite la norma, sea cual sea su naturaleza, que regule esa materia.

Alguna sentencia, como la de 25 de Noviembre de 1986 TS, ha manifestado que si la sanción es recurrida no es inmediatamente ejecutiva, en evitación de que la revocación o minoración judicial cree perjuicios superiores a la sanción procedente.

9. 9 Movilidad geográfica impuesta por Ley a la empresa.

A.- En primer lugar puede situarse el art. 1.1 del Real Decreto 1451/1983 de 11 de Mayo por el que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982 de 7 de Abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. Dispone aquel precepto, para el caso de incapacidad permanente parcial declarada al trabajador, que *"en el supuesto de que el empresario acredite la disminución en el rendimiento, deberá ocupar al*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario [...]". La obligación que se impone a la empresa habrá de ser cumplida por la vía de la movilidad funcional o geográfica, siempre que exista un puesto adecuado a la capacidad residual, o incluso una modificación de categoría, que en cualquier caso repercutirá sobre el salario en la forma que indiquen las Reglamentaciones y convenios, y para el caso de que así no sea, la alteración se realizará según las normas reguladoras de los salarios.

B.- En segundo lugar puede hacerse mención a las enfermedades profesionales. El art. 25.1 del Decreto 792/1961 de 13 de Abril establece: *"Los médicos que en el ejercicio de sus funciones y como consecuencia de los reconocimientos que realicen a los trabajadores descubran algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado del productor a otro puesto de trabajo de la misma empresa, además de informar a ésta sobre tal circunstancia, especificando si el cambio debe ser temporal o definitivo, están obligados a hacerlo a la Delegación de Trabajo correspondiente y a la entidad con la que esté contratado el seguro de accidentes de trabajo".* El art. 25.2 del mismo Decreto añade: *"las empresas vienen obligadas a cumplir los dictámenes médicos en sus propios términos. De no llevarlo a efecto, si la enfermedad progresara, serán inmediatamente responsables de la reparación económica de los incapacitados o muertos".* Al igual que en el caso precedente, el cumplimiento de esta obligación por la empresa conlleva una práctica de movilidad funcional o geográfica, pues ambas posibilidades puede agotar la empresa, ya que si no posee un puesto exento de peligro podrá dar de baja al trabajador, que pasará al desempleo, pero percibiendo el salario íntegro durante 12 meses a cargo de la empresa. Si por el contrario, se le asigna un nuevo puesto cuya retribución es inferior al puesto anterior, aquélla se mantendrá excepto en los conceptos salariales exclusivos del puesto de origen.

C.- Lo que se ha denominado movilidad geográfica externa constituye las medidas con las que, afrontando los problemas de los sectores en crisis con la pretensión de que el número de contratos a extinguir sea el menor posible, se procede a una recolocación de los trabajadores afectados en otra empresa o en otro sector, lo que implica medidas de recalificación y movilidad funcional o geográfica.

Esta materia se encuentra actualmente regulada básicamente por la Ley 27/1984 de 26 de Julio sobre reconversión y reindustrialización, desarrollada por el Real Decreto 1990/1984 de 17

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

de Octubre y por la Orden de 31 de Julio de 1985. El asunto que aborda estas normas es complejo y en gran parte ajeno a lo que ahora nos ocupa. Es destacable el art. 17 de la citada Ley en cuanto que la aprobación de un plan de reconversión lleva aparejada una autorización de movilidad geográfica y funcional que exime de observar -o más bien de reiterar- los requisitos y trámites vistos anteriormente. Dice así aquel precepto: *"La aprobación de un plan de reconversión será considerada como causa tecnológica o económica o, en su caso, técnica u organizativa, a los efectos de que las empresas acogidas al mismo puedan modificar, suspender o extinguir las relaciones laborales y aplicar medidas de movilidad geográfica y funcional, de conformidad con los objetivos y normas de procedimiento establecidos en el citado plan"*.

9.10 Cambio de centro de trabajo sin cambio de residencia.

Esta posibilidad, excluida de la regulación del art. 40 ET, constituye una facultad organizativa de la empresa que no cuenta, por razón de la falta de repercusión en la residencia del trabajador, con límite especial alguno en la legislación, no figurando, salvo excepción, límites en los Convenios y Ordenanzas. En consecuencia, puede sostenerse que no será precisa la autorización administrativa previa ni seguir el trámite que indica el art. 41 ET por no poseer la condición de sustantiva la modificación mencionada.

9.11 Cambio de puesto dentro del mismo centro.

Resulta ser el supuesto de mínima movilidad geográfica, posible en centros de trabajo de notables dimensiones. Al igual que en el caso anterior, es la ausencia de la necesidad de cambiar de residencia la que hace que este tipo de cambios se enmarque fuera del art. 40 ET en cuanto a sus requisitos y condiciones, para hacerlo dentro del poder de dirección y organización de la empresa al amparo de los arts. 5 c) y 20.1 ET.

9.12 Conclusiones.

En primer lugar destaca la rigidez, o escasa flexibilidad, de los traslados al exigir el art. 40 ET la autorización previa de la autoridad laboral, por lo que la Ley no lo contempla como una manifestación del poder empresarial sujeto a las imprescindibles limitaciones genéricas. Sin embargo, se aprecia un primer signo de flexibilidad al exceptuar de la autorización a los

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

trabajadores específicamente contratados para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes.

En segundo lugar, y al margen ya del tenor literal del precepto mencionado, se aprecian las siguientes circunstancias favorables a la flexibilidad: la amplitud de los conceptos de "*causas técnicas, organizativas o de producción*", que no responden sino a los puros intereses empresariales, apreciados además con generosidad la mayoría de la veces por la autoridad laboral; también, el silencio administrativo positivo autorizante del traslado pretendido por la empresa; y finalmente, la ejecutividad inmediata a las autorizaciones de traslado aun mediando la interposición de un recurso del trabajador frente a la resolución autorizante.

En tercer lugar, los desplazamientos cuentan con un grado de flexibilidad mayor al no precisar de la autorización administrativa previa, por lo que se enmarca en el poder de dirección empresarial, limitado por las razones técnicas, organizativas o de producción cuya amplitud de contenido implica realmente la ausencia de un límite importante. Así mismo, la oposición que pueda ofrecer el trabajador afectado precisará de la prueba a su cargo sobre la ilegitimidad de la decisión empresarial.

En cuarto lugar, se comprueba que muchas posibilidades reales calificables como movilidad geográfica quedan fuera de la regulación legal. Siendo esa movilidad importante para el adecuado rendimiento, o incluso para la viabilidad de las empresas, la importante cobertura de las lagunas legales habrá de ser alcanzada por la vía de la negociación colectiva. Entre tanto, las soluciones que se han propuesto, no exentas la mayoría de los casos de una gran dosis de flexibilidad, cuentan con el apoyo de la Jurisprudencia.

En quinto lugar, puede estimarse como escasamente relevante en la dinámica de la movilidad geográfica tanto el derecho preferente de permanencia de los representantes legales de los trabajadores y el derecho de traslado del cónyuge del trabajador trasladado como los supuestos de movilidad geográfica impuesta por la Ley a las empresas.

10. MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

Dentro de la flexibilidad de las relaciones laborales (para unos, la forma de conseguir la imprescindible adaptación de las empresas a la realidad cambiante; para otros, el mecanismo para conservar el poder empresarial e incluso reconquistar parcelas perdidas durante los últimos años) y bajo esa denominación, el art. 41 ET y otras disposiciones conexas regulan unas cuestiones que nuevamente han de ser calificadas de fundamentales. La relevancia reside no sólo en la mera existencia de la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo y su íntima relación con la flexibilidad laboral sino también en las profundas diferencias de criterio que su contenido ha suscitado en la doctrina y las distintas interpretaciones que varias de sus expresiones literales han merecido a la Jurisprudencia, quedando en la actualidad subsistentes dudas sobre el alcance del precepto citado.

La implantación de un procedimiento de modificación de las condiciones de trabajo en el art. 41 ET constituyó ya desde el inicio una respuesta a la necesidad de flexibilizar la normativa laboral española facilitando, como antes se dijo, la respuesta empresarial a las necesidades nacientes. La lectura del precepto da una primera impresión de claridad; sin embargo, queda enturbiado por el contenido que pueda darse a algunos de sus términos (tales como "*condiciones de trabajo*" y "*modificaciones sustanciales*") y por la intervención de la autoridad administrativa, que no es sino un tercero ajeno a la empresa y a los trabajadores, que viene a introducir un poso de intervencionismo preconstitucional.

Por otra parte, la modificación de las condiciones de trabajo no puede examinarse sin su relación con otras cuestiones, como pueden ser el poder de dirección del empresario (art. 20.1 ET), los trabajos de superior e inferior categoría (art. 23 ET), la movilidad funcional y geográfica (arts. 39 y 40 ET), etc. y en especial con relación al art. 50 ET cuya posible aplicación es contemplada expresamente por el art. 41 ET.

Cualquier modificación contractual, y el contrato de trabajo no es una excepción, cuenta con dos limitaciones genéricas de origen civilista⁽²⁸⁾: 1ª) El art. 1091 del Código Civil dispone que

(28) J. RIVERO LAMAS: "La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y la jurisprudencia". Actualidad Laboral, tomo XXVI Junio 1989, pág. 336.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

"las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos". 2ª) El art. 1256 del Código Civil establece que *"la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"*. Estos principios, unidos al tradicional proteccionismo que inspira la legislación laboral y muchas líneas interpretativas de los Tribunales, constituyen en este caso el enemigo frente al que tratan de abrirse paso las ideas flexibilizadoras.

Allá donde acaba el poder discrecional del empresario en la organización del trabajo, comienza la necesidad de acudir al procedimiento de modificación de las condiciones de trabajo bajo la idea jurídica de la conservación del negocio jurídico, toda vez que el objetivo primordial es aquella modificación sin que de ello se derive la extinción del contrato.

10. 1 Condiciones modificables según su origen.

Cuando el art. 41 ET se refiere a las condiciones de trabajo, cabe preguntarse si son susceptibles de modificación la totalidad de las mismas con independencia de su origen, esto es, hayan sido implantadas por Ley, Reglamentos, convenios colectivos estatutarios o extraestatutarios o en los contratos de trabajo. Se ha argumentado doctrinalmente en contra de las modificaciones de condiciones cuyo origen no es el pactado (individuales o colectivas) ya que ni los representantes de los trabajadores ni la autoridad administrativa tiene facultades normativas; no obstante, ha de tenerse presente que el art. 83.3 ET atribuye a las organizaciones de empresarios y trabajadores el derecho a negociar acuerdos sobre materias concretas y el art. 87.1 ET admite los convenios de ámbito inferior a la empresa, mediante los que se pueden introducir las modificaciones en las condiciones de trabajo. En todo caso, admitir la posibilidad de que el origen no impide la modificación choca contra el principio de legalidad y, en el caso de los convenios colectivos, con el de la fuerza vinculante de los mismos⁽²⁹⁾.

Los Tribunales han mantenido criterios heterogéneos. La sentencia de TCT de 16 de Febrero de 1984, y como posibilidad teórica ajena al caso resuelto, las del Tribunal Constitucional de 28 de Noviembre de 1985, 9 de Junio de 1986, 16 de Marzo y 7 de Agosto de 1988, admiten

(29) J.M. RAMIREZ MARTINEZ: "La modificación sustancial de las condiciones de trabajo". Actualidad Laboral, tomo XXVI Junio 1991, págs. 297 y 298.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

que el art. 41 ET sirve para modificar condiciones fijadas en Leyes o convenios colectivos estatutarios. En cambio, la de 4 de Mayo de 1987 TS se rechaza la posibilidad de que la modificación alcance a lo dispuesto en un convenio estatutario. Respecto a los convenios colectivos extraestatutarios, admitió la modificación la sentencia de 8 de Julio de 1985 TCT, y respecto a un convenio irregular la admitió también la de 25 de Noviembre de 1985 TCT.

Más recientemente la sentencia de 16 de Junio de 1992 del Tribunal Constitucional indica: *"[...] el órgano judicial no parece aceptar la opinión de la Administración Laboral que ha basado su decisión denegatoria en estimar que no puede modificar condiciones pactadas en convenio colectivo, pero al mismo tiempo la interpretación que la empresa recurrente da a aquel precepto en el sentido de que cabe esa autorización más allá de lo dispuesto en el convenio colectivo suscita al órgano judicial dudas de constitucionalidad. Razonadamente solicita de este Tribunal un pronunciamiento sobre la adecuación o no al art. 37 de la Constitución, del art. 41.1 ET en una de sus posibles interpretaciones, suscitada en concreto en el proceso «a quo»". Concluye afirmando que "sería contraria al art. 37.1 de la Constitución una interpretación del art. 41.1 ET que permitiera a la Administración laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en un convenio colectivo vigente". La conclusión no puede ser más clara. Pero más contundente aún es la sentencia de 1 de Julio de 1992 del Tribunal Constitucional en la que se trata "de un recurso de amparo que, formulado por los sindicatos, plantean el problema desde el ángulo del contenido que la libertad sindical les atribuye en orden al convenio colectivo por ellos legalmente pactado. Problema que mereció favorable acogida por la Inspección de Trabajo primero y por la Dirección General del ramo después y que ésta remitió a la Magistratura de Trabajo para su tramitación como conflicto colectivo, conflicto en el que se han dictado las resoluciones ahora impugnadas". Expone a continuación aquella sentencia la doctrina aplicable: "A este respecto es necesario insistir en la doctrina de este Tribunal, ya recordada, que declara reiteradamente que el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos está integrado en el contenido del derecho del art. 28.1 de la Constitución. Así lo reconoce también y expresamente la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical al decir en el art. 2.1 apartado d) que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical, y que el ejercicio de esta actividad en la empresa o fuera de ella comprende en todo caso, entre otros derechos, el derecho a la negociación colectiva (nº 2 apartado d) del mismo art. 2 de la LOLS). Ello es así, como señala nuestra jurisprudencia, por erigirse la negociación colectiva en un medio para el ejercicio de la acción sindical que reconocen los arts.*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

7 y 28.1 de la Constitución (STC 98/1985) o, como señala la STC 38/1986, porque la libertad sindical comprende inexcusablemente también aquellos medios de acción sindical (entre ellos, la negociación colectiva) que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a que está llamado por la Constitución. Por lo tanto, negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio de dicha facultad negociadora por los sindicatos, ha de entenderse no sólo como una práctica vulneradora del art. 37.1 de la Constitución y de la fuerza vinculante de los convenios por dicho precepto declarada, sino también como una violación del derecho a la libertad sindical que consagra el art. 28.1 de la Constitución (STC 187/1987 y 108/1989 entre otras)". Añade seguidamente: "A la luz de la doctrina que queda expuesta ha de examinarse el problema debatido en este recurso; es decir, si la voluntad individual de los trabajadores, manifestada por la aceptación de una oferta voluntaria formulada por la empresa, puede modificar respecto de los mismos el contenido de lo pactado con carácter general por el art. 7 del convenio colectivo del sector, relativo a la jornada de trabajo en las empresas de seguros. La respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues de lo contrario, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de la negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 de la Constitución".

Una vez más se confirman dos realidades : 1ª) Conscientes los sindicatos de su posición debilitada en los últimos tiempos como consecuencia de su clásica baja afiliación, a la que se ha unido la difícil prosperabilidad de sus reivindicaciones habituales, y ante el avance de la práctica empresarial de, aprovechando aquel debilitamiento, potenciar la negociación individual, los sindicatos acudieron al TC y han logrado un triunfo que les hace inmunes al peligro que habían detectado. 2ª) La libertad contractual del trabajador para pactar o aceptar las propuestas empresariales que estime adecuadas a sus intereses económicos y profesionales en general ceden frente a los intereses de los sindicatos legalmente establecidos como derecho a la actividad sindical, a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios, por lo que los sindicatos se interfieren entre la empresa y los trabajadores imponiendo los criterios imperantes de estrategia de lucha sindical en contraprestación a la teórica función de defensa abstracta y general de los derechos de los trabajadores.

Es un claro triunfo de los sindicatos en la labor de defensa de los poderes adquiridos frente

a la flexibilidad laboral que incidiría en una merma de su posición. Así lo viene a admitir, tácitamente por supuesto, la sentencia citada cuando ofrece los siguientes argumentos legales (lo que ratifica el amparo del Ordenamiento a la conclusión apuntada): *"A este respecto no cabe decir, como se sostiene en las sentencias impugnadas en este recurso, que el convenio colectivo permanece vigente pues su contenido no se altera para aquellos trabajadores que no acepten la oferta de la empresa, como así ha ocurrido en las oficinas que, minoritariamente, no aceptaron la propuesta. Esto significa, como ya hemos dicho, la quiebra de la fuerza vinculante y el carácter normativo que tienen legalmente reconocido los pactos sustanciales del Convenio. Con ello no queremos decir naturalmente que los convenios colectivos petrifiquen o hagan inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas, sometidas siempre a las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas o de cualquier otro orden que surgen por el paso del tiempo en las relaciones laborales como, en general, en todas las relaciones jurídicas. Pero en los propios convenios colectivos y en el Estatuto de los Trabajadores, se establece el sistema para su modificación o denuncia, contando siempre con la voluntad de la representación legítima de las partes. De no hacerse así y mantenerse vigente un convenio sin que, en determinadas partes esenciales del mismo -y el régimen de la jornada de trabajo lo es-, sea de obligado cumplimiento para todos los integrantes del sector regulado, se vendría abajo el sistema de negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el Convenio"*. Aplicada esta teoría con generalidad, esto es, a supuestos diferentes al que nos ocupa, constituye un enorme límite para las teorías flexibilizadoras más ambiciosas o radicales, puesto que en definitiva la aceptación de la negociación individual al margen de la negociación colectiva representa la introducción de un principio *iuris civilis* en el Derecho Laboral que, sin merma notable para el proteccionismo habitual que dispensa este último, contribuirá a potenciar la contratación laboral y a reducir el desempleo, además de amparar regímenes laborales más beneficiosos para los trabajadores que hubieran aceptado el ofrecimiento individual de la empresa y respetar el principio de igualdad entre empresas y sindicatos a la hora de la negociación de las condiciones laborales.

10. 2 Concepto de modificaciones sustanciales.

Una interpretación literal o estricta de la expresión conduciría a resultados de auténtico obstruccionismo en la vida de las empresas, desbordando las previsiones profilácticas que el art. 41 ET regula en favor de los trabajadores, por lo que siguiendo la postura de los Tribunales (por

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

ejemplo, la sentencia de 17 de Marzo de 1986 TCT), ha de acudir a criterios más racionales y entender por tales aquellas que no son baladfes y que implican una mayor onerosidad para el trabajador con perjuicios comprobables. Por su parte, las resoluciones administrativas que se han dictado en los procedimientos de modificación de las condiciones de trabajo han sostenido que sustanciales son las modificaciones que revistiendo carácter de principales, aunque no estén incluidas en el elenco que recoge el art. 41.2, suponen un perjuicio para el trabajador afectado. Rodríguez Piñero (La movilidad del trabajo dentro de la empresa) las define como aquellas "*que no entren dentro del poder de dirección o del ius variandi normal, que no cuenten con la expresa aceptación del trabajador afectado y que no operen como consecuencia de pactos de movilidad*".

En cualquier caso, el art. 41 ET se refiere exclusivamente a las modificaciones sustanciales, enumerando el apartado 2 las que tienen dicha consideración en atención a la materia sobre la que versa. No constituye esto último una presunción *iuris tantum* porque cabe la posibilidad de que determinadas modificaciones que recaigan sobre aquellas materias no tengan carácter sustantivo sino que simplemente estén incursas en el poder de dirección de la empresa. En este sentido, los Tribunales (por ejemplo, la sentencia de 7 de Julio de 1986 TCT) entienden que el comité de empresa no es competente para calificar como sustancial o no una modificación, sino solamente para aceptar o rechazar la propuesta de la empresa, pues en último término la calificación controvertida corresponde a los Tribunales.

Surge la duda respecto al carácter de la enumeración que ofrece el art. 41.2 ET, esto es, si constituye un *numerus clausus* o se trata de una relación abierta⁽³⁰⁾. La cuestión ha sido claramente resuelta por la Jurisprudencia en el sentido de calificarla de lista abierta; así lo han manifestado las sentencias de 3 de Diciembre de 1987 y 8 de Mayo de 1984 del TS y las de 17 de Marzo de 1986 y 10 de Febrero de 1987 del TCT.

También ha sido la Jurisprudencia la que ha reconocido carácter sustancial, además de a las materias incluíbles en el art. 41.2 ET, a las siguientes: para variar las funciones del trabajador más allá de los límites del art. 39 ET; para exigir el desempeño permanente de funciones de categoría inferior; para la movilidad funcional que, aun dentro de los límites del art. 39 ET, lleve

(30) J. L. MONGE RECALDE: "La movilidad interna en la empresa y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo". Relaciones Laborales-La Ley, tomo I (1990), pág. 119.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

aparejada modificaciones sustanciales en otras condiciones de trabajo (sentencia de 24 de Julio de 1987 TCT); para el traslado que, aunque no implique cambio de residencia, conlleve modificaciones sustanciales de otro tipo (sentencias de 3 de Julio de 1984 y 11 de Enero de 1989 TCT); para el establecimiento de una jornada partida (sentencias de 19 de Octubre de 1983 y 26 de Abril de 1986 de Tribunal Constitucional); a la amortización de puestos de trabajo que se alega para no readmitir tras un período de excedencia (sentencia de 10 de Noviembre de 1986 TS); a los cambios de puestos de trabajo que supongan una limitación de los derechos económicos, aunque se respete la categoría y el grupo, cuando ello pueda suponer un atentado a la dignidad del trabajador, un trato vejatorio o una discriminación.

10. 3 Regulación legal, colectiva e individual.

La Jurisprudencia afirma que el art. 41 ET es una norma de orden público o derecho imperativo que ha de ser respetada en los pactos colectivos que se acuerden sobre modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo. Más concretamente, el carácter imperativo radica fundamentalmente en la necesidad de la aprobación por parte de los representantes legales de los trabajadores y la comunicación del acuerdo al que se llegue a la autoridad laboral (art. 2.1 del R.D. 696/1980)⁽³¹⁾.

Una importante sentencia (la de 16 de Marzo de 1988 TCT que cita las de 16 y 20 de Enero de 1987 y 22 de Febrero de 1988) resolvió sobre la siguiente cuestión : la Caja de Ahorros Municipal de San Sebastian llegó a un acuerdo con la única empleada de una agencia con el fin de cambiar la jornada continuada por la jornada partida, a cambio de algunas ventajas compensatorias. El Tribunal apreció la legitimidad del acuerdo. La cuestión ya había sido abordada por otra de 6 de Noviembre de 1987 y por el Auto del Tribunal Constitucional de 16 de Octubre de 1985. La pregunta delimitadora del problema es si la autonomía individual puede ser el cauce correcto para la modificación de las condiciones de trabajo, materia propia de la negociación colectiva. Está claro que la tendencia de las resoluciones judiciales reseñadas dan una respuesta afirmativa, con lo que se revitaliza la autonomía individual al tiempo que se dota de un importante tinte civilista al contrato laboral; de hecho, la implantación de ese criterio equivale a desplazar el art. 41 ET por la acción de la negociación individual e invadir parcelas normalmente reservadas

(31) J. RIVERO LAMAS: "La modificación de condiciones...". Obra citada, págs. 338 y 339

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

a la negociación colectiva, si el convenio y la Ordenanza no prevén la preceptiva intervención de los representantes legales. Lógicamente una negociación individual, única o plural, siempre resulta más sencilla para la empresa por su ligereza y mayor probabilidad de éxito, sin que por ello se mermen los intereses del trabajador ni, por supuesto, los mínimos legales de carácter necesario.

10. 4 Modificaciones colectivas e individuales.

Se plantea la duda nuevamente al estudiar el art. 41 ET sobre si el mismo es aplicable a ambos tipos de modificaciones o solamente a las colectivas. Durante los primeros años posteriores a la promulgación del Estatuto de los Trabajadores el TCT se decantó en favor de la segunda posibilidad, siendo muestra de ello las sentencias de 27 de Octubre y 16 de Diciembre de 1982, 25 de Marzo, 24 y 27 de Mayo y 19 de Septiembre de 1983. A partir de las de 5 de Marzo y 1 de Octubre de 1984 se produce una orientación estimatoria de las modificaciones tanto colectivas como individuales, que se confirma con las posteriores de 11 y 26 de Marzo de 1985, 3 de Noviembre de 1986 y 1 de Octubre de 1987, aunque aisladamente la de 20 de Octubre de 1987 vuelve a la postura precedente. Definitivamente acepta el cambio de orientación la sentencia de 13 de Junio de 1988 del TS, y lo confirma la de 24 de Septiembre de 1987.

Los argumentos más importantes en favor de la aplicación a ambas clases de modificaciones son los siguientes⁽³²⁾: 1º) El art. 41.1 ET no contiene distinción alguna, por lo que en principio el tenor literal no permite la exclusión de las modificaciones individuales. 2º) La aplicación exclusiva a las modificaciones colectivas facilitaría el mantenimiento indefinido de situaciones particulares incompatibles con las necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa justificadoras de la modificación, haciéndolas inatacables por la autoridad laboral y cerrando al empresario toda posibilidad de adecuación. *A sensu contrario*, si el precepto no se aplicara a las modificaciones sustanciales individuales, éstas podrían ser decididas unilateralmente por el empresario sin sujeción al procedimiento que aquél regula. 3º) El apartado 3 del artículo, al regular los efectos de la modificación, se refiere en singular al "trabajador", por lo que indudablemente puede defenderse la aplicación individualizada del precepto.

En todo caso, la condición a modificar ha de ser de tracto continuado o sucesivo, no de

(32) J.L. MONGE RECALDE: "La movilidad interna...". Obra citada, pág. 121.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

tracto único; y ha de tratarse además de una condición definitivamente adquirida, no de una situación provisional. Así lo han expuesto resoluciones del TCT tales como las de 25 de Noviembre y 9 de Julio de 1987.

10.5 Aceptación de la modificación.

El art. 41.1 ET indica expresamente que la autorización de la autoridad laboral es precisa en el caso de que la modificación no haya sido aceptada por los representantes legales de los trabajadores, pero no si dicha aceptación se ha producido. Más aún, al hilo de los dicho anteriormente (apartado 10.3), no es necesaria la aceptación de los representantes legales si individualmente el trabajador pacta la modificación, es decir, sólo la ausencia de acuerdo individual hace necesaria la intervención de los representantes⁽³³⁾; así lo han sostenido las sentencias de 12 de Junio de 1984, 28 de Enero de 1986 y 17 de Septiembre de 1987 TCT y la de 13 de Mayo de 1986 TS.

Así mismo, en el contrato de trabajo se puede pactar inicialmente la modificación de alguna condición normalmente referente al horario o tipo de jornada. Así lo han admitido las sentencias de 4 de Junio, 17 de Septiembre y 12 de Noviembre de 1987.

Por el contrario, no es admisible la cláusula contractual que permitiera a la empresa la posibilidad de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo, debiendo considerarla como una cláusula no consignada válidamente. Lo mismo cabe decir si la consignación de dicha facultad, bajo cualquier forma o modalidad, representara un abuso de derecho.

El acatamiento temporal de la orden empresarial por parte del trabajador no implica su aceptación (así lo dice, por ejemplo, la sentencia de 16 de Diciembre de 1986 TCT), aunque alguna resolución (la de 2 de Noviembre de 1983 TCT) admite la validez de un pacto voluntario modificativo, aun tácito.

El convenio colectivo puede prever la modificación de las condiciones de trabajo. Lo han aceptado las sentencias del TCT de 13 de Noviembre de 1984 (sobre un convenio que autorizaba

(33) J.M. RAMIREZ MARTINEZ. "La modificación sustancial". Obra citada, págs. 301 y 302

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

cambios de centro y de categoría), 19 de septiembre de 1986 (en la que no se ve como necesaria la autorización administrativa si el convenio establece la modificación, haciendo con ello una aplicación analógica del art. 2.4 del R.D. 696/1980), 27 de Febrero, 10 de Marzo y 14 y 20 de Abril de 1987 (en igual sentido que la citada en segundo lugar), y 25 de Mayo de 1987. Incluso la sentencia de 27 de Marzo de 1985 TCT admite que esa facultad empresarial esté prevista en un reglamento de régimen interior (que en el caso era del Banco de España), aunque la resolución de 13 de Abril de 1983 sostiene lo contrario.

En cuanto a la aceptación de los representantes legales, se admite que pueda ser no sólo expresa sino también tácita, es decir, dándose por enterados sin oponer objeción alguna. Muestra de este criterio son las sentencias del TCT de 19 de Enero de 1982, 20 de Junio de 1984 y 12 de Mayo y 23 de Junio de 1987. Si no existiera representación legal y no hubiera lógicamente oposición a la modificación pretendida, alguna resolución (sentencia de 22 de Junio de 1983 TCT) entendió que no era necesaria la autorización administrativa, aunque otra de igual fecha y Tribunal sostiene lo contrario.

10. 6 Consecuencias de la modificación.

Tal y como se adelantó al inicio, las consecuencias de la aplicación del art. 41 son controvertidas respecto a su concreto alcance, especialmente por las dudas que plantea la aplicación en el caso de la resolución contractual ejercitable por el trabajador al amparo del art. 50 ET⁽³⁴⁾.

Los criterios de la Jurisprudencia pueden clasificarse de la siguiente manera: 1º) Las sentencias, entre otras, del TCT de 5 de Mayo, 20 de Septiembre, 5 de Octubre y 19 de Noviembre de 1983, 5 de Marzo y 3 y 4 de Julio de 1984 y las del TS de 2 de Febrero y 6 de Julio de 1984, 11 de Marzo de 1986, 12 de Septiembre y 4 de Noviembre de 1988; consideran al art. 41 ET como el precepto regulador tanto del mecanismo empresarial para modificar las condiciones de trabajo (en base a las razones que contempla el mismo y con la aprobación de los representantes legales de los trabajadores y, en su caso, de la autoridad laboral) como de las compensaciones que ha de recibir el trabajador perjudicado por las medidas modificativas si éstas

(34) J.L. MONGE RECALDE: "La movilidad interna...". Obra citada, págs. 122 y 123.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

resultan autorizadas. La remisión al apartado 1 a) del art. 50 ET aparece, además de como un factor perturbador, como una aplicación excepcional procedente en el caso de que se desborden los límites del art. 41, incurriendo claramente en los requisitos que aquél impone para declarar la resolución contractual con efectos económicos más gravosos para la empresa que los contemplados en el art. 41.3. 2º) Las sentencias, entre otras, del TCT de 17 de Marzo, 4 de Abril, 13 de Junio, 5 de Octubre y 19 de Noviembre de 1983 y 6 de Octubre de 1987, y la del TS de 28 de Abril de 1986, manifiestan que la remisión del art. 41.3 ET al art. 50.1 a) ET permite admitir que toda decisión unilateral de la empresa, esto es, toda vulneración del procedimiento de aceptación o autorización que regula el apartado 1 del primer precepto citado, dará lugar al derecho a percibir la indemnización que prevé uno u otro de los artículos citados, radicando la procedencia de aplicar cada uno en el grado de gravedad de los perjuicios ocasionados al trabajador. 3º) A modo de posición atenuada de la primeramente expuesta, que se desprende de algunas sentencias citadas y más claramente de la de 18 de Junio de 1985 TCT, se dice que la indemnización del art. 41.3 ET se aplicaría para la resolución contractual derivada de los perjuicios causados por una modificación sustancial autorizada y la del art. 50 ET al supuesto de una modificación unilateral del empresario, pero con la peculiaridad de que si el art. 50 ET no resulta aplicable por faltar la concurrencia de perjuicios a la dignidad o formación profesional del trabajador, siempre será aplicable la indemnización del art. 41.3 ET.

En el momento presente la disparidad de criterios jurisprudenciales se encuentra superada en razón al triunfo de la primera de las indicadas, que resulta ser la más ajustada a los términos del precepto. Como muestra, la sentencia de 8 de Febrero de 1993 TS resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina manifestó: *"[...] la frase del art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores que dice «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50» ha de ser entendida en el sentido de que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sea o no autorizada, si perjudica al trabajador, genera los derechos que el propio artículo 41 reconoce, siendo preciso para que entre en juego la aplicación del artículo 50, que el art. 41 no excluye, que redunde en perjuicio de la formación o de la dignidad del trabajador"*.

Por otra parte, el art. 41 ET, al igual que el art. 40.2 ET, introduce una posibilidad de resolución contractual ejercitable por el trabajador no en razón a un incumplimiento empresarial sino por un perjuicio real sufrido por el mismo que ha de acreditar, por lo cual no estamos en presencia de una posible resolución de tipo civilista sino por la causación de un daño subsiguiente

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

a una actuación lícita de la empresa. Haciendo una nueva mención a la sentencia antes citada de 6 de Octubre de 1987 TCT, la aplicación del art. 50 ET, y no del art. 41.3 ET, para fijar la indemnización precisará de la concurrencia de un plus: que el perjuicio causado por la modificación ocasione un perjuicio a la formación profesional o un menoscabo de la dignidad del trabajador. Esa misma sentencia manifiesta que la falta de autorización para introducir la modificación faculta al trabajador para no cumplir la orden empresarial, pero no para pedir la resolución por despido provocado; el trabajador debe seguir prestando sus servicios y reclamar judicialmente la resolución por el art. 50 ET; mientras que el art. 41.3 ET permite la extinción sin necesidad de que el trabajador permanezca en la empresa mientras se resuelve; así viene apoyado por la sentencia de 9 de Junio de 1987 TS. En todo caso, las modificaciones que atenten contra la dignidad del trabajador no podrán ser aceptadas por los representantes legales ni autorizadas por la autoridad laboral, por lo que la vía del art. 41 ET quedaría cerrada, no así cuando la modificación, aceptada o autorizada, perjudica a la formación profesional.

Lo que resulta claro es que la resolución por el art. 41.3 ET ha de basarse en un perjuicio objetivo cuya prueba corresponde al trabajador; así lo manifiestan, entre otras, las sentencias de 19 de Enero de 1982 y 11 de Julio de 1983, 11 de Octubre de 1984, 6 de Marzo de 1985 y 7 de Octubre de 1986 TCT. En igual sentido, la de 8 de Noviembre de 1983: *"criterio objetivo que le impone la prueba de la existencia de tal perjuicio"*; la de 2 de Diciembre de 1986: *"real, efectivo y de cierta consideración"*. Pero si la empresa carece de autorización, la resolución puede pedirla el trabajador aunque no acredite perjuicio alguno, según sentencias, entre otras, de 23 de Mayo de 1984 TCT y 11 de Marzo de 1986 TS.

Otro punto relevante es el que surge de la redacción misma del art. 41.3 ET: es el referente a la posible resolución contractual basada en un perjuicio derivado de la modificación afectante a alguna de las materias enumeradas en los tres primeros apartados del art. 41.2 ET. Ello implica dejar un derecho a la rescisión y a la consiguiente indemnización a los trabajadores perjudicados por modificaciones sustanciales que afecten a la remuneración y al sistema de trabajo y rendimiento, excluidos, por razones que el legislador no dejó entrever, de la protección de que gozan las modificaciones afectantes a las materias de jornada, horario y turnos.

Ante una modificación de las condiciones de trabajo el afectado puede acudir al amparo judicial por tres razones posibles: 1ª) Por entender que la modificación no ha sido aceptada ni

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

autorizada. 2ª) Por causarle perjuicios, ya sean genéricos o atentatorios a su formación profesional o a su dignidad. 3ª) Por entender que no concurren las causas técnicas, organizativas o productivas alegadas para su aceptación o autorización.

Finalmente, el Real Decreto 696/1980 ofrece dos datos importantes: 1º) Conforme al art. 19.2, las resoluciones administrativas que autoricen la modificación serán de ejecutividad inmediata, es decir, generará efectos aunque sean objeto de recurso. 2º) Prescindiendo de la posible resolución contractual ya abundantemente comentada, el art. 2.5 establece que *"no procederá abono de indemnizaciones por las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo"*.

El plazo de un mes que establece el art. 41.3 ET es un plazo de caducidad para las sentencias de 24 de Septiembre de 1987 y 12 de Septiembre de 1988 TS. En otras del TCT se califica de plazo de prescripción. La Jurisprudencia considera el plazo como común para pedir la resolución y la indemnización; sin embargo el plazo no afecta para el ejercicio de la acción declarativa de derechos tendente a mantener las condiciones laborales previas a la modificación operada, poniéndolo así de manifiesto algunas sentencias (por ejemplo, la de 16 de Diciembre de 1986 TCT).

10. 7 La intervención de la autoridad laboral en el expediente del art. 41 ET.

La censura que merece esa intervención pudiera hacerse para la totalidad de casos en los que la relación laboral se ve mediatizada por el intervencionismo de la Administración, pero por ser especialmente significativo el art. 41 ET en el ámbito de las facultades que la legislación laboral otorga a las empresas para la organización del trabajo, posiblemente sea la presente una de las ocasiones más adecuadas para realizar algunas consideraciones sobre la materia.

El intervencionismo estatal en las relaciones de trabajo, propio del período preconstitucional, ha continuado insertándose, por un fenómeno de inercia, en los textos legales posteriores a 1978, coexistiendo con normas acordes al protagonismo de la negociación colectiva como expresión de los derechos constitucionales reconocidos a las empresas y los trabajadores. Lógico es por ello que la doctrina propugne otorgar a la Administración una función cualitativamente adecuada y cuantitativamente concretada a las situaciones en que las garantías

proteccionistas de la legislación poseen una fuerza especial.

La confrontación entre autonomía y heteronomía se pone de manifiesto en la autorización administrativa de modificación de las condiciones de trabajo, interviniendo como un tercero no designado por la empresa y los representantes de los trabajadores para la resolución de la controversia sobre aquella cuestión. La sentencia de 11 de Abril de 1991 del TS indicó que esa intervención *"podría convertirse en un instrumento contrario a la autonomía colectiva al desconocer sus resultados normativos por la modificación de las condiciones acordadas o al sustituirla en el establecimiento de nuevas regulaciones, asumiendo así, en ambos casos, una intervención próxima a la que motivó la declaración de inconstitucionalidad del laudo de obligado cumplimiento previsto en los arts. 25 b) y 26 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo"*. Una de las soluciones a este problema sería la eliminación de la intervención decisoria de la Administración, impulsando la negociación colectiva y sometiendo las controversias al control judicial. Con ello no se hace sino proponer una solución aplicable con generalidad a todas aquellas materias susceptibles de ser objeto de una mayor flexibilidad.

10. 8 Conclusiones.

Lo expuesto a lo largo del presente apartado permite enumerar las siguientes conclusiones:

1ª) La modificación sustantiva de las condiciones de trabajo se conecta con otras cuestiones relativas a la organización del trabajo, especialmente con la clasificación profesional y la movilidad funcional, originando un entramado complicado de preceptos legales concurrentes y, por ello, de derechos en litigio.

2ª) El art. 41 ET contiene un conjunto de dudas cuyo esclarecimiento ha dado lugar a corrientes jurisprudenciales y doctrinales encontradas o simplemente no coincidentes, que contribuyen a no contar con una uniformidad que otorgue seguridad a la hora de proceder a una modificación sustancial en las condiciones de trabajo.

3ª) La influencia de los Tribunales es esencial para conseguir una aplicación flexible del art. 41 ET ya que la valoración que hagan en cada caso del carácter sustantivo o no de la modificación y del alcance de la misma repercutirá tanto en la procedencia de la aplicación del propio art. 41 ET como de la posible resolución contractual por la vía del art. 50 ET. El carácter restrictivo con que generalmente los Tribunales acogen el concepto de modificación sustancial, calificándolo de modificación encuadrable en el poder de dirección de la empresa, constituye sin

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

duda una interpretación flexible, por no excesivamente proteccionista, del citado precepto.

4ª) El intervencionismo decisivo que el art. 41 ET concede a la Administración es una muestra clara de las rémoras de heteronomía que vienen a obstaculizar el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, por lo que sería deseable eliminarla o rebajar su importancia en favor del control de la legalidad por parte de los órganos judiciales.

5ª) En relación con lo anterior, la supresión de los mecanismos de rigidez se consigue en una primera etapa potenciando la negociación colectiva que, respetando lógicamente las normas de derecho necesario, puede dar solución a las modificaciones propugnadas por la empresa, con lo que el poder de dirección de ésta quedaría delimitado en la práctica por el contenido de los pactos alcanzados y no, por el contrario, mediante la intervención administrativa con vocación proteccionista de los trabajadores.

11. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA. EL TRATAMIENTO LABORAL DE LAS CONTRATAS.

La vinculación que esta cuestión tiene con la flexibilidad laboral se enmarca en el grado de proteccionismo que la legislación establece para los supuestos de contratas y subcontratas, de tal manera que la defensa de una mayor flexibilidad vendría por la línea de una reducción en el grado cualitativo de la responsabilidad de la empresa principal que animara a ésta, por razones de producción, a concertar contrataciones mercantiles con otras empresas sin el temor de que los incumplimientos contractuales de estas últimas le alcanzaran de lleno en materia salarial y de Seguridad Social. No es este problema uno de los más relevantes en la polémica flexibilidad-rigidez, pero conviene hacer un repaso de la repercusión que la normativa reguladora genera, y poder comprobar de esta manera el ámbito de influencia que compromete a la empresa principal y cuáles son las posibles situaciones ajenas a dicha responsabilidad.

Esta última siempre ha sido tratada por la doctrina como un apéndice de la prohibición de cesión de mano de obra⁽³⁵⁾. El legislador ha visto en la descentralización productiva una forma

(35) A. MARTÍN VALVERDE: "Interposición y mediación en el contrato de trabajo. Análisis del Decreto 3677/70 de 17 de Diciembre". *Revista de Política Social* nº 91 (1971), págs. 17 y ss.
M. RODRIGUEZ-PINERO: "Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia". AA.VV., Madrid 1980, pág. 69 (Estudios en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón).

(continúa...)

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

fraudulenta de esquivar las responsabilidades laborales en su plenitud, por lo que el peligro de que ello sea real paga el precio de las duras condiciones que se impone a la empresa que concierta una contrata. Sin embargo, la presencia de la figura de la contrata y subcontrata en la legislación laboral es una manifestación de incorporación a la Ley de una realidad en la transformación de las estructuras de las empresas y por ello no puede ser aplicada la regulación legal a modo de mecanismo restrictivo y receloso de aquella práctica; según Pérez de los Cobos Orihuel⁽³⁵⁾, *"la descentralización productiva ha sido un instrumento de flexibilización de las estructuras productivas que ha permitido a éstas adaptarse a un mercado turbulento y diversificado"*. Partiendo de estas nuevas realidades se pudiera llegar a concluir que la introducción de un cierto grado de flexibilidad en esta materia no precisaría de una suavización en la regulación legal ni menos aún una desregulación sino simplemente una interpretación de las normas vigentes acorde con la estricta finalidad proteccionista de las mismas y sin extenderlas a situaciones que escapan a una responsabilidad media exigible a la empresa principal o, lo que es igual, sin alcanzar a situaciones lógicamente no queridas por el legislador. La realidad que informa el alcance que haya de darse a la regulación legal es la debilidad económica que habitualmente presentan las empresas contratistas y subcontratistas para hacer frente a sus responsabilidades salariales y de Seguridad Social, por lo que la empresa principal ha de asumir un cierto grado de garantía que compense el beneficio que le produce el trabajo de aquellas empresas, a las que traslada una parte del riesgo productivo. Este es el enfoque que va a presidir los siguientes comentarios.

II. 1 Ambito subjetivo de responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios.

El art. 42 ET versa sobre la responsabilidad de los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios. Aun ubicándose en el capítulo referido a la modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo, ninguna de estas situaciones se produce en las relaciones entre la empresa principal, la empresa auxiliar y los trabajadores de esta última, porque la empresa auxiliar continúa en todo momento ostentando formal y materialmente la condición de empleadora.

(35)(...continuación)

J. GARCÍA MURCIA: "El trabajo en las contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores". Revista de Política Social, nº 130 (1981), págs. 7 y ss.

(36) "Nuevas tecnologías y relación de trabajo". Valencia, 1990, pág. 17.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

La contrata y subcontrata, así como otras expresiones derivadas, aparecen en el art. 42 ET con una imprecisión inevitable, por haber incorporado a una norma legal un término coloquial económico y empresarial carente de delimitación técnico-jurídica. En todo caso la realidad jurídica que debe tenerse presente es la concertación de un negocio jurídico entre la empresa principal y la auxiliar o, en su caso, también entre ésta y otra auxiliar. A tal efecto el art. 42 ET no limita el tipo de negocio jurídico originador de su aplicabilidad sino que además de los típicos arrendamientos de obra y de servicios, admite variadas formas que se utilizan en la práctica empresarial cuales son el contrato de *"ingineering"*, el contrato de suministro y la contratación administrativa, admitidos expresamente por las sentencias, respectivamente, de 27 de Junio de 1988 del TS, 27 de Marzo de 1989 y 9 de Mayo de 1986 del TCT. En todo caso es requisito ineludible que el negocio jurídico se concierte para la realización de una obra o servicio para la empresa principal. También ha de advertirse que aunque el enunciado del art. 42 ET cite a las subcontratas, en expresión poco afortunada por carecer del debido rigor, se aplica tanto a ellas como a los casos de contratas.

11. 2 Pluralidad de contratas.

No es infrecuente que después de concertar dos empresas la realización por parte de la auxiliar de una parcela de actividad de la principal, aquélla haga lo mismo, respecto de una parte de la actividad contratada, con una segunda empresa auxiliar; se puede discutir en estos casos si la responsabilidad que se comenta abarca a todas las empresas de la cadena o solamente a las que contraten entre sí. Teóricamente pueden darse tres hipótesis: 1ª) La empresa principal respondería solidariamente ante todas las empresas auxiliares, al tiempo que cada empresa auxiliar tendría igual responsabilidad solidaria ante las sucesivas empresas auxiliares situadas en los eslabones inferiores. 2ª) La empresa principal respondería solidariamente ante todas las empresa auxiliares, pero éstas no estarían afectadas por aquella responsabilidad ante las demás auxiliares. 3ª) Cada empresa respondería solidariamente ante aquella con la que contratara, de tal manera que la principal lo haría ante la auxiliar y cada una de éstas ante la también auxiliar con la que directamente contrató.

Gran parte de la doctrina se ha inclinado en favor de la primera hipótesis⁽³⁷⁾ y también lo

(37) M. ALONSO OLEA: "El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve". 2ª edición, Madrid 1987, pág. 180.

(continúa...)

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

ha hecho alguna resolución judicial. El precepto estatutario no resuelve el problema, por lo que la solución es difícil. Con mayor fundamento se han pronunciado algunas sentencias en favor de la tercera hipótesis, esto es, la más favorable para la empresa principal, por la restricción que representa en la interpretación del art. 42 ET; así la de 10 de Diciembre de 1987 TCT sostiene que la empresa principal no puede ser responsable ante empresas con las que no ha contratado; en la misma línea, la de 2 de Julio de 1983 TS niega la responsabilidad de la empresa principal que ni conocía ni había consentido las posteriores contrataciones de las empresas auxiliares. Apoya esta línea el hecho de que el certificado negativo de descubierto previsto por el art. 42 ET se refiere a dos empresas, centrando el contenido del precepto en una relación bipolar entre empresa principal y contratista y entre ésta y la subcontratista y así sucesivamente, por lo que puede concluirse que es legítima la aplicación de la más favorable de las hipótesis: la tercera.

11.3 Un factor decisivo: el concepto de "*propia actividad*".

Del sentido que se otorgue a esa expresión dependerá en cada caso concreto la aplicación o no del art. 42 ET. La jurisprudencia no ha dado una idea aplicable con generalidad sino que los criterios han sido siempre propios del particular supuesto resuelto en cada caso. Una idea orientativa la da el propio art. 42 ET cuando alude a las exclusiones: cuando la actividad contratada se refiere exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda y cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial. En el primer caso (las contrataciones del cabeza de familia) las resoluciones judiciales aceptan la exclusión sin reparos; sin embargo no ocurre lo mismo, con la consiguiente restricción de la excepción, cuando el cabeza de familia es al mismo tiempo un empresario que encarga una obra que incide en la explotación comercial que mantiene en su casa. La observancia jurisprudencial conduce a no encontrar en las excepciones a la aplicación del art. 42 ET otra cosa que la no presencia de la "*propia actividad*", sin aportar por esta vía un mayor esclarecimiento.

Prescindiendo de las resoluciones judiciales y atendiendo a la doctrina, se ha llegado a

(37)(...continuación)

J. GARCÍA MURCIA: "El trabajo en contratas...". Obra citada, págs. 42-43.

T. SALA FRANCO: "La descentralización del trabajo". En "El ordenamiento laboral español y los límites de la autonomía de las partes y a las facultades del empresario" (Durrán López, Montoya Melgar y Sala Franco), Madrid 1987, pág. 219, y "Derecho del Trabajo", 5ª edición, Valencia 1990, pág. 342.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

afirmar por algún autor (concretamente Pérez de los Cobos)³⁸ que *"sólo en los caos en los que exista una coincidencia entre la actividad principal de la empresa contratista y la del contratante será de aplicación al art. 42 ET"*. La estricta aplicación de esta opinión conduciría a la práctica inaplicación del precepto por lo difícil que resulta la realidad de la que parte. Otros autores³⁹ sostienen que el precepto comentado es aplicable en el caso de que la empresa principal pudiera ser capaz de realizar por sus propios medios la obra o el servicio encargado a la empresa auxiliar; sentencias como la de 2 de Diciembre de 1987 TS y 11 de Junio de 1986, 28 de Julio de 1986 y 10 de Noviembre de 1988 TCT han seguido este criterio; con ello se establece, a diferencia del primeramente expuesto, un mecanismo de relativa facilidad para la aplicación del art. 42 ET porque sujeta éste a cualquier conexión directa o indirecta con el proceso productivo de la empresa principal⁴⁰.

Atendiendo a un razonamiento lógico conectado con la finalidad perseguida por el precepto, puede admitirse que fuera de la *"propia actividad"* quedarían las obras o servicios que, aunque necesarios para la consecución de los objetivos de la empresa principal, no coinciden con lo que es propio de su actividad. De esta manera se excluirían del art. 42 ET los siguientes: 1º) La construcción o reparación de las instalaciones del centro de trabajo y la instalación o reparación de maquinaria y mecanismos utilizados por la empresa principal. 2º) La actividad de las empresas que colaboran con otra en la venta o promoción del producto o servicio cuya fabricación o ejecución corresponde a otra empresa, cual es el caso de las denominadas *"promotoras"* que realizan todo lo necesario para la venta al público de inmuebles excepto la construcción. 3º) Las empresas que se dedican a actividades que colaboran para el mejor desarrollo de las actividades de otras empresas dedicadas a la producción de bienes o a la prestación de servicios de naturaleza muy distinta a la de aquéllas, tales como las empresas de limpieza de locales, bar y comedor de una fábrica, transporte de obreros hasta y desde el centro de trabajo, vigilancia de instalaciones de la empresa principal, etc. Estos supuestos han sido aceptados por sentencias de 20 de Octubre

(38) Obra citada: "Nuevas tecnologías...". Pág. 31.
En parecidos términos L. MARTÍNEZ CALCERRADA: "La titularidad de la empresa y cambio de la misma" En AA.VV., "El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de estudio de los Magistrados de trabajo" IES, Madrid 1980, pág. 140.

(39) M. RODRIGUEZ-PINERO: "La regulación protectora del trabajo en contrata". Revista de Política Social, nº 93 (1972), pág. 37.
R. MARTÍNEZ EMPERADOR: "El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios". IES, Madrid, pág. 6.

(40) T. SALA FRANCO y Otros: "Derecho del Trabajo". Obra citada, pág. 339.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

de 1983, 28 de Junio de 1984, 5 de Abril de 1989 TCT.

Por otra parte, los convenios colectivos no suelen establecer disposición alguna respecto al alcance de la responsabilidad por contratas y subcontratas, especialmente por razón del diferente ámbito funcional en que actúan las empresas principal y auxiliar a las que correspondan distintos convenios, por lo cual la negociación colectiva no es el medio adecuado para superar las carencias del Estatuto de los Trabajadores.

Vistas las variadas opiniones e inconvenientes existentes para delimitar el concepto "*propia actividad*", puede acudir, siguiendo para ello a Cruz Villalón⁽⁴¹⁾, a los indicios, entre los que pueden destacarse los siguientes: 1º) La habitualidad en la prestación de trabajos por la empresa auxiliar jugaría en favor de la presencia de aquella realidad, en tanto que la realización esporádica de esos trabajos llevaría a la conclusión contraria. 2º) Aunque careciendo de valor concluyente por sí mismo, la presencia de los trabajadores de la empresa auxiliar en los locales de la empresa principal haría presumir la conexión de aquéllos con el ciclo productivo de esta última. 3º) También contribuiría a estimar la concurrencia de "*propia actividad*" que los trabajadores de la empresa auxiliar empleen útiles o materias primas propiedad de la empresa principal, conduciendo a la presunción contraria al hecho de que la propiedad sea de la empresa auxiliar. 4º) Si con anterioridad la obra o servicio contratado era ejecutado por los trabajadores de la empresa principal, habrá que pensar en la aplicabilidad del art. 42 ET, y en caso contrario habrá que entender lo inadecuado de su aplicación. 5º) La definición del objeto social de la empresa principal puede indicar el contenido de su actividad productiva y con ello las tareas que pueden incluirse o excluirse del concepto de "*propia actividad*". Este elemento es considerado como decisivo por la sentencia de 15 de Febrero de 1989 TCT. 6º) Si la actividad contratada con la empresa auxiliar es habitualmente ejecutada por los propios trabajadores en otras empresas del mismo sector que la principal, habrá un indicio en favor del art. 42 ET, que en caso contrario no se daría.

(41) J. CRUZ VILLALÓN: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", Relaciones Laborales, tomo I (1992), págs. 133 y 134.

11.4 Contenido de la responsabilidad del art. 42 ET.

Puede clasificarse en tres grupos: 1º) Salarial. 2º) De Seguridad Social. 3º) De seguridad e higiene.

Respecto al primer grupo el art. 42 ET establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal sobre los salarios adeudados por la empresa auxiliar; el texto vigente es más restrictivo que la Ley de Relaciones Laborales de 1976 que la aplicaba a las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores. Al limitarla a los salarios, los Tribunales entienden que quedan excluidas las percepciones extrasalariales: las dietas (Sentencias de 19 de Julio de 1988 y 5 de Abril de 1989 TCT); el plus de transporte y distancia (Sentencia de 5 de Abril de 1989 TCT); las indemnizaciones por despido (Sentencias de 27 de Octubre de 1986 TS, 24 de Julio y 9 de Diciembre de 1986 y 5 de Abril de 1989 TCT); la indemnización por falta de preaviso en la extinción contractual (Sentencia de 28 de Febrero de 1989 TCT); etc. Por el contrario la responsabilidad salarial alcanza a todo concepto retributivo que posea dicha condición; así quedan afectados los salarios de tramitación a diferencia de las indemnizaciones por despido como antes se dijo (Sentencias de 28 de Junio y 27 de Octubre de 1986 TS, y 24 de Julio y 9 de Diciembre de 1986 y 13 de Enero de 1988 TCT); el plus de transporte si está concebido como una mejora salarial y no como una compensación de gastos (Sentencia de 2 de Marzo de 1988 TCT); e incluso el recargo por mora en el pago de salarios (Sentencia de 1 de Junio de 1985 TCT).

La diferenciación entre los salarios de tramitación y las indemnizaciones por despido queda clara en las siguientes resoluciones judiciales. La Sentencia de 19 de Octubre de 1982 TCT declara: *"Conforme con la doctrina que viene siendo sostenida por esta Sala de 7 de Mayo de 1979 y 30 de Junio de 1981, tal responsabilidad solidaria ha de quedar limitada en sus efectos a los salarios dejados de percibir y hasta donde alcance el período de vigencia de la contrata, pero no a la readmisión, que incumbe exclusivamente al contratista, que es quien mantendrá la relación laboral con los trabajadores"*. La Sentencia de 7 de Diciembre de 1983 TCT manifiesta: *"La sola analogía o remisión cuantitativa al art. 56 del Estatuto mencionado, al referir el cálculo de la indemnización a módulos salariales, no enerva ni modifica la específica naturaleza indemnizatoria y no salarial de la suma resultante"*. La de 12 de Septiembre de 1984 del mismo Tribunal dice que la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET *"no alcanza al empresario principal ni en la obligación de readmitir ni en la indemnización sustitutiva de la no readmisión, que*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

exclusivamente incumbe al contratista [...], quedando limitada aquella responsabilidad solidaria a los salarios de tramitación, dentro de un determinado período temporal, cual es el de la vigencia de la contrata".

El Estatuto establece un límite a la responsabilidad solidaria salarial: "[...] con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo". De esta manera la Ley evita el perjuicio que pudiera causarse a la empresa principal a través de la connivencia entre la empresa auxiliar y sus trabajadores para la fijación de unos salarios elevados, conscientes de que la empresa no podrá hacer frente a los mismos ni tendría éxito, dada la insolvencia previsible, la acción de repetición ejercitable por la empresa principal. Al mismo tiempo el límite garantiza una homogeneidad salarial que favorece el ejercicio de la descentralización productiva reseñada al comienzo.

La Jurisprudencia no es unánime a la hora de resolver si la responsabilidad solidaria salarial abarca las mejoras voluntarias del empleador o se limita estrictamente al nivel salarial habitual del sector en que desarrolla su actividad la empresa principal.

El segundo grupo es la responsabilidad en materia de Seguridad Social. Los principios de automaticidad de las prestaciones y de responsabilidad subsidiaria de la Tesorería General de la Seguridad Social constituyen unas garantías que aseguran la puntual percepción por el trabajador de las prestaciones que le correspondan⁽⁴²⁾, por lo que la responsabilidad del art. 42 ET en materia de Seguridad Social beneficia a la Tesorería o a las Mutuas Patronales.

La empresa principal responderá por la falta de cotización de la empresa auxiliar por los trabajadores que presten servicios en la obra contratada, constituyendo ello, conforme a la Jurisprudencia, una obligación de pago que afecta a la totalidad de los conceptos que integran la cuota, así como a los recargos por la demora en que hubiera incurrido la empresa auxiliar (Sentencia de 7 de Diciembre de 1988 TS).

Así mismo la empresa principal es responsable por las prestaciones reconocidas al

(42) M. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA: "Compendio de Seguridad Social". 3ª ed., Madrid 1989, págs. 124 y ss.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

trabajador de cuyo pago se haga responsable a la empresa auxiliar (Sentencia de 2 de Julio de 1985 TCT).

También abarcaría la responsabilidad solidaria a las mejoras voluntarias de Seguridad Social impuestas al empresario. La Sentencia de 2 de Julio de 1983 TS negó esa posibilidad por no tener aquéllas la consideración de obligatorias; la Sentencia de 14 de Junio de 1983 TCT también lo negó porque no existe obligación de cotizar por las mismas; y la Sentencia de 15 de Diciembre de 1986 TS sostuvo la misma opinión porque no tienen la consideración de salario. Por el contrario, la Sentencia de 2 de Febrero de 1987 TS y otras mantienen una postura opuesta, aunque es indiscutible que los argumentos que rechazan aquella posibilidad son más abundantes que contundentes.

Finalmente ha de hacerse constar que los arts. 68 y 97 de la Ley General de la Seguridad Social se encuentran vigentes en razón a un principio de especialidad y por contemplar una situación de hecho ajena a la que regula el art. 42 ET. Aquellos preceptos, referido el primero a la obligación de cotización y el segundo a las prestaciones de la Seguridad Social, son aplicables cuando la contrata de obras o servicios no pertenezcan a la propia actividad de la empresa principal, en cuyo caso la responsabilidad en materia de Seguridad Social es subsidiaria, es decir, para el caso de insolvencia de la empresa auxiliar. Este criterio separador (la ajeneidad de la *"propia actividad"*) es el determinante tanto de la subsistencia de los preceptos comentados como el factor determinante de su aplicación o la del art. 42 ET. Así lo han manifestado los Tribunales (por ejemplo en la Sentencia de 2 de Julio de 1985 TCT).

El tercer y último de los grupos anunciados es el de la responsabilidad en materia de seguridad e higiene. La regla general de la que ha de partirse es que dicha responsabilidad se produce cuando los trabajadores de la empresa auxiliar prestan sus servicios en el local de la empresa principal. Los antecedentes se encuentran en el art. 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971 y en el art. 2.3 del Decreto 1860/1975. La Jurisprudencia se ha planteado considerar derogados estos últimos preceptos porque, con independencia del principio de especialidad que jugaría en favor de su vigencia, la posterior promulgación del art. 42 ET ha limitado la responsabilidad solidaria a los salarios y a las obligaciones de Seguridad Social, llegando por ello la Sentencia de 16 de Febrero de 1990 TS a declarar derogado el art. 153 de la Ordenanza citada.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

La controversia puede considerarse resuelta por el art. 40 de la Ley 8/1988 de 7 de Abril sobre infracciones y sanciones de orden social que impone a la empresa principal una responsabilidad administrativa, derivada de las contratas de su propia actividad, por las infracciones cometidas por la empresa auxiliar que opera en el centro de trabajo de la empresa principal.

Los Tribunales han ido cambiando el criterio dominante en la imposición de sanciones administrativas pasando desde una responsabilidad objetiva a una exigencia de culpabilidad basada no sólo en la imposibilidad de que la Ley establezca presunciones de culpabilidad sino en el hecho de que no puede imponerse a la empresa principal el deber de responder de las acciones u omisiones de la empresa auxiliar, por lo que es preciso probar la culpa de la empresa principal en la infracción acaecida. Muestra de esta tendencia es la Sentencia de 16 de Febrero de 1990 TS. En este sentido debe aceptarse que no es posible imponer una sanción a la empresa principal si a la misma no puede imputársele la infracción que se pretende sancionar y sí en cambio en exclusiva a la empresa auxiliar que en cuanto parte única empleadora ha de hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato como responsable más directa.

En conclusión, los descritos son los criterios imperativos en materia sancionadora, en tanto que para las infracciones de normas relativas a la seguridad e higiene de los trabajadores de la contrata que prestan servicio en el centro de la empresa principal, rige la exigibilidad a esta última del deber de velar y responder por el cumplimiento de las correspondientes obligaciones, conforme al art. 40 de la Ley 8/1988 y el Convenio nº 155 OIT (ratificado por España el 26 de Julio de 1985).

Queda por último determinar si a la empresa principal le alcanza la responsabilidad derivada de la imposición de un recargo por falta de medidas de seguridad de la que se derive un accidente o enfermedad profesional para un trabajador de la empresa auxiliar. En un principio los Tribunales se inclinaron por una respuesta negativa argumentando que el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad e higiene corresponde a la parte empleadora, la empresa auxiliar, incluso cuando opera en los locales de la empresa principal, así como por el hecho de que el recargo es una sanción personalista; muestra de esta línea son las Sentencias de 29 de

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Septiembre de 1981, 2 de Febrero de 1984 y 17 de Junio de 1986 TCT⁽⁴³⁾. Sin embargo se cambió posteriormente de criterio para incluir los mencionados recargos en la responsabilidad solidaria del art. 42 ET, siendo muestra la Sentencia de 17 de Marzo de 1988 TCT, argumentándose en su defensa que tanto el art. 42 ET como el art. 97 de la Ley General de la Seguridad Social establecen una responsabilidad solidaria y subsidiaria, en cada caso respectivo, respecto de las prestaciones de Seguridad Social sin introducir excepción alguna que permita excluir las prestaciones, que también lo son, previstas a título de recargo en el art. 93 de la segunda de las Leyes citadas.

11.5 Delimitación temporal de la responsabilidad.

Tanto el art. 42 ET como el art. 40 de la Ley de infracciones y sanciones de orden social establecen que la responsabilidad de la empresa principal respecto a las obligaciones de la empresa auxiliar por las contratas de su propia actividad se extenderá a las nacidas *"durante el período de vigencia de la contrata"*, es decir, excluyendo las anteriores y posteriores. Lo mismo cabe predicar, aunque la letra de la Ley no lo diga, de los arts. 68 y 97 de la Ley General de la Seguridad Social, cuya finalidad es igual a la de aquellos preceptos. Especifica el art. 42 ET que en lo referente a las obligaciones de Seguridad Social la responsabilidad no es exigible durante el transcurso de los 30 días con que cuenta la Tesorería para emitir el certificado negativo de descubiertos.

Se produce una situación peculiar en los supuestos en los que la empresa auxiliar procede al despido de alguno de sus trabajadores una vez concluida la contrata o antes del plazo previsto (con el consiguiente incumplimiento contractual frente a la empresa principal), siendo declarada nula o improcedente tal decisión, en cuyo caso, si bien antes se dijo que la responsabilidad de la empresa principal alcanza a los salarios de tramitación, la Jurisprudencia entiende que esa responsabilidad no se da porque la contrata ha finalizado; así lo señalan las Sentencias de 20 de Enero de 1987, 8 de Noviembre de 1988 y 18 de Enero y 5 de Abril de 1989 TCT.

Especifica el art. 42 ET que el ejercicio de la acción para exigir la responsabilidad prevista

(43) M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA: "Instituciones de Seguridad Social". Civitas, 11ª ed., Madrid 1988, págs. 118 y 144.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

por el mismo se podrá efectuar hasta un año después de terminada la contrata. La Jurisprudencia (por ejemplo las Sentencias de 23 de Noviembre de 1987 TS y 28 de Mayo de 1985 TCT) lo considera un plazo de caducidad⁽⁴⁴⁾. En todo caso ese plazo es un límite general que no impide la caducidad de la concreta acción ejercitada si la legislación prevé para ese supuesto un plazo de ejercicio menor, lo que representará un plazo de caducidad inferior al año⁽⁴⁵⁾. Por otra parte, los arts. 68 y 97 de la Ley General de la Seguridad Social no prevén plazo alguno, por lo que habrá que entender aplicable el general de los cinco años⁽⁴⁶⁾. Y respecto a la responsabilidad administrativa en materia de seguridad e higiene, habrá que aplicar el plazo general de tres años desde la fecha de la infracción conforme a los arts. 4 de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social y 60.1 ET.

11. 6 Otros efectos del art. 42 ET.

La descentralización productiva que se produce mediante el fenómeno de las contratas y las subcontratas se enmarca en el derecho constitucional a la libertad de empresa y a la iniciativa económica. Por ello, toda limitación a ese derecho habrá de ser expreso y evidentemente no es eso lo que se deduce del art. 42 ET. En consecuencia, el incumplimiento del deber de comprobar que la empresa auxiliar se encuentra al corriente en sus obligaciones de Seguridad Social o bien la constatación de un descubierto, no impedirá a la empresa principal contratar con la auxiliar. Aquella constatación no impide el derecho a contratar como lo ratifica el propio art. 42 ET al establecer una exoneración de responsabilidad durante el primer mes de la contrata, lo que presupone la posibilidad de que se suscriba el contrato entre ambas empresas con independencia de la situación de la empresa auxiliar ante la Seguridad Social.

Algún sector de la doctrina ha opinado que, constatado el normal cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social de la empresa auxiliar, la exoneración de la principal dura un mes porque la obligación de cotizar es mensual y debe renovarse mensualmente la comprobación

(44) A. MARTÍN VALVERDE: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios". En AA.VV. (Coord. Borrajo Dacruz) "Comentarios a las leyes laborales", tomo VIII, 2ª edición, Madrid 1988, pág. 268.

J. GARCÍA MURCIA: "El trabajo en las contratas...". Obra citada, pág. 50.

(45) T. SALA FRANCO y Otros: "Derecho del trabajo...". Obra citada, pág. 341.

(46) M. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZALEZ ORTEGA: "Compendio...". Obra citada, pág. 129.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

por parte de la empresa principal⁽⁴⁷⁾. Sin embargo la letra de la norma no permite apreciar ese deber de reiteración sino que solamente exige la comprobación al comienzo de la vigencia de la contrata.

Finalmente, es unánime para los Tribunales y la doctrina que aunque el inciso final del art. 42.1 ET dice que el empresario quedará exonerado de responsabilidad si transcurren 30 días sin recibir la certificación negativa de descubierto (o si ésta fuera efectivamente negativa), dicha exoneración se refiere a las responsabilidades de Seguridad Social, manteniéndose la responsabilidad salarial y administrativa en materia de seguridad e higiene en la forma descrita más arriba, ya que si la mentada certificación recae sobre las obligaciones de Seguridad Social, a éstas se circunscribiría la exoneración. La responsabilidad solidaria concurre si no se reclama la certificación de la Tesorería, o ésta es positiva; en los demás supuestos posibles existe exoneración.

12. LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

La prohibición de las agencias privadas de colocación, comentada anteriormente con referencia al art. 16.2 ET, y la regulación de las contratas y subcontratas del art. 42 ET se unen a la prohibición de la cesión de trabajadores conforme al art. 43 ET. Examinados ya los dos primeros, el tercero es el que se va a abordar a continuación proyectándose sobre las empresas de trabajo temporal, problema éste que, aunque relacionado con las agencias privadas de colocación y con las contratas, se pone plenamente de manifiesto a la vista del art. 43 ET.

12. 1 Concepto general.

Empresa de trabajo temporal es aquella persona física o jurídica cuya actividad se dirige de modo esencial a poner a disposición de terceros empresarios, y de modo provisional o transitorio, trabajadores que previamente ha contratado e incorporado a su plantilla. De esta manera se produce una relación triangular: 1º) El empresario de trabajo temporal que contrata por tiempo cierto o indefinidamente a trabajadores que incorpora a su plantilla y les remunera, con el

(47) J.A. SAGARDOY BENGOCHEA: "Intrahistoria de un proyecto de Ley. El Estatuto de los Trabajadores". En *Relaciones Laborales* nº 6-7 (1990), pág. 16.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

fin de ponerlos a disposición de otros empresarios para los que efectivamente trabajarán, percibiendo aquél empresario de los segundos una compensación económica que lucra su actividad.

2º) El trabajador contratado por la empresa de trabajo temporal que es cedido a la empresa cliente.

3º) El empresario cliente.

Las relaciones jurídicas resultantes son así mismo tres: 1º) El contrato de trabajo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador. 2º) El contrato mercantil entre la empresa de trabajo temporal y la empresa cliente. 3º) La relación, que en principio y teóricamente no es jurídica sino de hecho, entre la empresa cliente y el trabajador.

El Ordenamiento español prohibía las empresas de trabajo temporal en el art. 43 ET: *"Se prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores, sin incorporados al personal de la empresa en que trabajan"*. Añadía el apartado 2: *"Los empresarios que infrinjan la prohibición anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, a resultas de dichos actos prohibidos, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos"*. Finalmente decía el apartado 3: *"Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho, a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba"*.

Quienes han defendido la recepción legislativa en España de las empresas de trabajo temporal, reconocidas en algunos países europeos, han encontrado el obstáculo más firme en el indiscutible ánimo de lucro de esas empresas que lo obtienen haciendo uso de la mano de obra disponible en el mercado. Los problemas de su admisión se van a exponer a continuación.

12. 2 Los inconvenientes de su admisión.

Se ha adelantado que la figura de las empresas de trabajo temporal han tropezado con el art. 43 ET porque las mismas se interponen entre el trabajador y la empresa cliente para la que realmente trabaja, por lo que la aplicación de aquel precepto era plena. Sin embargo pueden apreciarse algunas circunstancias que diferencian ambas figuras. Así, en la cesión estricta se

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

produce un ocultamiento del empresario real que, ajeno a la contratación laboral, queda libre de cualquier responsabilidad, recayendo la misma en una empresa cedente que normalmente carecerá de la solvencia necesaria para la satisfacción efectiva de los derechos de los trabajadores; por el contrario, si la empresa de trabajo temporal posee un patrimonio y una organización adecuados, no existirá ocultamiento alguno ni elusión de responsabilidades porque aquella empresa será capaz de hacer frente a sus obligaciones de todo tipo.

Este último aspecto se conecta con otro también importante: el art. 43 ET se estaba refiriendo a las empresas que no son sino meras apariencias de empresas que no cuentan con actividad ni organización alguna sino que se dedican a ser prestamistas de mano de obra; ese precepto sería aplicable a las empresas de trabajo temporal si éstas respondieran a aquellas características, pero no en los supuestos en los que posean patrimonio, organización y actividad canalizada a través de las contrataciones con las empresas clientes. Cuando esta realidad se produce, el art. 43 ET quedaba inaplicable máxime si, como ha sucedido en los últimos años, las empresas de trabajo temporal se toleran de hecho, paralelamente a la pérdida del campo de aplicación del art. 43 ET debido a la escasez de supuestos en los que la cesión de mano de obra se ha mostrado con claridad.

No obstante la naturaleza de las empresas de trabajo temporal conlleva una disociación entre el empresario de hecho y el empresario de derecho, y cuya intervención es el paso previo a la prestación de servicios laborales, por lo que la interposición es innegable y lo es la vinculación legal exclusiva a efectos laborales entre la empresa y el trabajador, quedando vinculada la empresa cliente mediante otros mecanismos. También el ánimo de lucro es innegable y que éste no se alcanza a través de una actividad empresarial distinta a la contratación pensada para la subsiguiente entrega de la mano de obra a la empresa cliente. En consecuencia, los fundamentos que se esgriman a su favor habrán de basarse en razones ajenas a los efectos que se deducen de las prohibiciones legales expuestas.

Derogados los arts. 16.2 ET y 40.2 de la Ley 51/1980, y autorizadas las agencias privadas de colocación por el Real Decreto-Ley 18/1993, ha desaparecido otro de los obstáculos para la admisión de las empresas de trabajo temporal, ya admitidas, como después se expondrá, por aquel Real Decreto-Ley. Cabe preguntarse entonces sobre el punto de incompatibilidad; reside en que la empresa de trabajo temporal facilita empleo a quienes carecen de él o lo necesitan bajo unas

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

concretas condiciones que satisfacen las exigencias puntuales de la empresa cliente por razones de urgencia o necesidad concreta, lo cual significa desplegar una actividad de mediación que si, como antes se dijo, ha venido siendo tolerada es por la demostrada ineficacia de las oficinas públicas de colocación para responder adecuadamente a las demandas de mano de obra de las empresas⁽⁴⁸⁾.

Puede concluirse a la vista de todo cuanto antecede que las empresas de trabajo temporal realizan una función de mediación, pero no en la forma fraudulenta legalmente prohibida; tampoco actúan como agencias privadas de colocación porque incorporan a los trabajadores a su plantilla; en tercer lugar, no se trata de una categoría dentro del fenómeno de las contrataciones porque no existe coincidencia de actividad ni la empresa cliente practica con ello una descentralización productiva. Todos estos dobles aspectos habrán de tenerse en cuenta a la hora de regular el régimen de estas empresas que de una manera importante contribuirán en la flexibilización del mercado laboral.

12. 3 Argumentos en favor de su admisibilidad.

En los momentos de crisis económica son las empresas las que reclaman soluciones tendentes al abaratamiento de los costes, entre ellos los laborales, incluyendo entre aquéllas la posibilidad de que una necesidad puntual de mano de obra pueda solucionarse sin acudir a nuevas contrataciones, pudiendo la empresa de trabajo temporal proporcionar los trabajadores que realicen lo que la plantilla ordinaria no puede, aportando además a la empresa cliente el personal pedido ya seleccionado, eximiendo a aquélla de esta labor.

Desde el punto de vista de los trabajadores, se puede argumentar que en períodos de desempleo masivo las empresas de trabajo temporal proporcionan una ocupación al menos durante un tiempo y satisfacen el deseo de quienes buscan un trabajo de corta duración o a tiempo parcial, que son los que normalmente proporcionan aquellas empresas⁽⁴⁹⁾.

Mediante estos dos argumentos es fácil comprender que la defensa de las empresas de trabajo temporal se encuadre en las medidas de flexibilidad propugnadas por las empresas, ya que para los trabajadores las ventajas que se ofrecen son meras compensaciones a unas medidas que

(48) A. MARTÍN VALVERDE: "Interposición y mediación...". Obra citada, pág. 74.

(49) F. DURÁN LÓPEZ: "Las empresas de trabajo temporal". Revista de Trabajo, nº 69 (1984), págs. 20 y ss.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

incidieran en la precariedad del empleo propia de las épocas de crisis. La relativa fragilidad de los argumentos expuestos han facilitado la labor a los detractores de esas empresas al ver en ellas un factor de arraigamiento del empleo temporal y de debilitamiento de los derechos de los trabajadores al no poder ejercitarlos frente a la empresa para la que realmente prestan sus servicios. En efecto, las empresas de trabajo temporal no contribuyen a crear empleo desde el momento en que la duración de los contratos que conciertan estarán vigentes mientras dure el contrato concertado con la empresa cliente, la cual puede también contratar por igual tiempo y directamente a los trabajadores al amparo de cualquier modalidad de contrato temporal que cubra la necesidad momentánea de mano de obra. Por otra parte, el ámbito en que normalmente actúan las empresas de trabajo temporal (contratos a tiempo parcial y de duración limitada) indica que dan satisfacción a los trabajadores que buscan una ocupación a su medida, con lo que se evidencia el fracaso, en aquel ámbito, de las oficinas públicas de empleo.

Por consiguiente, unos y otros argumentos tienen en común el haber nacido alrededor de unas estructuras productivas cambiantes que caminan hacia la adaptación del uso de la mano de obra a las necesidades de las empresas, apareciendo las empresas de trabajo temporal como una fórmula capaz de aportar ventajas ante las demandas de flexibilidad productiva. En unos momentos en los que se encuentran en fase de revisión algunos principios inamovibles durante las épocas de bonanza económica, tendiéndose a desechar los planteamientos rígidos, la actitud ante las empresas de trabajo temporal no puede ser tampoco rígido.

A los argumentos generales expuestos al inicio, pueden agregarse otros más pormenorizados. Así, en principio las empresas clientes no obtienen un gran ahorro salarial porque han de pagar a la empresa de trabajo temporal cantidades similares a las que en otro caso abonarían directamente a los trabajadores. Sin embargo la empresa cliente evita seleccionar al personal, formarlo y pasar por un período de prueba; además, no incorpora a los trabajadores a su plantilla, lo cual es importante en un país como España en donde abundan las empresas medianas y pequeñas que podrán incrementar su producción valiéndose, junto a la plantilla estable, de la contratación temporal y de la mano de obra que le proporcione las empresas de trabajo temporal.

Frente a ello se contraponen la carencia de una mayor estabilidad para los trabajadores. También se alega la dificultad para suscribir un convenio colectivo para la empresa de trabajo

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

temporal o simplemente para negociar las condiciones de trabajo ya que la prestación laboral se desarrolla en el ámbito organizativo de la empresa cliente, frente a la que no pueden hacerse valer los derechos laborales -como regla general- por no pertenecer a su plantilla.

Puede concluirse diciendo que no son pocas las dificultades que presentan las empresas de trabajo temporal, máxime cuando van a pasar de la prohibición a la legalidad. No incrementan el empleo, no aportan garantías de estabilidad mayor a los trabajadores ni flexibilizan la contratación en cuanto que las modalidades a emplear son idénticas a la variada gama de que disponen las empresas clientes para contratar directamente. Parece como si el único beneficiario fuera la propia empresa de trabajo temporal a través del lucro que obtuviera, y la empresa cliente en menor medida a través de las ventajas reseñadas. La contemplación conjunta de la cuestión pudiera dar una impresión inicial de erosión de las garantías colectivas; lo que realmente está claro es que en la tendencia a la individualización de las relaciones laborales, las empresas de trabajo temporal podrán realizar una importante aportación.

12. 4 Criterios para una posible regulación de las empresas de trabajo temporal.

Visto que estas empresas conllevan principalmente ventajas para las empresas e inconvenientes para los trabajadores, su regulación debiera, por otra parte, exigir la máxima transparencia en las contrataciones y reforzar la posición jurídica de los trabajadores afectados.

Más pormenorizadamente, la regulación debiera ocuparse de su autorización inicial y su control posterior; las responsabilidades conjuntas de la empresa de trabajo temporal y la empresa cliente ante el trabajador; la constancia escrita del contrato con especificación de las labores que vaya a realizar para la empresa cliente; la prohibición de que el trabajador venga a desarrollar los quehaceres de trabajadores en huelga de la empresa cliente; la ausencia de limitaciones a la integración del trabajador en la empresa cliente; etc. Estas y otras son las cuestiones que suelen regular las legislaciones que admiten esta figura empresarial.

Respecto al contrato que suscriban la empresa de trabajo temporal y el trabajador, puede preverse una o múltiples puestas a disposición de las empresas clientes; en el caso de que sean múltiples se produciría una especie de movilidad funcional y geográfica bajo un sólo contrato que, sin cambio de contratantes, sería válido para las numerosas contrataciones mercantiles que se

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

hicieran con las empresas clientes. Por el contrario, si el contrato se concierta con vistas a una única puesta a disposición, pudiera ocurrir, al igual que en otras legislaciones, que la regulación legal imponga un límite temporal, en cuyo caso pudiera ocurrir que la duración de la necesidad que trata de satisfacerse a la empresa cliente supere el límite temporal del contrato, con lo cual el período de vigencia de éste último sería artificial por cuanto no respondería al tiempo durante el que debió trabajar en la empresa cliente, y entonces se pondría de manifiesto el carácter de intermediación pura que realizarían las empresas de trabajo temporal.

Este último inconveniente quedaría eliminado si la empresa de trabajo temporal contratara con carácter indefinido o bien con una duración temporal independiente y superior a la de vigencia del contrato mercantil con la empresa cliente. De esta manera aquella empresa poseería una plantilla relativamente estable que le permitiría múltiples puestas a disposición y le alejaría de ser un mero intermediario de mano de obra para acercarle a la figura de la empresa que funciona mediante contratos. Simultáneamente los trabajadores adquirirían una estabilidad y podrían alcanzar una formación más intensa y plantear medidas de defensa colectiva de sus intereses. Con este planteamiento se rechazarían las posturas de quienes ven en estas empresas un ejemplo de flexibilidad brutal que toleraría a las mismas tener unas plantillas absolutamente inestables en las que predominaría la precariedad y la movilidad libre. Igualmente la separación entre el contrato laboral y el contrato mercantil (este último entre la empresa de trabajo temporal y la empresa cliente) evitaría que la finalización imprevista del segundo conllevara la extinción del contrato de trabajo, permaneciendo éste ajeno a las vicisitudes de las relaciones mercantiles de su empresa con las empresas clientes, y posibilitando al trabajador accionar por despido si la empresa de trabajo temporal extinguiera el contrato de trabajo antes del tiempo convenido o por causa no legal.

Finalmente, respecto al ejercicio de los derechos colectivos, la opción de la hipotética regulación legal de las empresas de trabajo temporal radica en hacerlos efectivos en el ámbito de la misma o en la empresa donde realmente se prestan los servicios. Antes se indicaron los problemas que plantea la primera posibilidad; la segunda choca con la circunstancia de la falta de vínculo jurídico-laboral. No es esta la ocasión para adentrarse en estos problemas pues cualquier solución sería compleja y discutible, por lo que toda merma que pueda producirse sobre este punto habría que cargarla a la cuenta de los inconvenientes que han de soportar los trabajadores, que para satisfacer la aspiración superior a la obtención de un puesto acuden a la contratación que les proporcionan las empresas de trabajo temporal.

12. 5 Situación actual de las empresas de trabajo temporal.

El Real Decreto-Ley 18/1993 de 3 de Diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación ha derogado el art. 43 ET y ha admitido la existencia de las empresas de trabajo temporal, al tiempo que, como en su lugar se indicó, ha autorizado las agencias de colocación.

El art. 2 del Real Decreto-Ley mencionado se limita a disponer que *"la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan"*.

La regulación específica de las empresas de trabajo temporal vendrá dada por la correspondiente Ley sobre la que actualmente existe un Proyecto y una Memoria Explicativa, en los que figuran una pretensión de regulación legal que contendrá muchos de los criterios que se han expuesto en el apartado precedente.

Seguidamente el art. 2 del Real Decreto-Ley 18/1993 describe los efectos de la vulneración de los términos que legalmente regulan las empresas de trabajo temporal; básicamente son los mismos que los de la prohibición de cesión de trabajadores que establecía el art. 43 ET, esto es: 1º.- La infracción por parte de los empresarios conlleva su responsabilidad solidaria ante los trabajadores y la Seguridad Social. 2º.- Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba. 3º.- Los derechos y obligaciones en la nueva empresa no son ya los propios de la misma categoría y puesto de trabajo sino los del mismo puesto de trabajo o equivalente, en consonancia con una próxima ampliación en la regulación legal de la movilidad funcional.

13. LOS GRUPOS DE EMPRESAS.

Vinculado también con el fenómeno de la prestación de servicios laborales para empresas distintas para las que ha sido contratado el trabajador, los grupos de empresas constituyen una realidad que incide simultáneamente en las nuevas formas de organización productiva y en los derechos de los trabajadores pertenecientes a cualquiera de las empresas que integran el grupo.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

La mención de algunos preceptos legales, escasos en cuantía debido tanto a la parquedad de regulación como a su ordenación legal pensada desde un plano distinto al jurídico-laboral, sirve para hacer el primer apunte en torno a los efectos que puede generar su existencia, siendo exponente de la única plasmación que figura en el Ordenamiento. En primer lugar, el art. 8.8 de la Ley 18/1982 de 26 de Mayo de Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y Sociedades de Desarrollo Regional establece, con ocasión de indicar lo que ha de hacerse constar en los pactos que rijan el funcionamiento de la unión, que se consignará *"la responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común, que será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros"*. Más recientemente, y abandonando la inspiración fiscal de aquella Ley, la de 29 de Abril de 1991 (Ley 12/1991) de agrupación de interés económico (derogadora de la Ley 196/1963 de 28 de Diciembre sobre asociaciones y uniones de empresas y de los arts. 4,5,6 y 19 de la Ley 18/1982) establece en su art. 1 que, a diferencia de las uniones temporales de empresas reguladas por la Ley de 1982, tendrán personalidad jurídica y carácter mercantil; su finalidad, conforme al art. 2, es *"facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios"*. El art. 3 habla de su objeto: *"[...] se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios"*. El art. 5 versa sobre la responsabilidad de los socios: *"La responsabilidad de los socios es subsidiaria de la agrupación de interés económico"*.

Otras normas legales que aluden a los grupos de empresas son las siguientes: 1ª.- Las referencias que hace la Ley General de Cooperativas 3/1987 de 2 de Abril. 2ª.- La referencia que también hace la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984 en su art. 10. 3ª.- Lo mismo cabe decir de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 26 de Diciembre de 1984. 4ª.- El art. 85 del Reglamento de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1 de Agosto de 1985.

Contienen definiciones más amplias: 1ª.- La Ley 24/1988 de 28 de Julio del Mercado de Valores, cuyo art. 4 describía el concepto de grupo, y fue modificado por la Ley 13/1992 de 1 de Junio en los siguientes términos: *"Se consideran pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto"*. 2ª.- La Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto-Ley 1/1992 de 3 de Abril de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Protección por Desempleo, derogado por la Ley 22/1992 de 30 de Julio de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, establecía una definición que reitera la Disposición Adicional Cuarta de esta última: *"A los efectos de lo establecido en la presente Ley se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las empresas que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controla directa o indirectamente a las demás. Se entenderá que existe control de una empresa dominada por otra dominante cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio"*.

13. 1 Su vinculación con la idea de la flexibilidad.

La concentración empresarial es una realidad creciente en el tráfico económico, que cada vez va manifestándose con formas más complejas, viniendo a ser la respuesta a la necesaria adaptación de las estructuras de producción frente a los imperativos de la reducción de costos, reparto de riesgos y responsabilidades, incremento de la competitividad, etc. Por ello la idea de la flexibilidad es un componente en el nacimiento de los grupos de empresas en cuanto creación cronológicamente relevante en los momentos de una coyuntura económica delicada. Lógicamente, como en otras muchas figuras, esa manifestación de flexibilidad ubicada en el perfeccionamiento de la organización empresarial se alza para algunos en factor perturbador de los derechos laborales de los trabajadores que, en su condición de parte teóricamente más débil de la relación jurídica, volverían a ver mermadas sus garantías, más difíciles de hacer valer ante un grupo de empresas cuyo entramado es desconocido o difícil de conocer que ante una única empresa empleadora dotada de un solo patrimonio y dirección.

13. 2 Formas de manifestación de los grupos de empresas.

La variedad de formas es la nota característica de las agrupaciones empresariales, siendo común en todos los casos la presencia de varios empresarios, normalmente sociedades, que conservando su independencia jurídica tienen en cambio una única dirección asentada en vínculos financieros o de otro tipo⁽⁵⁰⁾. Así, una primera manifestación es la de la participación financiera, esto es, una o más empresas son económicamente propiedad de una tercera por la titularidad que

(50) LOJENDIO OSBORNE: "Los grupos de sociedades". Ed. policopiada, Sevilla 1988, págs. 44 y ss.
DUQUE: "Concepto y significado institucional de los grupos de empresa". En el libro homenaje a Roca Sastre, tomo III, pág. 31.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

ésta ostenta en el capital de aquéllas. Otra forma menos pura es la unión conseguida mediante convenios o contratos que se traducen en el dominio de una empresa respecto a otras, siendo ejemplo de ello los acuerdos de concesión de licencias, patentes en exclusiva, etc. Una tercera forma sería la basada en las vinculaciones familiares entre los controladores de las empresas o incluso la identidad de la persona física que ejerce el control en todas las empresas que así componen el grupo. No obstante, puede darse también un grupo de empresas sin que exista una relación de dominio de una sobre otras, esto es, sin haber una situación de subordinación; las empresas agrupadas crean un órgano común rector que coordina las voluntades de todas ellas configurando así un grupo horizontal.

13.3 Criterios de la Jurisprudencia a efectos de apreciar una única empresa a efectos laborales.

Los Tribunales han ido abandonando el criterio formalista de la personalidad jurídica de cada empresa para comenzar a admitir que el grupo debe ser considerado como una única empresa a efectos de imputar las obligaciones derivadas del contrato de trabajo vigente con cualquiera de las que componen el grupo, a éste y por lo tanto al conjunto de las empresas que lo integran⁽⁵¹⁾. El problema radica en determinar en qué casos existe un grupo de empresas y sobre esto la Jurisprudencia puede contribuir en la aportación de una cuota de flexibilidad (si se aprecia la presencia del grupo restrictivamente) o de rigidez o más bien de impedimento a la flexibilidad (si se aprecia la presencia del grupo al amparo de cualquier factor de conexión, frecuente en el tráfico mercantil).

Las circunstancias que genéricamente exige la Jurisprudencia para admitir que existe un grupo de empresas son las siguientes: 1º) La indistinta prestación laboral para las empresas que componen supuestamente el grupo. Así se desprende de las sentencias de 7 de Diciembre de 1987 TS y de 21 de Marzo de 1980 y 3 de Febrero de 1984 TCT. En este supuesto claramente los Tribunales aprecian una circulación de trabajadores que rompe la teoría de la personalidad jurídica, por lo que se imputa al conjunto de empresas las obligaciones derivadas del contrato de trabajo suscrito por una de ellas. 2º) La confusión patrimonial bien por existir un elevado grado de

(51) L.M. CAMPS RUIZ: "La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades". MTSS, Madrid 1986, pág. 31.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

comunicación patrimonial o bien por carecer alguna de recursos propios. 3º) Unidad de dirección o vinculaciones familiares en las direcciones de las distintas empresas. 4º) La apariencia de unidad. Numerosas sentencias sostienen la ruptura de la teoría formalista de la personalidad jurídica en favor del principio de seguridad jurídica, proveniente de la dificultad para el trabajador de indagar las difíciles interioridades de los pactos hechos por las empresas que han de responder como una sola frente a quien contempla esa apariencia; son ejemplo de este criterio las sentencias de 10 de Noviembre de 1987 y 12 de Julio de 1988 TS y las de 15 de Octubre de 1982 y 4 de Julio de 1984 TCT.

En todo caso prevalece el principio de la personalidad jurídica independiente frente a la excepcionalidad del grupo de empresas, apreciable cuando efectivamente concurren las circunstancias que denotan esa realidad. Lojendio Osborne⁽⁵²⁾ expone así el problema: *"o se respetan los esquemas tradicionales de la autonomía patrimonial de las personas jurídicas y de atribución de responsabilidad a quien da el nombre, en cuyo caso sólo se corregiría el rigor de esta consecuencia en supuestos excepcionales, para cuya solución se pueda recurrir a las reglas generales sobre, por ejemplo, la simulación, el fraude o la estafa, o se intentan superar esos esquemas y se sigue, frente al jurídico formal, un criterio económico sustancial que permita la superación de la personalidad jurídica y la quiebra del principio de la limitación de personalidad"*. El silencio del legislador hace que haya que optar en principio por la primera solución y sólo excepcionalmente cuando concorra simulación, fraude, estafa o las circunstancias expuestas en el párrafo precedente, podrá admitirse la realidad económica conducente a la responsabilidad del conjunto de las empresas. Contribuye a esta segunda opción el art. 1.2 ET que permite el empleo de un criterio más realista en el ámbito laboral que en otras ramas del Derecho a la hora de delimitar el concepto de empresario y debido a la introducción en ese concepto de las comunidades de bienes, a las que algunas sentencias y una parte de la doctrina han reconducido los grupos de empresas⁽⁵³⁾.

Delimitando así el criterio de los Tribunales, es significativa y exponente de lo dicho hasta

(52) Obra citada. Pág. 40.

(53) M.C. PALOMEQUE LÓPEZ: "Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes". Revista española de Derecho del Trabajo, 1980.
M. ALONSO OLEA - E. CASAS BAAMONDE: "Derecho del Trabajo". Madrid 1987, 10ª ed., pág. 141.
Mª.C. ORTIZ LALLANA: "Los grupos de empresa: determinación del empresario responsable". Actualidad Laboral, 1985, pág. 1946.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

aquí la sentencia de 14 de Febrero de 1992 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) que alude a esta cuestión con ocasión de interpretar el art. 43 ET: "[...] el actor solicita en la demanda que se declare a tenor del art. 43 ET que ha existido cesión de mano de obra entre la empresa D. y R. declarando la responsabilidad impuesta en dicho precepto, pero esta pretensión no puede estimarse por las siguientes razones; una que el art. 77 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas de 27 de Diciembre de 1989 permite los grupos de empresa cuya figura autoriza a una dominante agrupar a varias empresas para la mejor explotación de un negocio, industria o servicio, teniendo cada una asignada la atención o gestión de una parte de dicho negocio, pero conservando todas ellas su propia personalidad, patrimonio y personal y como de la prueba practicada se desprende que los demandados constituyen un grupo de empresa para la explotación del servicio de transporte, la relación existente entre las demandadas se encuentra incluida en el marco legal antes citado y la segunda razón deriva de que el referido art. 43 prohíbe la cesión de mano de obra regulando las consecuencias de esta cesión, pero el tema central de este problema radica en establecer cuando se produce la misma y esta cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia pudiendo citarse las Sentencias del TCT de 15 de Noviembre de 1986 y 15 de Diciembre de 1989 en las que se ha expuesto el criterio que se origina tal cesión cuando la empresa intermedia encierra un ente ficticio carente de elementos propios de un negocio y por el contrario no se presenta esta situación cuando la contratista tiene una personalidad jurídica propia, patrimonio propio y, especialmente, y ello encierra la nota característica, tiene un esquema organizativo adecuado a la función o tarea que tiene encomendada y como en el presente caso D. aparece probado que tiene personalidad jurídica propia, patrimonio y una organización empresarial con servicios centrales, órganos periféricos y toda la escala profesional de mandos intermedios, de acuerdo con el criterio antes expuesto no cabe admitir que se trate de una empresa ficticia por lo que hay que concluir que de una parte se encuentra legalizada la relación comercial existente entre los tres codemandados y de otra aparece que dichas empresas explotan un servicio de transporte y reparto de mercancías, pero conservando cada una su esquema organizativo y su propio personal y sin que en ningún momento exista cesión de trabajadores entre ellos".

13. 4 Responsabilidad de los grupos de empresas.

Una vez apreciada, conforme a alguna de las pautas descritas anteriormente, la existencia de un grupo de empresas, es preciso determinar la clase de responsabilidad exigible al mismo respecto a las obligaciones jurídico-laborales para con cualquiera de los trabajadores de las

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

empresas que componen el grupo, siendo éste un problema que la Jurisprudencia no ha abordado con la suficiente frecuencia como para fijar con seguridad un criterio concreto.

Entre las posibles soluciones, éstas serían las más lógicas: 1º) El grupo sería responsable subsidiario respecto al empresario singular, siendo a su vez los empresarios restantes del grupo responsables entre sí de forma solidaria o mancomunada. 2º) La responsabilidad solidaria sin más de todas las empresas del grupo. 3º) La responsabilidad mancomunada de las empresas que integran el grupo en su totalidad. 4º) La responsabilidad por cuotas de los miembros del grupo.

Puede destacarse, en razón a la claridad del criterio que sustenta, la sentencia de 27 de Mayo de 1987 TCT que vino a ser una excepción a la línea tradicional de los Tribunales de aplicar una responsabilidad conjunta de carácter solidario; aquella resolución argumentó que al no existir pacto conocido o disposición legal que establezca la solidaridad y al no poder presumirse ésta por disponerlo así el art. 1137 del Código Civil, la misma habrá que entenderla como mancomunada. El argumento tiene rigor, pero sería válido en los supuestos en los que se reclama por el trabajador una obligación de dar porque si lo que se reclama es, por ejemplo, la readmisión subsiguiente a un despido, el criterio de la responsabilidad mancomunada será de difícil aplicación. En todo caso, como se ha dicho la Jurisprudencia se ha decantado tradicionalmente en favor de la responsabilidad solidaria desde hace numerosos años; así lo indican las sentencias de 5 de Enero de 1968, 12 de Noviembre de 1974, 30 de Junio de 1978, 1 de Febrero de 1980 y 4 de Julio de 1984 del TCT.

Desarrollando los argumentos que en favor de cada alternativa se han esgrimido por la doctrina, cabe decir que los defensores de la responsabilidad mancomunada parten de la excepcionalidad de la responsabilidad solidaria, por lo que en tanto expresamente no se imponga esta última, la aplicación del art. 1137 del Código Civil mantiene una presunción que alcanza a los grupos de empresa en beneficio de las entidades que la integran. Así mismo cabe añadir en esta línea que la responsabilidad del conjunto de las empresas sería subsidiario respecto a la empresa formalmente responsable sobre la que el acreedor laboral habrá de realizar el intento de satisfacción de su crédito y, una vez constatada su insolvencia, podrán activarse los mecanismos de defensa del acreedor, pero sin que sea jurídicamente posible proceder directamente contra todas las empresas del grupo.

Por el contrario, en defensa del principio de solidaridad se argumenta que en determinados

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

supuestos en que concurre un grupo de empresas apreciado como tal (por ejemplo, cuando esa apreciación emana de una conducta fraudulenta empresarial) la aplicación de la presunción del art. 1137 del Código Civil es inadecuada porque el bien jurídico protegido y los principios inspiradores son en cada caso muy distintos. Incluso en cualquier caso que se aprecie la existencia de un grupo de empresas es muy dudoso que el art. 1137 sea aplicable por contener un principio general, ya que en el ordenamiento laboral prevalece la solidaridad de las obligaciones y no la mancomunidad o la subsidiariedad, y muestra de ello son los arts 42, 43 y 44 ET y 97.2 de la Ley General de la Seguridad Social, por lo que si bien la responsabilidad mancomunada es válida en el ámbito del régimen jurídico de las obligaciones civiles, no puede decirse lo mismo respecto a las de carácter laboral cuya naturaleza dista de aquélla.

La defensa de la solidaridad respecto a los grupos de empresas que ofrecen una apariencia de unidad o han hecho uso de la circulación del trabajador entre todas ellas ha tenido una ratificación jurisprudencial (por ejemplo, en las sentencias antes citadas de 30 de Junio de 1978 y 1 de Febrero de 1980 TCT) en el sentido de considerar que quien crea una apariencia jurídica tiene que atenerse a ella⁽⁵⁴⁾. A los preceptos citados, eminentemente laborales, pueden añadirse los indicados al comienzo de esta apartado (Leyes 18/1982 y 12/1991 etc.) y el párrafo 2º del art. 7 del Real Decreto 830/1985 de 30 de Abril⁽⁵⁵⁾; su art. 1º establece que *"a los efectos del presente Real Decreto, se entenderá por empresa pesquera conjunta aquella que, en un país extranjero y conforme a su legislación, constituyen las empresas pesqueras españolas en asociación con personas físicas o jurídicas de dicho país y, en su caso, de otros países, con la finalidad de explotar conjuntamente los recursos pesqueros del mar"*; pues bien, el párrafo 2º del art. 7 dice que *"de los posibles incumplimientos de las obligaciones anteriormente referidas (de Seguridad Social y beneficios de la legislación laboral) responderán solidariamente todas las empresas españolas que participen en la empresa pesquera conjunta de que se trate, excepto en el caso que dichos incumplimientos vengan obligados por el respeto a la legislación del país en el que se haya constituido la citada empresa pesquera conjunta"*.

Por consiguiente, el principio de solidaridad no se basa en la contradicción puramente

(54) J.M. EMBID IRUJO: "Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en el Derecho del Trabajo". Relaciones Laborales, tomo 1985-I, pág. 582.

(55) Sobre empresas pesqueras conjuntas (B.O.E. de 6 de Junio de 1985).

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

dialéctica frente al Código Civil ni al intento de otorgar preferencia a unos principios respecto a otros sino, partiendo de la mencionada concepción realista que el Derecho laboral tiene del empresario (Art. 1.2 ET), se asienta en los diferentes supuestos de hecho de que parten cada una de las ramas del ordenamiento. Esta solución es naturalmente más gravosa para las empresas afectadas que los restantes criterios expuestos; no por ello la doctrina y especialmente los Tribunales sostienen un criterio proteccionista de los trabajadores y, por excesivamente tuitivo, alejado de la flexibilidad que comporta la realidad de los grupos de empresas; y ello no es así porque el principio de solidaridad es, por lo dicho hasta ahora, una consecuencia lógica y jurídica de una premisa: la apreciación de la existencia del grupo de empresas que depende de circunstancias fácticas excepcionales, siendo la regla general la estimación de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas.

14. LA SUCESION EMPRESARIAL.

Bajo esta denominación el texto sustantivo fundamental del ordenamiento laboral, el Estatuto de los Trabajadores, dedica un sólo artículo cuyo contenido suscita tal cúmulo de opiniones y posturas encontradas que su mera enunciación resultaría extensa; las derivaciones que genera la regulación estatutaria y la vinculación del fenómeno sucesorio con múltiples aspectos jurídico-laborales ha hecho que la participación de la Jurisprudencia en la labor configuradora de su alcance sea especialmente relevante, habiéndose logrado posiciones consolidadas en algunos aspectos en tanto que otros quedan sometidos a la solución particular que se dé en cada caso. La sucesión de empresa se ha eludido frecuentemente con el objetivo de transformar determinadas estructuras formales de una empresa y hacer nacer otra nueva exenta de las cargas que hacían inviable la anterior, por lo que el art. 44 ET constituye un obstáculo para eludir responsabilidades y se sitúa en la línea de los preceptos que persiguen la estabilidad en el empleo y la garantía de la efectividad de los derechos de los trabajadores. Desde este punto es por donde se conecta con la flexibilidad laboral que, referida a la sucesión empresarial, precisa de un repaso (ya que cada cuestión es susceptible de estudios muy extensos) indicador de los efectos de la aplicación de la norma. La eliminación de la sucesión empresarial en el ordenamiento más que un motivo de alegría para muchas empresas sería un curioso invento de consecuencias casi mágicas; la suavización de su alcance cualitativo pudiera ser un factor de dinamización económica e incluso de justicia material; la exposición que se hace a continuación llevará a una conclusión que desde ahora se adelanta: la interpretación que ofrecen los Tribunales es generosa respecto a los supuestos

de apreciación de su existencia.

14.1 El objeto de la transmisión.

El art. 44.1 ET se refiere al cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma. La transmisión puede ser total o parcial, entendiendo por esta última la que afecta a un centro de trabajo de la empresa o a una de las unidades productivas autónomas. En cualquier caso queda excluido el art. 44 ET cuando lo que se transmite es un elemento de la organización empresarial que, aunque aisladamente sea muy importante, no permite por sí sólo la continuidad de la actividad empresarial, ya que lo esencial para la aplicación de aquel precepto es que el cesionario reciba un conjunto de elementos con los que pueda continuar la actividad del cedente⁽⁵⁶⁾; en este sentido la sentencia de 27 de Octubre de 1986 TS declaró: *"la entrega del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa, que permite la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de esta comunidad en sus factores técnicos, organizativos y patrimoniales, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido"*.

La continuidad de la actividad empresarial sin la transmisión íntegra de la empresa tiene un reflejo legal en el art. 51.12 ET que remite al art. 44 en el supuesto de venta judicial de parte de los bienes de la empresa, siempre que éstos permitan continuar, también parcialmente, la actividad de la empresa. Más adelante se hará nuevamente referencia al art. 51.12 ET.

Lo que ha de entenderse por centro de trabajo no es sino lo que como tal define el art. 1.5 ET: la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral.

Respecto al significado de la expresión *"unidad autónoma"*, la doctrina lo equipara simplemente al centro de trabajo⁽⁵⁷⁾ o lo entiende como una unidad más restringida⁽⁵⁸⁾. Con más

(56) I. ALBIOL MONTESINOS: "Aspectos laborales de la transmisión de empresa". IELSS, Madrid 1984, pág. 17.

(57) G. DIEGUEZ CUERVO: "La sucesión en la empresa", en "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores (Coord. E. Borrajo)". Tomo VIII, Madrid 1982, págs. 351-352.
M. ALONSO OLEA y M^a CASAS BAAMONDE: "Derecho del Trabajo". Madrid (Ed. F.D.) 11^a Edic., 1989, pág. 368.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

propiedad, puede entenderse como el soporte de una actividad diferenciada susceptible de funcionamiento autónomo tanto actual como de futuro. La sentencia de 25 de Abril de 1988 TS manifestó: *"Cuando el cambio de titularidad afecta no a toda la empresa sino a una unidad productiva autónoma de la misma, no cabe exigir que en el momento anterior al cambio de titularidad la autonomía de esa unidad sea absoluta y total, pues en ese caso no habría una sino dos empresas ya separadas que correspondían a un único titular; no puede oponerse por tanto a la subrogación que entre la unidad cedida y el resto de la empresa existan conexiones como estar bajo una misma dirección en sus aspectos general y de personal, ni que exista un único control de contabilidad, ni tampoco que la actividad se desarrolle en el mismo centro. Lo esencial es que se trate de una unidad productiva diferenciada susceptible de poder disgregarse de la empresa y actuar de modo autónomo, aunque haya de dotársele de aquellos soportes complementarios de ese quehacer autónomo y diferenciado, susceptible de vida propia, que antes recibía de la unidad empresarial a la que estaba incorporada"*.

Como antes se dijo, los Tribunales vienen manteniendo un criterio amplio a la hora de apreciar la concurrencia del fenómeno sucesorio empresarial. Muestra de ello es la sentencia de 6 de Abril de 1987 TCT que sostuvo su presencia cuando una nueva empresa continúa la misma actividad económica que antes desarrollaba otra anterior persistiendo el mismo complejo industrial en sus factores subjetivos, objetivos y medios de organización y gestión. La aparente abundancia de requisitos no constituye un inconveniente ni restringe la aplicación de la norma, como lo demuestra la sentencia de 10 de Abril de 1991 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al declarar que *"es doctrina consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del art. 44 ET de que la empresa tiene en principio una vocación de vida indefinida sin que le afecten los cambios de titularidad subjetivos en la posición del empleador, que no extinguen las relaciones laborales, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior con la finalidad de proteger la estabilidad en el empleo, la continuidad de las relaciones laborales existentes en una organización económica, independientemente de los cambios en la titularidad de la empresa, que no afectan a la subsistencia de los contratos de trabajo concluidos con cada uno de los trabajadores, con lo que se configura así un derecho del trabajador al puesto de trabajo desligado del empleador y vinculado a la empresa concebida como una comunidad de trabajo que posibilita la desaparición*

(58) I. ALBIOL MONTESINOS. Obra citada, pág. 50.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

y sustitución del empresario sin mengua de la vida de la comunidad (sentencias de 14 de Noviembre de 1978, 26 de Enero de 1987 y 30 de Junio de 1988, entre otras). La noción de cambio de titularidad que acoge el art. 44 ET abandona la técnica enumerativa de supuestos de sucesión de empresa que realizan el art. 79 de la antigua LCT seguida por la LRL, con una visión genérica que posibilita la admisión de cualquier forma de cambio de titularidad, persiguiendo una finalidad generalizadora y ampliadora de sus precedentes legislativos reforzando la idea fundamental de continuidad en la actividad económica empresarial y su proyección en la del puesto de trabajo, siguiendo el criterio jurisprudencial que venía considerando los supuestos recogidos en la LCT como una enumeración abierta, amplitud progresiva aplicada por el extinguido TCT en distintas ocasiones (sentencias de 6 de Abril, 22 de Junio y 2 de Diciembre de 1983, entre otras) con el propósito de dar estabilidad en el empleo, centrando la interpretación del referido art. 44 en la continuidad de la empresa y de la prestación de los servicios laborales. La fórmula legal así entendida comprende cualquier especie de figura jurídica que origine la continuidad de la empresa por el nuevo titular, tanto por transmisión directa como indirecta; máxima amplitud que lleva a la sentencia de 9 de Octubre de 1988 de acoger además de los negocios jurídicos de transmisión, la mera continuidad de hecho en la titularidad por otra persona, ya sea física o jurídica⁽⁵⁹⁾.

14. 2 Formas de transmisión. Especial referencia a las sociedades anónimas laborales.

El tenor literal del art. 44.1 ET permite distinguir el cambio de titularidad "inter vivos" y "mortis causa".

Entre los primeros, los negocios jurídicos relevantes para el artículo tantas veces citado son diversos: compraventa, permuta, arrendamiento, etc. Este último es destacable por la variedad de soluciones que han de darse a la finalización de dicho contrato. La Jurisprudencia, entre otras la sentencia de 3 de Marzo de 1987 TS, declara que "de llegarse a solución distinta (esto es, la inaplicación del art. 44) los trabajadores no sólo perderían el derecho a la estabilidad en el empleo, sino que podrían verse afectados en sus derechos -supuesto de insolvencia- al no resultar garantizados con los bienes de la empresa, que no son propiedad del arrendatario y sí del

(59) L. CAMPOS RUIZ. "Transmisión de empresa: efectos laborales según la Jurisprudencia". Actualidad Laboral, tomo XIX Abril 1991, pág. 208.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

arrendador; de ahí la responsabilidad que se declara, a fin de no fomentar la aparición de empresarios ficticios que carezcan de las mínimas garantías de responsabilidad, de manera que la finalización o rescisión del arriendo dejase a los trabajadores frente a un empresario (arrendatario) indefensos, haciendo ilusorios sus derechos".

Hasta aquí, la justificación de la sucesión empresarial. Ha de añadirse que la finalización de la vigencia del arrendamiento implica la recuperación por parte del propietario de la empresa y, por lo tanto, de la condición de empresario; si el negocio se arrendara a otro, éste quedaría subrogado en la posición del anterior arrendatario. Por el contrario, si lo que se arrienda no es el negocio sino el local, la terminación del contrato no implica responsabilidad alguna para el dueño del local ni para otro posible arrendatario del local, ya que éste no es por sí sólo una empresa ni, en consecuencia, existe vinculación respecto al mismo de los trabajadores del arrendatario del local; por ello es válida la cláusula contractual en estos supuestos conforme a la cual el local habrá de ser devuelto *"libre de personal"*.

Debe advertirse en los casos de arrendamiento de negocio que si, finalizado éste, no se produce un nuevo arrendamiento y el propietario no continuara la actividad por una causa legal (jubilación, incapacidad permanente, etc) no habrá recuperación de la condición de empresario, por lo cual no se le aplicará el art. 44 ET sino que los efectos de las extinciones contractuales laborales recaerán sobre el arrendatario.

Aparte de las transmisiones negociales, se encuentran las que carecen de ese origen, destacando la venta judicial y la concesión administrativa⁽⁶⁰⁾.

Respecto a la venta judicial dice el art. 51.12 ET que *"en el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de sus bienes, se estará a lo dispuesto en el art. 44 de esta Ley, siempre que en el caso de venta parcial, los bienes permitan continuar, también parcialmente, la actividad de la empresa"*. Añade el párrafo siguiente que *"en cualquier caso, si el nuevo empresario decide no continuar o suspender la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto"*. No cabe duda que de esta manera el Estatuto extiende el art. 44 a estos supuestos.

(60) L. CAMPOS RUIZ. "Transmisión de empresa...". Obra citada, págs. 210.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

La venta judicial nos da pie para abordar un problema controvertido cual es el de la sucesión empresarial respecto a las sociedades anónimas laborales, porque éstas suelen nacer frecuentemente con el sustento material de las instalaciones y medios de producción adquiridos en subasta por los trabajadores de una empresa fenecida. En un principio no se pronunció la Jurisprudencia de una manera contundente sobre este problema. Posiblemente por ello han existido resoluciones judiciales que han inaplicado el art. 44 ET a las sociedades anónimas laborales. Con el fin de seguir un elemental orden que permita exponer los argumentos contrarios a la aplicación de ese precepto en estos supuestos y conocer a continuación los argumentos favorables a tal aplicación y, finalmente, conocer el reciente sentido del Tribunal Supremo, se va a reseñar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, una sentencia del Tribunal Superior del País Vasco y otra del Tribunal Supremo. Hay que advertir de todas formas que las sociedades anónimas laborales se enmarcan en una línea de objetivos distintos a los tradicionales de las empresas, que propugnan una mayor flexibilidad, por lo que ésta no guarda mucha relación con la defensa del criterio favorable a la aplicación del art. 44 ET en general a las empresas y a las anónimas laborales en particular.

Así, cabe destacar una elaborada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de Febrero de 1992 en la que se dice: *"Este Tribunal ha venido sosteniendo en supuestos análogos al de autos, y entre otras sentencias de 19 de Septiembre de 1989 aplicando la doctrina del Tribunal Supremo plasmada en sentencias de fecha 20 de Julio de 1988, que la adquisición de algunos elementos de la antigua empresa y el arriendo de unos locales, no significa un acto de transmisión intervenidos de la unidad empresarial antigua, máxime si se tiene en cuenta que la nueva sociedad anónima laboral la forman trabajadores de la empresa desaparecida, que arriesgan en su empeño la indemnización y los créditos para poner en marcha una nueva empresa que, aun dedicada a la misma actividad de la precedente tiene una estructura nueva y propia, tesis aplicable al supuesto de autos puesto que la adquisición por parte de los trabajadores de una empresa fracasada, de una parte de los activos de ésta en pago de sus salarios, con posterior constitución de una sociedad anónima laboral que recupera aquella actividad y medios materiales, no constituyendo un supuesto de sucesión de empresas de las reguladas en el art. 44 ET, aunque los sujetos que concurren como asociados a la nueva sociedad sean en su mayoría de las mismas que realizaron una actividad bajo anterior relación de dependencia, sin que comporte por ello subrogación de la nueva sociedad anónima laboral en los derechos y obligaciones de la forma jurídica que con anterioridad había desarrollado la actividad; para ello ha recordado esta Sala*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

que la norma invocada es un precepto de garantía de los derechos de los trabajadores en el supuesto de que se produzca una novación subjetiva en la persona de su empleador, de forma que tal cambio de titularidad no puede extinguir -por sí mismo como explicita el texto legal- las relaciones laborales preexistentes, sino que el nuevo empresario queda subrogado por disposición legal en los derechos y obligaciones de su predecesor (art. 44 y 51.12 ET y Directiva C.E.E. 77/87 de 14 de Febrero, sentencia T.J.C.E. de 18 de Marzo de 1986). Tal mecanismo de garantía no puede operar si con anterioridad a la transmisión de los elementos materiales ha existido una válida extinción del contrato de trabajo, en base a una causa prevista por la Ley y conforme a procedimiento regular, cesando la actividad de la empresa e incluso la empresa misma como sujeto de relaciones laborales, al margen de que se haya producido o no la extinción de su personalidad jurídica conforme a la legislación mercantil". Añade más adelante: "Sobre las premisas expuestas no puede hacerse aplicación de un precepto establecido en garantía de los trabajadores frente a los trabajadores mismos y a su derecho a incorporarse a la actividad empresarial mediante una sociedad anónima laboral. Por el contrario, la introducción no justificada del condicionante de no poder adquirir elementos materiales procedentes del empresario anterior y de no poder continuar la misma actividad empresarial supondría una restricción gravosa para la constitución de este tipo de sociedades, ya que la vía más accesible para los trabajadores están en las actividades que realizaban antes como empleados". Dice seguidamente: "Tampoco la doctrina y la Jurisprudencia permiten afirmar que siempre que concurra una venta judicial se produce la transmisión global del elemento unitario que configura la empresa (Sentencia del mismo Tribunal de 19 de Septiembre de 1989 que cita la sentencia de 20 de Julio de 1988 TS). Como señala la sentencia del TCT de 1 de Marzo de 1988, si los trabajadores de la anterior empresa constituyeron con los bienes que les fueron adjudicados en subasta una sociedad laboral, ésta nació a la vida del derecho absolutamente desvinculada de cualquier situación fáctica o jurídica anterior. A su vez la sentencia del TCT de 13 de Septiembre de 1988 concluye que no puede pretenderse una subrogación en relaciones laborales que habían sido válidamente extinguidas en virtud de previo expediente de regulación de empleo, y que por otra parte la empresa habrá dejado de existir desde el punto de vista jurídico laboral, no transmitiéndose ya otra cosa que elementos inertes. Finalmente, del análisis del supuesto enjuiciado no se desprende la existencia de una verdadera transmisión de empresa encubierta bajo simulación contractual o fraude procesal, en cuyo caso un tercero perjudicado, como lo sería el Fondo de Garantía recurrente, podría impugnar la validez de los actos de cobertura de tan ilícita actuación, y exigir la correlativa aplicación de la norma defraudada. Antes al contrario,

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

extinguida validamente la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a los créditos salariales pendientes así como a la indemnización que habla de abonarles su empleador y también por lo mismo a la protección legalmente establecida para el supuesto de insolvencia del mismo".

Frente a la defensa de la inaplicación del art. 44 ET a las sociedades anónimas laborales, han de ponerse de manifiesto otros argumentos en sentido contrario; la sentencia de 15 de Mayo de 1992 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dijo al respecto: *"El principio de igualdad ante la Ley y el equilibrio procesal de los litigantes subsiguiente a aquél, no puede ser vulnerado en atención a motivos de viabilidad económica de una empresa constituida por una parte de los trabajadores provenientes de otra empresa desaparecida, ya que las ayudas para dicha finalidad (previstas por el art. 129.2 de la Constitución) no pueden perjudicar los derechos de terceros y menos aún al amparo del principio «pro operario», aplicable en los términos exclusivos que prevé el art. 3.3 ET. Por otra parte, la Jurisprudencia ha venido otorgando al art. 44 de esa Ley una interpretación generosa que hace difícil su inaplicación a las sociedades anónimas laborales; aunque resulta incontrovertible que las deudas de todo tipo de una empresa desaparecida puede impedir el éxito de la sociedad anónima laboral que se constituya por todos o una parte de los trabajadores, la ayuda a las que se formen bajo esas circunstancias no puede venir dada por la exención de las responsabilidades asumidas por el fenómeno de sucesión empresarial que se produce de manera flagrante al utilizar la nueva sociedad los mismos medios materiales y humanos que la desaparecida, así como una semejante clientela a la que atiende mediante una continuidad en la actividad mercantil; excepcionar la aplicación del art. 44 ET equivaldría a buscar el éxito de las sociedades anónimas laborales a costa de los derechos económicos del Fondo de Garantía Salarial, Tesorería de la Seguridad Social, etc., que también se encuentran protegidos por aquel precepto, cuya vocación tuitiva no se limita a la estabilidad en el empleo ni está prevista tan sólo en favor de una de las partes de todo conflicto laboral, por lo que dichas sociedades, que nacen con unas disponibilidades materiales adquiridas con facilidad, han de encontrar ayuda en otras instancias y han de ser sus promotores conscientes de que el art. 44 ET no admite la inaplicación al caso, a efectos de prever si la negativa herencia procedente de la empresa fenecida pueda frustrar una posible sociedad anónima laboral".*

En el momento actual el criterio sostenido por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco puede considerarse como el acertado y vigente, puesto que cuenta con el apoyo del Tribunal Supremo, cuya sentencia de 16 de Julio de 1993 es esclarecedora y concisa,

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

remitiéndose además a precedentes muy recientes. Dice así: *"La cuestión debatida es la responsabilidad o no del F.G.S. en un caso en que se ha producido la siguiente secuencia de actos jurídicos: 1º) extinción autorizada de los contratos de trabajo de los empleados de una sociedad anónima laboral socios de la misma a raíz de expediente de regulación de empleo; 2º) resoluciones judiciales de condena al abono de las indemnizaciones pertinentes y de declaración de insolvencia de la entidad empleadora; 3º) venta judicial de los bienes de la empresa a otra sociedad anónima laboral formada por los propios empleados despedidos; 4º) continuidad por parte de esta última de la actividad empresarial desarrollada por la primera; y 5º) incorporación de la práctica totalidad de la plantilla que fue de la SAL transmitente a la SAL adquirente.*

La clave de la decisión del caso es si la incorporación de los trabajadores a la empresa adquirente de los bienes de la que los despidió y la continuadora de su actividad debe considerarse como un supuesto de cambio de titularidad de la empresa de los previstos en los artículos 44 y 51.12 del Estatuto de los Trabajadores, que desvirtúa la extinción del contrato de trabajo y los efectos indemnizatorios y de responsabilidad del F.G.S. que de ella pretenden derivarse. Como señala el Abogado del Estado en el escrito de impugnación, y como informa también el Ministerio Fiscal, sobre un caso sustancialmente igual ya se ha pronunciado en sentido afirmativo esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de Noviembre de 1992, dictada en unificación de doctrina, a la que han seguido otras varias (últimamente, la de 2 de Julio de 1993). A esta jurisprudencia, que hace «primar la realidad jurídica de la sucesión» sobre extinciones simuladas o de mera apariencia, hay que estar en la decisión del presente recurso".

Como se indicó más arriba, junto a la venta judicial, la concesión administrativa. Su similitud jurídica con el arrendamiento de empresa la hace quedar incluida, por iguales razones, en el ámbito del art. 44 ET para gran parte de la doctrina. Pero habida cuenta que el tema de la flexibilidad laboral también comprende la realización de lecturas de los textos legales que otorguen a éstos la condición de cauce para la dinamización de los procesos productivos sin las trabas propias de una legislación excesivamente proteccionista del trabajador o de las procedentes de una interpretación concreta en ese sentido de la legislación, es conveniente dejar constancia del criterio que respecto a las concesiones administrativas recoge la sentencia de 22 de Noviembre de 1991 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco: *"[...] de esta manera llega el momento de preguntarse si el mantenimiento y conservación del alumbrado público del ayuntamiento constituiría una unidad productiva autónoma en la empresa X, S.A. susceptible de ser incorporada a Y, S.A. tras asumir ésta la adjudicación de aquel servicio. La respuesta sería afirmativa en el supuesto*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

de que el servicio constituyera una actividad con vocación de permanencia para la empresa, atendida con unos concretos medios materiales y humanos, contractualmente vinculados estos últimos mediante relaciones laborales indefinidas y dedicadas también de manera estable a dicho cometido. Por el contrario, el servicio que se adjudicó la empresa X, S.A. fue comercialmente una actividad industrial más de entre todas a las que atiene según su capacidad técnica y volumen de pedidos capaz de atender, para la cual empleó los medios de que disponía, entre ellos los medios humanos y ante la embergadura del servicio precisó de la contratación temporal para un servicio determinado, por lo cual el servicio careció en todo momento de las características diferenciadoras que hiciera posible la separación de la empresa original y la subsiguiente incorporación a la empresa sucesoria, de tal forma que, finalizada la vigencia de la concesión del servicio, los trabajadores que atendieron el mismo habrán de dedicarse al nuevo quehacer que se les encomiende, salvo los contratados en la forma en que lo fueron los demandantes; paralelamente, la dinámica de actuación de la nueva empresa adjudicataria es similar en cuanto que habrá acudido al concurso público con el respaldo técnico y humano que posee para hacer frente al servicio. Si así no se entendiera, no sólo los demandantes sino todos los trabajadores que han atendido el servicio tantas veces mencionado podrían reclamar la incorporación a la nueva empresa adjudicataria y a las sucesivas para, posiblemente en el futuro, acabar formulando su pretensión ante el Ayuntamiento si éste decidiera atender el servicio a través de trabajadores propios; y por otra parte, la apreciación de una sucesión de empresa conlleva a vedar al Ayuntamiento la posibilidad de que, descontento con la calidad del servicio recibido, pueda mejorarlo asignando su atención a otra empresa y en evitación de perpetuar prestaciones deficientes".

Esta sentencia fue revocada por la de 30 de Noviembre de 1992 TS que estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los demandantes. La sentencia del TS decía: *"No puede aceptarse el carácter temporal de los contratos de trabajo de los demandantes como concertados para un servicio determinado que la sentencia recurrida admite. El art. 2.1 del Real Decreto 2104/1984 de 21 de Noviembre dice con referencia a los contratos para obra o servicio determinado, que estos tienen por objeto la realización de obras o servicios determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya duración, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta, sin que esta cualidad de duración limitada en el tiempo pueda ser atribuida al servicio prestado por los actores en el mantenimiento del servicio público de alumbrado, cuyo carácter permanente es incuestionable".*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Efectivamente, el servicio de alumbrado público es permanente, pero lo es para el Ayuntamiento, no para las empresas concesionarias del servicio. Resulta sorprendente que el TS niegue la condición de servicio con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa al servicio discutido en el caso.

Por el contrario es muy racional el criterio que sienta las sentencias de 17 de Marzo y 26 de Mayo de 1992 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. La primera de ellas dijo que *"[...] en el ámbito de la gestión indirecta a través de concesiones administrativas, es útil el criterio doctrinal que distingue entre las concesiones que llevan aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura y organización empresarial básica para la explotación del servicio, en las que la transmisión de la concesión a su asunción por la Administración podría determinar, en su caso, la subrogación por aplicación del art. 44 ET, y aquellas otras, en que al no concurrir esta puesta a disposición de los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación, faltan los presupuestos necesarios para apreciar una sucesión de empresa regulada por el precepto mencionado, aunque las regulaciones sectoriales puedan introducir medidas adicionales de protección de la estabilidad de las relaciones laborales"*.

Finalmente, el cambio de titularidad *"inter vivos"* puede producirse mediante un cambio formal en los titulares y sin la manifestación de un mecanismo de transmisión, pero produciéndose de hecho la desaparición de una empresa y la sucesiva aparición de otra dedicada a igual o similar actividad, instalada en los mismos locales y utilizando los mismos medios materiales, empleando a todos o gran parte de los trabajadores de la anterior, sirviéndose de los mismos proveedores y a los mismos clientes y con coincidencia en las personas de los directivos. En estos casos se ha apreciado la sucesión empresarial por sentencias abundantes, siendo ejemplos las de 6 de Abril y 27 de Junio de 1983 y 21 de Abril de 1987 TCT.

El segundo grupo de cambio de titularidad indicado al principio es *"mortis causa"* ⁽⁶¹⁾.

Conforme al art. 49.7 ET el contrato de trabajo se extinguirá por muerte del empresario sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44, por lo que el fallecimiento del titular sólo produce la extinción contractual si no se continúa la actividad empresarial. La solución contraria pugnaría con los derechos constitucionales del heredero a la elección de profesión u oficio y a la libertad de

(61) L. CAMPOS RUIZ. "Transmisión de empresa...". Obra citada, págs. 211 y ss.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

empresa en el marco de la economía de mercado (arts 35 y 38). Incluso los Tribunales (por ejemplo, en sentencias de 16 de Julio de 1986 TS y 21 de Enero de 1986 TCT) han aceptado que el heredero pueda optar en sentido diverso respecto a las varias empresas que figuren en la herencia.

Las sentencias de 14 de Septiembre de 1983 y 13 de Abril de 1984 TCT, entre otras, indican que *"los herederos no disponen de un plazo fatal para finiquitar el vínculo laboral, pudiendo hacerlo inmediatamente al fallecimiento del causante o durante el tiempo prudencial indispensable para juzgar la conveniencia o no de la continuidad, sin intempestivas urgencias que obviamente podría originar unos perjuicios"*. Por consiguiente, como si los herederos dispusieran de un período de prueba como empresarios, pueden continuar la actividad durante un determinado período que les servirá para conocer la situación de la empresa y decidir su aceptación o rechazo.

La forma de manifestar esta última decisión no cuenta con una regulación específica, por lo que es aceptable cualquier forma de manifestación de la voluntad aceptable en Derecho. En todo caso la decisión sería irreversible.

Decidido el rechazo, los efectos extintivos se concretarían, ante el silencio del ET, en lo dispuesto por el art. 81.2º LCT (aplicable conforme a la Disposición Final 4ª ET), habiéndolo entendido así el TCT en numerosas sentencias (por ejemplo, 11 de Junio y 11, 18 y 26 de Octubre de 1983).

El art. 49.7 ET se refiere también a la extinción de la personalidad jurídica del contratante, debiendo seguirse en este caso los trámites del art. 51; aunque no haga una remisión al art. 44, ha de entenderse que si otra empresa continúa la actividad de la anterior, ninguna alteración habrá de producirse en los contratos laborales.

El mismo precepto, el art. 49.7 ET, cita así mismo como causa de extinción, sin perjuicio del art. 44, la jubilación y la incapacidad permanente del empresario. Producido cualquiera de estos eventos, el empresario puede decidir la continuidad o no de la actividad. En el segundo caso se extinguirían los contratos de trabajo y en el primer caso no, pero no por motivo de una sucesión empresarial, que en este supuesto sería inexistente, sino que el empresario jubilado o incapacitado delegaría la gestión empresarial en otras personas físicas. La decisión de la continuidad o no debe

producirse, según la jurisprudencia (por ejemplo, sentencia de 3 de Octubre de 1983 TCT) en el plazo de un año por aplicación del art. 59 ET.

14.3 Alcance de la subrogación.

En principio la subrogación abarca todas las condiciones laborales del personal afectado (categorías, antigüedad, retribuciones, etc.) así como las responsabilidades pendientes del anterior empresario sobre cotizaciones o prestaciones de Seguridad Social. Así lo pone de manifiesto, entre otras, las sentencias de 10 de Septiembre y 27 de Octubre de 1986 y 7 de Marzo de 1988 TS y las de 20 de Febrero, 3 de Marzo y 24 de Abril de 1986 TCT. Es indiferente el origen de esas condiciones: normas de general aplicación, de empresa, o contractuales (por ejemplo, así lo entienden las sentencias de 16 de Julio y 21 de Septiembre de 1987 TS). Lo mismo cabe decir si el derecho del trabajador fue reconocido por resolución judicial dictada en procedimiento en el que lógicamente no fue parte el empresario cesionario (muestra de ello es la sentencia de 30 de Junio de 1988 TS)⁽⁶²⁾.

Si la sucesión empresarial se proyecta sobre una empresa ya creada que absorbe o integra la empresa cedente, se producirá una pluralidad de estatutos jurídicos entre el personal de la empresa cesionaria, manteniendo cada grupo sus propias peculiaridades. En este sentido la sentencia de 30 de Junio de 1983 TCT señaló: *"No tienen por qué ver alterado el régimen jurídico por el que antes se regían, salvo que por negociación o mejora voluntaria de condiciones deje de regir el anterior sistema [...] -porque- aunque los colectivos de trabajadores de distinta procedencia tengan un tratamiento diverso según el régimen jurídico que les corresponda a cada uno, esto no constituye discriminación sino que es la consecuencia natural de arrastrar condiciones laborales no idénticas, lo que no puede solucionarse tratando de igualar por abajo y congelando uno de los grupos, ya que como sienta la sentencia del TC de 21 de Diciembre de 1982, para romper la discriminación se debe actuar en sentido inverso, lo que en definitiva se tendrá que resolver en distinta negociación colectiva conjunta con los dos grupos afectados"*. Por el contrario, la sentencia de 18 de Mayo de 1988 TCT es exponente del criterio conforme al cual salvo pacto en contrario, el nuevo titular de la empresa, si bien debe respetar las condiciones de trabajo del personal de la misma, no queda obligado a extender a éste las que venían disfrutando

(62) L. CAMPOS RUIZ. "Transmisión de empresa...". Obra citada, págs. 216.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

los trabajadores de la empresa de la que ya era titular el empleador subrogado.

Todo pacto entre empresarios que implique una sucesión del art. 44 ET no puede contener válidamente una cláusula sobre transmisión del objeto del negocio libre de carga o gravamen ya que sería ineficaz frente a los trabajadores en atención a la naturaleza de *ius cogens*, no susceptible de pacto en contrario, que tiene el precepto legal, habiéndolo declarado así los Tribunales (por ejemplo, en la sentencia de 21 de Abril de 1987 TCT), y por consiguiente la validez de aquellas cláusulas se dará en los supuestos en los que realmente no existe sucesión empresarial.

Si la subrogación es obligatoria para el empresario, no lo es en cambio para el trabajador, lo cual no significa que éste haya de otorgar su consentimiento sino que puede hacer uso de la facultad de extinguir su contrato al amparo del art. 49.4 ET (dimisión del trabajador). Por ello, el trabajador no puede oponerse a la transmisión de la empresa aun alegando el perjuicio que la causaría un menor poder económico de la empresa sucesora (así lo ha manifestado el TCT en la sentencia, entre otras, de 24 de Noviembre de 1986), por lo que la negativa a trabajar para el nuevo empresario entrañaría una dimisión o un abandono del puesto, como señaló la sentencia de 26 de Junio de 1985 TCT.

Establece el art. 44.1 ET que cuando el cambio tenga lugar por actos *inter vivos*, el cedente y el cesionario responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. Siguiendo a Campos Ruiz⁽⁶³⁾, pueden hacerse las siguientes consideraciones: 1ª) La responsabilidad del empresario cedente comprende las cotizaciones pendientes de pago a la Seguridad Social y las prestaciones exigibles por falta de afiliación, alta y cotización (conforme establece el art. 97.2 de la Ley General de la Seguridad Social). 2º) El plazo de permanencia de la responsabilidad solidaria es de 3 años, superior por lo tanto al plazo de prescripción general de un año fijado por el art. 59 ET. 3º) El carácter solidario de la responsabilidad implica, según la sentencia de 24 de Abril de 1986 TCT que *"puede exigirse contra cualquiera de los obligados, a instancia del acreedor, contra todos simultáneamente o, con posterioridad, contra los demás no demandados antes, mientras no resulte cobrada por completo"*.

(63) L. CAMPOS RUIZ. "Transmisión de empresa...". Obra citada, págs. 224 y 225.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

No obstante el carácter solidario de la obligación, algunas obligaciones concretas solamente pueden ser cumplidas por el cesionario en cuanto empleador actual y único, siendo un supuesto evidente el de la readmisión posterior a un despido. Si se tratara en cambio de indemnizaciones económicas sustitutorias, el trabajador podrá hacer valer su derecho indistintamente frente al cedente y el cesionario.

Las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión no vinculan al empresario cedente (salvo que algún pacto celebrado al efecto por ambas empresas indique lo contrario), excepto cuando la cesión fuese declarada delito, en cuyo caso el art. 44.2 ET impone también una responsabilidad solidaria entre ambas empresas.

15. LA HUELGA Y EL CIERRE PATRONAL.

15.1 Introducción.

La regulación que de estos derechos figura actualmente en el Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de Marzo sobre Relaciones de Trabajo (RDLRT) cuenta en estos momentos con un proyecto de Ley que dará a la materia el nuevo tratamiento que viene necesitando desde hace bastantes años ya que la regulación actual se promulgó en un momento de grandes modificaciones políticas y legislativas que, ya consolidadas, hace obsoleta la normativa de 1977. El proyecto ha sido fuertemente contestado por las organizaciones empresariales y el texto final de la Ley, cuya discusión se encuentra inmersa en las discusiones sobre la reforma del mercado de trabajo, es todavía incierto, aunque el Gobierno parece dispuesto a mantener el proyecto, que no disgusta a los sindicatos.

Con estas prevenciones se va tratar lo que al día de hoy todavía constituye la regulación legal de la huelga y el cierre patronal, así como la Jurisprudencia que se ha pronunciado sobre ella.

15.2 La huelga: contenido y aspectos formales.

Son dos las grandes ideas, materialmente agrupadas, que el texto constitucional ofrece en su art. 28.2: 1º.- Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

interesas. 2º.- La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

El desarrollo de la previsión constitucional es parco como ha de verse en el siguiente examen del Real Decreto-Ley de 1977, que ya en su art. 1 declara, no sin una gran dosis de optimismo, que el derecho de huelga podrá ejercitarse en los términos previstos en el mismo, como si la regulación fuera acabada y comprensiva de un amplio listado de supuestos conflictivos prácticos.

A modo de principio general el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en la sentencia de 8 de Abril de 1981) y el Tribunal Supremo (en la de 14 de Febrero de 1990, entre otras) han declarado que el derecho de huelga que diseña el art. 28.1 de la Constitución no se corresponde con el modelo llamado "*contractual*", según el cual sólo se legitiman aquéllas que tengan por objeto defender los intereses de los trabajadores en cuanto se proyectan sobre la negociación colectiva, presionando sobre la misma; y por tanto no limita su válido ejercicio a dicha finalidad, puesto que existen intereses de los trabajadores que se manifiestan en áreas distintas, que son igualmente susceptibles de defensa y protección mediante el recurso a la huelga; el citado art. 28.1 de la Constitución sitúa el modelo de huelga en el llamado "*profesional*", al residenciar la lécita finalidad del ejercicio del derecho en la defensa de los intereses de los trabajadores, y en consecuencia, la huelga que tenga por finalidad la defensa de tales intereses ha de reputarse, en principio, como legal.

La legitimidad para la válida declaración de la situación de huelga y los requisitos formales de acuerdo en tal sentido así como su publicidad, se encuentran regulados por los arts. 3 y 4 del RDLRT, refiriéndose el art. 5 al comité de huelga. La mencionada sentencia de 8 de Abril de 1981 del Tribunal Constitucional eliminó algunas trabas formales relativas al comienzo de la huelga; declaró que el art. 3 no es inconstitucional, siempre que se entienda que el ejercicio del derecho de huelga, que pertenece a los trabajadores, puede ser ejercitado por ellos personalmente, por sus representantes y por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral, y que son inconstitucionales las exigencias establecidas en dicho artículo de que el acuerdo de huelga se adopte en cada centro de trabajo, la de que a la reunión de los representantes haya de asistir un determinado porcentaje y la de que la iniciativa para la declaración de la huelga haya de estar apoyada por un 25 por 100 de los trabajadores.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Por otra parte, la huelga se encuentra prevista como una solución extrema y excepcional, procedente cuando se han agotado los intentos de solución negociada o cuando responde a una situación problemática notoria en el mundo laboral y persistente durante un período de tiempo dilatado. El art. 3.3 párrafo segundo dispone que *"la comunicación de huelga habrá de contener los objetivos de ésta, gestiones realizadas para resolver las diferencias, [...]"*. Así mismo, la huelga se concibe como una situación de provisionalidad, a la que puede ponerse fin en cualquier momento por razón de la obligada continuidad de las negociaciones tendentes a la resolución del conflicto salvo que el período de huelga convocado sea muy breve. En este sentido el art. 8.2 establece que *"desde el momento del preaviso y durante la huelga, el comité de huelga y el empresario, y en su caso los representantes designados por los distintos comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo"*.

Finalmente, la protección e indisponibilidad del derecho de huelga no es idéntica desde el punto de vista individual que desde el colectivo. El art. 2 dice que *"son nulos los pactos establecidos en contratos individuales de trabajo que contengan la renuncia o cualquier otra restricción al derecho de huelga"*. En cambio, el art. 8.1 dice que *"los Convenios Colectivos podrán establecer normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de los conflictos que den origen a la huelga, así como la renuncia, durante su vigencia, al ejercicio de tal derecho"*.

15.3 Efectos de la huelga.

Fundamentalmente en base al art. 6 del RDLRT, los efectos generales de la situación de huelga sobre la relación laboral son los siguientes: 1º.- El ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo sino que el contrato se entiende suspendido, cesando temporalmente el recíproco intercambio de prestación laboral y pago de los salarios. El art. 45.1 1) ET señala al ejercicio del derecho de huelga entre las causas de suspensión del contrato, añadiendo su apartado 2 que la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. 2º.- El ejercicio de este derecho no puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral, sancionable incluso con el despido. Ha de recordarse que siendo, como acaba de exponerse, una causa de suspensión del contrato, el art. 55.6 ET establece

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

que el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia, por lo que la imposición del despido de un trabajador en huelga debe estar rodeado de argumentos contundentes. 3º.- Durante la huelga el trabajador no tendrá derecho al salario. Los efectos salariales de la huelga y los criterios jurisprudenciales imperantes fueron desarrollados en el capítulo dedicado a la flexibilidad salarial. Es la lógica consecuencia de la suspensión contractual señalada. 4º.- El trabajador en huelga permanece en situación de alta especial en la Seguridad Social, con suspensión de la obligación de cotización por parte del empresario y del propio trabajador. El trabajador en huelga no tendrá derecho a la prestación por desempleo ni a la económica por incapacidad laboral transitoria. 5º.- Si bien se prevé el respeto a la libertad de trabajo de los trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga, este derecho es de muy difícil ejercicio en la práctica. 6º.- Los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna. No se regulan instrumentos de control de la actuación de los grupos informativos ni las consecuencias perniciosas que sus excesos puedan producir. 7º.- En tanto dure la huelga el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo que se incumplieran las obligaciones del comité de huelga sobre la garantía de que durante la misma se presten los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquiera otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa. Nuevamente la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Abril de 1981 declaró inconstitucional lo previsto en el Real Decreto Ley de 1977 sobre atribución de manera exclusiva al empresario de la facultad para designar los trabajadores que deban efectuar dichos servicios.

15. 4 Servicios mínimos en huelga.

Este constituye uno de los asuntos más controvertidos de la actual regulación del derecho de huelga; se reclama como reforma flexibilizadora una mayor especificación en su regulación que garantice la efectividad de los servicios mínimos y su cumplimiento por los huelguistas, siendo exigibles responsabilidades a los miembros del comité de huelga o a los sindicatos para el supuesto de que así no fuera.

El art. 10.2 del Real Decreto-Ley de 1977 dispone que *"cuando la huelga se declare en*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas".

Sobre esta materia resulta esclarecedora la exposición breve que figura en la sentencia de 17 de Diciembre de 1992 TS: "[...] hemos de tomar como punto de partida la doctrina constitucional sobre la materia de servicios mínimos, resumida básicamente en las SSTC nº 8/1992 de 16 de Enero y 43/1990 de 15 de Marzo, referidas a los siguientes puntos de interés para el caso que aquí se debate: A) Los límites del derecho de huelga no son sólo los derivados directamente de su acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Constitución sino que también pueden consistir en otros bienes constitucionalmente protegidos. Los límites del derecho de huelga derivan, pues, no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente tutelados. B) El art. 28.2 de la Constitución, al hacer referencia a las garantías precisas para asegurar en caso de huelga el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad tiene el significado de expresar que el derecho de los trabajadores de defender y promover sus intereses mediante dicho instrumento de presión cede cuando con ello se ocasiona o se pueda ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas sufren. En la medida en que la destinataria y acreedora de aquellos servicios esenciales es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los mismos. C) En la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales, la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión territorial y personal, la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute. D) En las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad, debe existir «una razonable proporción» entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos. E) Recae sobre la autoridad gubernativa la obligación de motivar las razones que justifican en una concreta situación de huelga la adopción de la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad; en definitiva han de explicarse, siquiera sea sucintamente, «los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios de forma que por los Tribunales, en su caso, y en el momento, se pueda fiscalizar la adopción de las medidas adoptadas»*.

15. 5 La huelga ilegal.

Conforme al art. 11 del Real Decreto-Ley de 1977 tantas veces citado, la huelga es ilegal en cuatro casos: 1º.- Cuando se inicie o sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados. 2º.- Cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecta al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan. 3º.- Cuando tenga por objeto alterar, durante su vigencia, lo dispuesto en un convenio colectivo o en un laudo. 4º.- Cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en aquel Real Decreto-Ley o en convenio colectivo para la solución de conflictos.

La Jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Constitucional, se ha pronunciado sobre los supuestos de huelga ilegal a través de la elaboración de un conjunto de criterios entre los que son destacables los siguientes: 1º.- Las modalidades de huelga gozan de la presunción *iuris tantum* de validez y licitud, correspondiendo al empresario acreditar no sólo que la huelga le ha originado unos daños sino que éstos sean graves y hayan sido buscados intencionadamente por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que toda huelga conlleva necesariamente (Sentencias de 8 de Abril de 1981, 2 de Diciembre de 1982 y 21 de Marzo de 1984). 2º.- La sentencia de 8 de Abril de 1981 declaró la inconstitucionalidad de la expresión "*directamente*" que figuraba en la redacción del art. 11.b) del Real Decreto-Ley de 1977 referido a las huelgas de solidaridad o apoyo, que son ilegales salvo que afecten ahora no necesariamente de forma directa, al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan. 3º.- Aunque es ilegal la huelga que tenga por objeto alterar, dentro del período de su vigencia, lo pactado en un convenio colectivo, se ha matizado el precepto que así lo establece, admitiéndose la licitud de determinados supuestos en los que la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterarlo o modificarlo, tales como cuando se pretende su interpretación en determinado sentido o se invoque la cláusula *rebus sic stantibus*. (Sentencia nuevamente de 8 de Abril de 1981). 4º.- Respecto a la huelga político-social, prohibida por el art. 11.a) del Real Decreto-Ley, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, por ejemplo en la sentencia de 8 de Febrero de 1993 en el sentido de que los intereses a defender por la huelga no tienen por qué ser necesariamente los intereses de los huelguistas sino los intereses de la categoría social de los trabajadores.

Junto a los casos expresamente contemplados como huelga ilegal, debe destacarse la

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

llamada huelga rotatoria, que se examinará con detalle al abordar el tema del cierre patronal. El art. 7.2 RDLRT califica las huelgas rotatorias como actos ilícitos o abusivos, al igual que las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga.

Respecto a estos últimos supuestos, las sentencias del Tribunal Constitucional antes mencionadas de 8 de Abril de 1981, 2 de Diciembre de 1982 y 21 de Marzo de 1984 y otras como la de 14 de Febrero de 1990, han declarado que las modalidades de huelga previstas en el art. 7.2 RDLRT tienen la presunción *iuris tantum* de ilícitas o abusivas, por lo que se desplaza sobre los trabajadores la carga de probar que en un determinado supuesto no ha existido abuso de derecho.

15. 6 El cierre patronal.

Se ha distinguido tradicionalmente por la doctrina dos modalidades de cierre patronal: el defensivo o de respuesta a una previa situación de huelga, y el ofensivo o de iniciativa que lleva a cabo la empresa sin que exista o sea previsible un comportamiento de huelga por parte de los trabajadores.

Aunque el cierre patronal se ha denominado "*huelga patronal*" y sus efectos básicos, al igual que ocurre con la huelga, consisten en el cese de la prestación laboral y el pago de la retribución, las diferencias son notables. Así, en el cierre patronal, es el empresario quien decide y ejecuta el cierre, en tanto que en la huelga se diferencia la proclamación como acto colectivo y el ejercicio individual del derecho. También radica la diferencia en el hecho de que el cierre patronal afecta a la totalidad de los trabajadores, incluso a los que no tomaron parte en la huelga si el cierre fue en respuesta a ésta, en tanto que en la huelga solamente toman parte los trabajadores que así lo decidan.

El art. 37.2 de la Constitución no reconoce expresamente el derecho de cierre patronal, pero lo hace clara e implícitamente al establecer que "*se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo*". No hay duda de que la típica medida de conflicto colectivo adoptable por las empresas es el cierre, por lo que el amparo constitucional parece indiscutible.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Sin embargo, la protección constitucional del derecho al cierre patronal es inferior a la dispensada al derecho de huelga, puesto que esta última figura en el art. 28.2 entre los derechos fundamentales y las libertades públicas (Sección Primera, Capítulo II, Título Primero), mientras que el derecho al cierre está ubicado en el art. 37.2 entre los derechos y deberes de los ciudadanos (Sección Segunda, Capítulo II, Título Primero). Además, la misma redacción de ambos preceptos indica una limitación en el cierre que no se prevé para la huelga; en efecto, ambos advierten que la regulación de esos derechos establecerán las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, pero mientras el art. 28.2 no contempla límite alguno distinto a los derivados de aquellas garantías, el art. 37.2 dispone que la regulación del derecho al cierre patronal puede contar con *"las limitaciones que pueda establecer"*.

15. 7 Regulación legal del cierre patronal.

La regulación legal de este derecho se encuentra básicamente en los arts. 12, 13 y 14 RDLRT. Tanto la Exposición de Motivos de este Real Decreto-Ley como la sentencia de 8 de Abril de 1981 del Tribunal Constitucional establecen que la única modalidad de cierre patronal es la defensiva, es decir, la de respuesta ante un conflicto iniciado por los trabajadores.

Los requisitos para que se ejercite legítimamente el derecho son dos: uno sustantivo y otro formal.

Respecto al primero, el art. 12.1 RDLRT dice, conforme a lo antes indicado sobre la única modalidad de cierre admisible, que *"los empresarios sólo podrán proceder al cierre del centro de trabajo en caso de huelga o cualesquiera otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo"*. Dada esta situación, es preciso además que concurran alguna de las circunstancias siguientes que enumera el mismo artículo: a) Existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas. b) Ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca. La sentencia de 8 de Abril de 1981 del Tribunal Constitucional declaró que *"por ocupación hay que entender un ilegal ingreso en los locales o una ilegal negativa de desalojo frente a una legítima orden de abandono, pero no en cambio la simple permanencia en los puestos de trabajo. c) Que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción"*.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Respecto a los requisitos de forma, es el art. 13 RDLRT el que los indica: 1º.- El empresario que al amparo de lo prevenido en el artículo anterior proceda al cierre, deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad laboral en el término de doce horas. 2º.- El cierre del centro de trabajo se limitará al tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa, o para la remoción de las causas que lo motivaron.

Los efectos del cierre patronal ilícito, según el art. 12.2 RDLRT, son los que establece el art. 6.1, 2 y 3 del mismo, que fundamentalmente para el empresario son: suspensión del contrato de trabajo, suspensión de la obligación de cotizar a la Seguridad Social y suspensión de la obligación de pagar los salarios.

Por el contrario, un cierre patronal ilícito representaría un incumplimiento empresarial de las obligaciones contractuales. La contraparte, es decir, los trabajadores, podrían reclamar legítimamente el percibo de las retribuciones correspondientes a los días en que permaneció cerrado el centro de trabajo. Además, los trabajadores podrían solicitar la resolución indemnizada de los contratos por incumplimiento de las obligaciones contractuales del empresario. Todo ello sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales que pudieran ser impuestas a causa del cierre ilícito.

15. 8 Huelga intermitente y cierre patronal.

La huelga intermitente es aquella cuya ejecución se divide en varios momentos, distribuidos dentro del día o en espacios temporales superiores.

Si bien la huelga intermitente no aparece entre las consideradas ilegales por el Real Decreto-Ley de 1977, la doctrina y la jurisprudencia han venido entendiendo que dentro del término "*huelgas rotatorias*" que emplea el art. 7.2 tienen cabida las huelgas que se producen en días intermitentes.

El fundamento jurídico de la ilicitud de esta clase de huelgas radica no sólo en la calificación de abusivas que les atribuye el mismo art. 7.2 RDLRT sino también en la vulneración que causan al principio de reciprocidad de los sacrificios que han de soportar trabajadores y empresarios en las situaciones de huelga.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

Por consiguiente, el daño padecido por el trabajador -la pérdida del salario- debe ser equivalente al sufrido por la empresa -pérdida de la producción-, por lo que todo desequilibrio que incremente el perjuicio de la empresa constituye un abuso de derecho. Con la huelga intermitente la empresa ha de hacer frente a un perjuicio mayor que la pérdida salarial que debe afrontar el trabajador porque aquella huelga crea desorganización en la empresa y la necesidad de recuperar el pleno rendimiento de la misma puesto que la intermitencia genera una pérdida de producción superior al estricto período de duración de la huelga, y conociendo esta circunstancia los trabajadores, la huelga así desarrollada deviene en ilícita por abusiva.

La tantas veces reseñada sentencia de 8 de Abril de 1981 del Tribunal Constitucional argumentó que toda huelga exige *"una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos que hacen que cuando tales exigencias no se observen, las huelgas puedan considerarse como abusivas [...]".* El abuso se puede cometer también cuando a la perturbación de la producción que la huelga acarrea se le dota de un efecto multiplicador de manera que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que sólo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado".

15.9 Sanciones frente al cierre patronal.

El art. 14 RDLRT dice: *"El empresario que hubiere acordado el cierre del centro de trabajo al amparo de lo prevenido en el artículo 12 y que no lo hubiere reabierto a iniciativa propia o a instancia de los trabajadores, deberá hacerlo, dando opción a su personal a reintegrarse a la actividad laboral, cuando fuera requerido a tales fines por la Autoridad laboral, en el plazo que establezca el propio requerimiento, incurriendo en caso contrario en las sanciones previstas en el artículo 15".*

Este último dispone que *"el empresario que procediera al cierre del centro de trabajo, salvo en los supuestos previstos en el artículo 12, será sancionada [...]".* Las sanciones actuales serían las dispuestas por el art. 37.4 en relación con el art. 8.3 y 9 de la Ley 8/1988 de 7 de Abril sobre infracciones y sanciones de orden social.

El incumplimiento, por lo tanto, de la orden de apertura del centro de trabajo conduce a la posibilidad de que a la empresa se le imponga una sanción administrativa. En cambio, cabe

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD TÉCNICO-ORGANIZATIVA

sostener⁽⁶⁴⁾ que la misma automaticidad no se produce respecto a la obligación del pago de los salarios; el último inciso del art. 15 párrafo 2º RDLRT dice que las sanciones administrativas que contempla el párrafo precedente se entienden sin perjuicio de la obligación de reabrir el centro de trabajo ilícitamente cerrado y de abonar a los trabajadores los salarios devengados durante el tiempo que dejaron de prestar sus servicios como consecuencia del cierre del centro declarado ilegal; es decir, se requiere la declaración de ilegalidad del cierre patronal por falta de observancia de los supuestos contemplados en el art. 12.1 RDLRT, lo cual constituye una competencia exclusiva del Orden Social de la Jurisdicción. Nos encontraríamos una vez más en el supuesto en que, no obstante la imposición de una sanción administrativa recurrible judicialmente ante el Orden Contencioso-Administrativo, el control de la legalidad de los hechos acaecidos corresponde al Orden Social, cuya decisión habrá de repercutir inevitablemente en el aspecto administrativo del litigio.

(64) J.A. SAGARDOY BENGOCHEA: "Huelga intermitente y cierre patronal". Relaciones Laborales, Tomo I, 1985; págs. 978 y 979.

CAPÍTULO IV

FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

SUMARIO

1. ANTECEDENTES INMEDIATOS Y TENDENCIA ACTUAL.	239
2. JORNADA DE TRABAJO Y DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO.	240
3. NORMAS LEGALES IMPERATIVAS Y FLEXIBLES Y ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SIGNIFICATIVOS.	243
4. LA FLEXIBILIDAD HORARIA EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS. FACULTADES CONCEDIDAS POR ÉSTOS A LAS EMPRESAS.	254
5. CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES SOBRE LA AUTONOMÍA COLECTIVA E INDIVIDUAL EN MATERIA DE HORARIO DE TRABAJO.	258
6. INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ORDENACIÓN DE LOS HORARIOS.	260
7. LAS MODALIDADES MÁS SIGNIFICATIVAS DE FLEXIBILIDAD HORARIA. .	261

I. ANTECEDENTES INMEDIATOS Y TENDENCIA ACTUAL.

El tiempo de trabajo constituye un factor importante en las políticas de empleo tanto en lo relativo a la limitación de la duración máxima como en lo referente a la distribución flexible de las jornadas laborales⁽¹⁾.

La Ley 4/1983 de 29 de Junio⁽²⁾ persiguió la creación de empleo a través de un reparto más equitativo del existente. Así, dio nueva redacción al art. 34.2 ET fijando la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en cuarenta horas semanales de trabajo efectivo y dio así mismo nueva redacción a igual precepto respecto a la definición de la jornada partida, descanso durante las jornadas continuadas y acuerdo con el empresario para el cómputo de ése último como tiempo de trabajo efectivo. Así mismo, su Disposición Adicional establecía: *"Por el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, se procederá, según lo previsto en el art. 34.5 (ampliaciones o limitaciones de la jornada de trabajo establecidas por el Gobierno) y en la Disposición Final Cuarta del Estatuto de los Trabajadores, a la revisión de la normativa sobre jornadas especiales vigente en la fecha de entrada en vigor de esta Ley, ajustándose a la nueva jornada máxima legal, dictando a este respecto las normas procedentes"*. Finalmente, introdujo en el art. 38.1 ET las vacaciones anuales en período mínimo no inferior a treinta días naturales, con la consiguiente derogación del apartado sobre la vacaciones anuales de los trabajadores menores de dieciocho años y mayores de sesenta (que tenían una duración mínima de un mes).

Por el contrario el Real Decreto Ley 1/1986 de 14 de Marzo de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales fue una norma completamente flexibilizadora porque, por una parte, su art. 8 dio nueva redacción al art. 34.4 ET suprimiendo la necesidad del visado por la Delegación de Trabajo del calendario laboral, sustituyéndolo por el derecho de la empresa a elaborar el calendario y con la obligación de exponer un ejemplar en un lugar visible de cada centro de trabajo; y por otra parte, respecto a las horas extraordinarias suprimió los topes diario y mensual y mantuvo el límite anual de 80 horas en virtud de su art. 10 que dio nueva

(1) M.R. ALARCÓN CARACUEL: "La ordenación del tiempo de trabajo". Tecnos, Madrid 1980.

(2) Sobre fijación de la jornada máxima legal y las vacaciones anuales mínimas.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

redacción al art. 35.2 ET, con lo que se flexibilizó la utilización del tiempo susceptible de ser trabajado bajo ese régimen. En esta misma línea se sitúan algunas disposiciones incluidas en el Real Decreto 2001/1983 de 28 de Julio que se especificarán más adelante.

La regulación legal del tiempo de trabajo se encuentra jalonado por continuas remisiones a la negociación colectiva en cuanto medio eficaz de adaptación a las exigencias técnicas y de mercado, lo que constituye un claro supuesto de, al menos, ausencia de rigidez. Superando las intervenciones legales habidas al comienzo del período más agudo de la crisis económica en sus primeros tiempos, con las que se perseguía la creación de empleo acudiendo al reparto del ya existente, la orientación de la legislación se encauza por las medidas de flexibilidad que puedan adoptar las partes negociadoras para el mejor empleo de la fuerza de trabajo. La contribución de la Jurisprudencia en este punto ha sido importante, y muestra de ello ha sido la postura reiterada del TCT al considerar los convenios colectivos como norma reguladora excluyente de cualquier otra fuente de Derecho en materia de horas extraordinarias, así como la admisión de pactos individuales afectantes al horario de trabajo cuyo contenido se apartaba de lo dispuesto al respecto por el convenio colectivo aplicable⁽³⁾.

2. JORNADA DE TRABAJO Y DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO.

Tradicionalmente la regulación legal de la jornada de trabajo se ha centrado especialmente en el aspecto cuantitativo, es decir, en la cantidad de tiempo que el trabajador debía dedicar al cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo⁽⁴⁾. Han sido muy conocidas las constantes y antiguas reivindicaciones de los trabajadores ante los poderes públicos para que éstos impusieran una reducción o límite a la duración máxima de la jornada; y el reconocimiento del derecho al descanso semanal y a las vacaciones anuales como vía indirecta para reducir el tiempo de trabajo. Por su parte, los empresarios han considerado la duración de la jornada como el mejor elemento objetivo capaz de cuantificar el esfuerzo desplegado por el trabajador con el fin de constatar la justa correspondencia de la retribución salarial que le abona respecto al cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones contractuales. Por ello, como antes se decía, la regulación

(3) M^a. E. CASAS y A. BAYLOS: "Organización del trabajo y autonomía individual: la desregulación del convenio colectivo". *Relaciones Laborales* n^o 16 (1988), págs. 20-27, tomo 1988-II, págs. 159 y ss.

(4) M.R. ALARCÓN CARACUEL: "La ordenación...". Obra citada, pág. 65.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

legal y convencional se ha venido centrando sobre todo en la fijación de límites a la duración de la jornada.

Frente al aspecto cuantitativo existe un aspecto cualitativo del que se suele tratar con menos frecuencia; se centra en la distribución del horario de trabajo. Esta distribución afecta a cuestiones tan importantes como el comienzo y la finalización de la jornada diaria y los posibles descansos que haya dentro de la misma, comprendiendo el tratamiento de lo referente a trabajo en régimen de turnos, jornada continua, horarios flexibles, la ordenación del tiempo de trabajo semanal y los descansos correspondientes a ese período, la especificación de los días festivos oficiales y los que, siendo laborales, se convierten en festivos por su proximidad a días que así lo son en principio (los denominados "puentes"), la fijación de los períodos anuales de vacaciones, la reducción y equivalente ampliación de la jornada diaria según las épocas del año (las denominadas jornadas de verano), etc⁽⁵⁾.

La normativa legal más importante en esta materia, el Estatuto de los Trabajadores y el Real Decreto 2001/1983 de 28 de Julio⁽⁶⁾, regulan especialmente la fijación de topes máximos por encima de los cuales las partes no pueden negociar a nivel individual o colectivo, así como los procedimientos para establecer la distribución del tiempo de trabajo. Lo que se aprecia es la falta de una regulación unitaria y acabada sobre la fijación de la distribución del tiempo de trabajo, aun teniendo presente el gran número de disposiciones que se refieren a esa cuestión, por lo que en definitiva se imponen las facultades organizativas empresariales en relación a los límites que establecen las normas legales ya mencionadas contenidas en aquellos cuerpos. También es cierto que las peculiaridades de cada empresa, o incluso de determinados puestos de trabajo, requieren un tratamiento diferenciado en lo referente al problema del horario, y por esta razón se hace difícil establecer normas generales con vocación de aplicación general a todo un sector productivo o a la totalidad de las empresas.

Las nuevas necesidades empresariales no se corresponden con los horarios rígidos sino que éstos han de ser adaptados a las disminuciones o incrementos de la actividad productiva, lo que no es sino una necesidad de flexibilización de la distribución del tiempo de trabajo. A su vez, el

(5) A. MONTOYA MELGAR: "Derecho del Trabajo". 8ª Edición, Madrid 1987, pág. 335.

(6) Sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

horario flexible en cualquiera de sus modalidades permite al trabajador aprovechar mejor o incluso incrementar el tiempo de ocio que dedica a actividades extralaborales, que en otro caso suelen plantear problemas de adaptación a horarios de trabajo más rígidos.

En cualquier caso la parte más interesada por un horario flexible suele ser la empresa. Cuantitativamente esa necesidad se manifiesta en que la jornada sea más amplia durante unas determinadas épocas del año y más reducida en otras épocas. Se logra este objetivo en principio mediante el acuerdo de una jornada anual en el convenio colectivo, que la empresa distribuye por periodos según sus necesidades productivas, guardando siempre una homogeneidad de distribución entre los diversos años y tratando de evitar grandes variaciones entre las distintas épocas en que divide el año⁽⁷⁾.

Otras veces, en cambio, esa previsibilidad no se da, es decir, los imperativos de la producción no permiten planificar la distribución anual del tiempo de trabajo, y en estos casos la demanda de flexibilidad horaria se encauza por otras vías. La más usual es el uso de horas extraordinarias para atender la producción que no puede alcanzarse con la jornada ordinaria prevista para ese año concreto; sin embargo esta solución choca con la restricción cuantitativa de las horas extraordinarias impuesta legalmente y con la tendencia de la parte social a eliminar las mismas como forma contribuyente a reducir el desempleo mediante el reparto del trabajo disponible; en efecto, existe un límite anual de 80 horas extraordinarias, su costo es elevado tanto por su retribución salarial como por las cotizaciones a la Seguridad Social por dicho concepto, son de prestación voluntaria sin que puedan ser impuestas a los trabajadores, se ha de acreditar por la empresa las circunstancias que motivan su necesidad, etc. Estas y otras dificultades desaniman a la hora de encontrar una solución al problema planteado en el sólo recurso a las horas extraordinarias, y por esta razón la flexibilidad horaria debe buscarse a través de otras fórmulas que se irán planteando en sucesivos apartados de este capítulo.

(7) M.R. ALARCÓN CARACUAL: "La ordenación..." Obra citada, págs. 86-89.
J. CRUZ VILLALÓN y J. GARCÍA MURCIA: "La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)". En Revista de Política Social, n° 137 (1983), pág. 506.

3. NORMAS LEGALES IMPERATIVAS Y FLEXIBLES Y ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SIGNIFICATIVOS.

La casi totalidad de las normas estatutarias implantan unos topes de carácter indisponible, siendo ese carácter imperativo el que impide la negociación colectiva al margen de los mismos y su posible compensación mediante la mejora en otros aspectos. Un supuesto en el que la normativa imperativa permite un cierto margen de flexibilidad, aplicando simultáneamente más de una norma, lo constituye el art. 34.2 ET cuando fija un tope anual de horas pactadas en convenio colectivo, que ha de respetar el límite que para la jornada ordinaria de trabajo efectivo se establece en el siguiente párrafo; pero si se establece una jornada anual es posible que durante determinados períodos se trabaje más del límite de las 40 horas semanales que impone el primer párrafo del precepto citado.

Ahora bien, dentro de los topes legalmente establecidos, será la negociación colectiva, a la que se remite la legislación, la que determine la duración de la jornada ordinaria.

Por el contrario, en la línea de incremento de la flexibilidad horaria que antes se apuntó, el Estatuto de los Trabajadores también ofrece muestras de eliminación de la rigidez, aunque de tímido contenido. Así, el art. 35.1 en la redacción dada por el Real Decreto Ley 1/1986 de 14 de Marzo permite que por convenio colectivo se opte entre abonar las horas extraordinarias con un incremento retributivo de al menos el 75 por 100 sobre el salario correspondiente a cada hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido⁽⁸⁾. La práctica de la negociación colectiva ha venido demostrando que la opción en favor de la compensación mediante el descanso es extraña, fundamentalmente porque la prolongación de la inactividad por razón al descanso ganado es más gravoso para la marcha de la empresa y económicamente más perjudicial que el incremento de la retribución de las horas así trabajadas.

Otro ejemplo de eliminación de la rigidez, posiblemente menos relevante en teoría que el precedentemente expuesto, es el del calendario laboral a que se refiere el art. 34.4 ET, que viene a ser la constancia escrita y detallada de lo pactado en relación a la jornada de trabajo (respetando

(8) F. LÓPEZ-TARRUELA MARTINEZ: "La nueva regulación del calendario laboral y las horas extraordinarias en el Real Decreto-Ley 2001/1986 de 14 de Marzo". En *Revista de Trabajo* nº 85 (1987), págs. 102-103.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

las normas vigentes), esto es, lo referente a la duración máxima de la jornada semanal y anual, el número de días festivos, la duración de las vacaciones, el descanso semanal, la forma de disfrutar las 14 fiestas máximas al año, etc. Tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 1/1986 no se precisa el visado de la autoridad laboral y tampoco es necesaria la intervención del comité de empresa según han entendido además los Tribunales, siendo ejemplo de ello la sentencia de 13 de Abril de 1987 TCT.

Haciendo un rápido repaso por los cuerpos legales más importantes que regulan el horario de trabajo pueden elaborarse dos grupos de normas, uno sobre las normas que son exponentes de la dosis de flexibilidad que en esta materia contiene la legislación y otro sobre las normas que mantienen un importante grado de rigidez; la comparación de ambos grupos va a permitir obtener una visión general de la que, se adelanta, se concluirá admitiendo, como antes se indicó, un predominio del segundo grupo, que obligará a proponer nuevas fórmulas que precisan de una modificación legal previa.

Entre las normas de flexibilidad se encuentran las siguientes:

1ª) El art. 2 del Real Decreto 2001/1983 de 28 de Julio sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos que, al igual que el art. 34.1 ET, puede tener encaje en este grupo o en el de las normas de rigidez porque es exponente de la idea repetida anteriormente sobre la negociación colectiva en materia de horario, que ha de respetar los topes legales establecidos por normas de derecho necesario. Su redacción no puede ser más expresiva: *"La duración y ordenación de la jornada de trabajo y el régimen de descansos aplicables serán los pactados en convenios colectivos o contrato de trabajo, que, en todo caso, respetarán lo establecido con carácter de derecho necesario en las disposiciones legales"*. Por ello, poco aporta el art. 34.1 ET cuando declara : *"La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo"*.

2ª) El art. 34.2 párrafo 3º ET establece que, con independencia de lo antes dicho (se está refiriendo a la duración máxima de la jornada ordinaria semanal de trabajo), en los convenios colectivos podrán regularse jornadas anuales respetando el límite que para la jornada ordinaria de trabajo efectivo se establece en el siguiente párrafo (que fija en 9 horas de trabajo efectivo la jornada diaria); de esta manera, como antes se expuso, la jornada fijada anualmente permitirá,

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

dada la expresión que utiliza este precepto, trabajar en jornadas de duración variable según la época del año, incluso superar en algunos momentos las 40 horas semanales siempre que no se trabaje efectivamente más de 9 horas diarias en horas ordinarias.

3ª) Dentro de la consideración como horas extraordinarias, pero sin estar sujetas al límite cuantitativo de las mismas y sin computarse a efectos de la jornada diaria máxima y puede añadirse que sin tener el carácter de prestación voluntaria sino obligatoria, el art. 35.3 ET concede a las empresas un instrumento horario en razón a situaciones extraordinarias cuya rápida superación ha de evitar mayores perjuicios: *"No se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su abono como si se tratase de horas extraordinarias"*.

4ª) En materia de vacaciones anuales, la fijación del período de disfrute se realiza concediendo el art. 38.2 ET preferencia al acuerdo individual alcanzado entre la empresa y el trabajador interesado, admitiendo la posibilidad de convenir la división en dos del período total y remitiendo, para el caso de que no haya acuerdo, a lo dispuesto en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones. Es infrecuente que los convenios colectivos contengan una regulación pormenorizada (que es la única capaz de evitar ciertas reclamaciones individuales) sobre los períodos de disfrute vacacional, razón por la cual la concreción de los períodos se realiza en negociaciones a nivel de centro de trabajo o con un mayor fraccionamiento que permita atender todos los casos particulares. En cualquier caso, no se impone a las empresas una cortapisa sobre esta cuestión sino que el precepto marca unos derechos que en todo momento han de respetarse, pero conjugan los intereses de ambas partes; en efecto, se concede preferencia para disfrutar las vacaciones durante determinados períodos a los trabajadores con responsabilidades familiares, y en favor de la empresa para su mejor organización y mínimo perjuicio para la producción se establece en el apartado a): *"El empresario podrá excluir como período vacacional aquel que coincida con la mayor actividad productiva estacional de la empresa, previa consulta (que no posee carácter vinculante a la vista de la redacción literal del precepto) con los representantes legales de los trabajadores"*. El apartado b) establece: *"Por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores (en este caso el acuerdo de ambas partes es requisito ineludible para que la empresa pueda proceder conforme a la posibilidad que prevé este apartado)*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

se podrán fijar los períodos de vacaciones de todo el personal, ya sea en turnos organizados sucesivamente, ya sea con la suspensión total de actividades laborales, sin más excepciones que las tareas de conservación, reparación y similares".

5ª) En los supuestos de jornada continuada se establecerá un período de descanso no inferior a quince minutos, conforme establece el art. 34.2 ET según la redacción dada por el art. 1 de la Ley 4/1983 de 29 de Junio, de fijación de la jornada máxima legal y las vacaciones anuales mínimas. El disfrute de ese período de descanso se ajustará a las modalidades que las partes acuerden, sin imponer la Ley modalidad o limitación alguna; así lo dispone el art. 4.2 del Real Decreto 2001/1983.

6ª) Este mismo Real Decreto establece en el art. 6 un mecanismo en favor de las empresas para la mejor organización de su actividad desarrollada por equipos de trabajadores en régimen de turnos, a fin de que los descansos no representen un obstáculo insalvable para esa especial forma de trabajo y horario. Dice así: *"En las empresas en que se realice actividad laboral por equipos de trabajadores en régimen de turnos, y cuando así lo requiera la organización del trabajo, se podrán computar por períodos de hasta cuatro semanas los descansos entre jornada y semanal a los que se refieren los arts. 34.2 y 37.1 ET".*

7ª) El art. 9 del Real Decreto 2001/1983, ubicado dentro de la sección reguladora de las disposiciones comunes de las ampliaciones de jornada para las jornadas especiales, trata una cuestión importante tanto por la litigiosidad que tradicionalmente ha generado como por las soluciones que judicialmente se han dado al problema de la distinción y efectos entre las horas de trabajo efectivo y las horas de presencia. Estas controversias se suelen plantear no sólo por razón de las peculiaridades de determinadas actividades laborales a las que se refiere aquel Real Decreto (empleados de fincas urbanas y guardas vigilantes no ferroviarios, trabajos en el campo, trabajos de puesta a punto y cierre de los demás, transportes por carretera, ferroviarios y aéreos, trabajo en el mar, etc.) sino también porque dentro de cada una de esas actividades se presentan problemas aislados de difícil previsión legal que muchas veces denotan una realidad empresarial que desborda a la legislación laboral. El asunto planteado es complejo por la minuciosidad que exige un acabado y completo tratamiento del mismo; valga como muestra ejemplificativa lo que va a exponerse seguidamente sobre el art. 9 del Real Decreto citado y algunos criterios sostenidos por los Tribunales, indicador todo ello de una regulación legal y una interpretación judicial

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

claramente favorables a un sentido flexibilizador.

Dispone el apartado 1 del art. 9: *"Para los transportes por carretera, ferroviarios, aéreos y para el trabajo en el mar, en la determinación del cómputo de la jornada se distinguirá entre el trabajo efectivo y el tiempo de presencia del trabajador por razones de espera, expectativas, servicios de guardas, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta y otras similares en las que el trabajador, aunque no preste trabajo efectivo, se halla a disposición de la empresa".* Añade el siguiente párrafo: *"Los Convenios Colectivos determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia"*.

El apartado 3 del mismo artículo dice: *"Las horas de presencia no se considerarán dentro de la jornada de trabajo efectivo ni se computarán a efectos del límite de horas extraordinarias, sin perjuicio de que su remuneración salarial global sea, como mínimo, de igual cuantía que la de las horas ordinarias"*.

La sentencia de 2 de Diciembre de 1991 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, recuerda la sentencia de 25 de Mayo de 1988 TCT que declaró que *"no toda la estancia de los afectados en el lugar de empleo durante la parte de las 24 horas ininterrumpidas de permanencia que corresponde a un día festivo, constituye realización de horas extraordinarias, sino tan sólo la dedicada a ejecutar los trabajos antes reseñados. No se benefician de la calificación las horas de mera presencia o disponibilidad, en que se permanece sin efectuar prestaciones activas impuestas por el empresario"*. Añade más adelante la sentencia del Tribunal Superior de Andalucía: *"El concepto de hora extraordinaria hay que buscarlo en el art. 35.1 ET -según la redacción que le diera el Real Decreto Ley 1/1986 de 14 de Marzo- y en el art. 40.1 del Real Decreto 2001/1983 de 28 de Julio, a cuyo tenor tendrá la consideración de tal cada hora de trabajo efectivo que se realice sobre la duración máxima de la jornada ordinaria, establecida legal o convencionalmente, de forma que, como dijo el desaparecido TCT en su sentencia de 20 de Octubre de 1988, el concepto de horas extraordinarias tienen una significación cuantitativa, más que cualitativa, porque su calificación depende del número de horas que se trabajen, siendo extraordinarias las que excedan de la duración de la jornada normal. Por tanto, no se produce la realización de horas extraordinarias cuando la naturaleza del trabajo requiere un régimen continuado e ininterrumpido de actividad, que obliga a mantenerla incluso los domingos y días festivos, mediante el establecimiento de los correspondientes turnos, mientras con*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

ello no se rebase la jornada establecida, pues si bien y como regla general, de acuerdo con los arts. 37.1 y 2 ET y 44 y 45 del Real Decreto últimamente citado, los trabajadores tienen derecho a descansar los domingos y los días festivos a que alude el tercero de estos preceptos, el art. 47 del mismo Real Decreto prevé que excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas no se pueda disfrutar del día de fiesta correspondiente o del descanso semanal, en cuyo caso la empresa vendrá obligada a abonar al trabajador, además de los salarios correspondientes a la semana, el importe de las horas trabajadas en el día festivo o en el período de descanso semanal, incrementadas en un 75 por 100 como mínimo, salvo descanso compensatorio; es decir, que las horas trabajadas en el período de descanso semanal o en día festivo no tienen por sí la condición de extraordinarias, puesto que cabe la posibilidad de que se conceda al trabajador por ellas un descanso compensatorio, con lo cual no se rebasa la jornada normal, y sólo de no efectuarse esta compensación, al rebasar la jornada normal, se convierten por ello en extraordinarias y deben ser abonadas con el recargo correspondiente a éstas, de acuerdo con la norma transcrita".

También sobre el tiempo de disponibilidad se pronunció la sentencia de 23 de Abril de 1991 del TS: *"La petición principal del recurso es el reconocimiento de las consecuencias jurídicas que deriven de la prestación de trabajo por parte del recurrente durante un promedio de 12 horas diarias; y subsidiariamente el reconocimiento de una semana de trabajo de 56 horas. El tiempo de trabajo prestado habitualmente por el recurrente no excedía de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo. Y en cuanto al tiempo de disponibilidad por medio de radioescuchas o aparatos portátiles de recepción de mensajes que parece haber sido computado por el recurrente en sus cálculos de jornada de trabajo realizada, la Sala ha declarado que tal disponibilidad, siempre que no afecte a la libertad de movimientos y de actividad del trabajador, y en tanto no se traduzca en reincorporación al servicio, no equivale a trabajo efectivo, y no cuenta por tanto para el cómputo de horas extraordinarias, sin perjuicio de las compensaciones económicas a que pueda dar lugar"*. Cita esta sentencia la de 11 de Julio de 1990 del mismo Tribunal.

Visto el grupo de normas legales flexibles, llega el momento de desarrollar el segundo grupo, el de las normas que mantienen un importante grado de rigidez:

1^a) Con las matizaciones descritas anteriormente, una de las normas imperativas más representativa es el art. 34.2 párrafo primero ET que limita a cuarenta horas semanales de trabajo

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

efectivo la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo. Como antes se dijo, la necesidad empresarial de cubrir una mayor producción habrá de ser resuelta acudiendo a las horas extraordinarias o distribuyendo adecuadamente la jornada anual pactada en el convenio, conforme prevé y autoriza el párrafo tercero del mismo precepto.

2ª) El párrafo cuarto también del art. 34.2 ET establece: *"En ningún caso se podrán realizar más de nueve horas ordinarias de trabajo efectivo. En todo caso, entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán como mínimo doce horas"*. El primer inciso implica que a partir de la finalización de la novena hora de trabajo efectivo en un mismo día, el trabajo será extraordinario, esto es, voluntario y retribuido conforme el art. 35 ET. El segundo inciso en cambio ha sido matizado por los Tribunales; puede citarse a título de ejemplo la sentencia de 7 de Julio de 1987 TCT según la cual el descanso de 12 horas entre jornada y jornada ha de computarse entre el fin de la primera en su dimensión ordinaria y el comienzo de la siguiente, por lo que tal garantía se cumple aun cuando aquélla se prolongara por una eventual realización de horas extraordinarias.

3ª) El art. 34.6 ET es un ejemplo de incremento del costo de la mano de obra por razón del horario de trabajo, aunque se enmarca en el grupo de normas proteccionistas del trabajador al considerar que el trabajo nocturno crea en aquél perjuicios personales y familiares, olvidando una realidad constatada: el escaso número de trabajadores, en relación al total de cualquier empresa, que prestan servicios durante el turno de noche suelen ser en su mayoría trabajadores que voluntariamente optan por ello como una preferencia que destierra cualquier inconveniente personal o familiar, no siendo extraño tampoco que entre los trabajadores se produzcan cambios de turnos para quedarse los interesados con las jornadas de noche; no obstante ello, el precepto citado impone un incremento de retribución sin admitir posibilidad alguna de excepción. Dice así: *"Las horas trabajadas durante el período comprendido entre las diez de la noche y las seis de la mañana, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza, tendrán una retribución específica incrementada, como mínimo, en un 25 por 100 sobre el salario base"*.

4ª) Como medida contributiva a fomentar el empleo a través del reparto del ya existente, aunque no fomentando directamente más ocupación, el art. 10 del Real Decreto Ley 1/1986 dio nueva redacción al art. 35.2 ET limitando el número de horas extraordinarias en una

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

proporción notabilísima, creando con ello, por razones de política económica, un perjuicio tanto a las empresas como a los trabajadores, a los que se les impuso una solidaridad con los desempleados que por razones también económicas, pero en este caso de economía personal o familiar, constituyó un mandato condenado a ser burlado siempre que la escasez de recursos del trabajador le mueva a éste a olvidar, al menos durante unos días, la desgracia de sus compañeros desempleados; la elusión de la prohibición más allá del límite establecido por el precepto se ha hecho imposible en aquellos centros de trabajo en los que los órganos de representación de los trabajadores se han esmerado en hacer cumplir las órdenes provenientes de los órganos superiores de los sindicatos en materia de horas extraordinarias, propugnadas por los mismos e incorporadas a la letra de la Ley por el Poder Ejecutivo dentro de la dinámica de concertación social. Aquel precepto establece: *"El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año, salvo lo previsto en el número 3 de este artículo. Para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realicen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas"*. El Gobierno se reserva la iniciativa en la variación del número máximo fijado al establecer el siguiente párrafo: *"El Gobierno podrá suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso"*. En todo caso, la reducción operada en la reforma de 1986 no fue espectacular en comparación a los límites vigentes hasta aquel momento: dos al día, quince al mes y cien al año.

Una interpretación jurisprudencial claramente flexibilizadora en cuanto merma la rigidez del precepto comentado ha sido la expuesta, entre otras, por la sentencia de 27 de Mayo de 1991 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que se refiere a dicha interpretación en los siguientes términos: *"Conforme declaró el TCT en sentencia de 6 de Octubre de 1988, no obstante lo dispuesto en el art. 34.2 ET, la circunstancia de que la actora tenga una jornada, en días alternos, de diez horas sucesivas no conduce a entender que la décima hora será extraordinaria pues, previniendo el convenio colectivo que la jornada ordinaria semanal es de cuarenta horas, la demandante no rebasa dicha jornada pues, al trabajar en días alternos, una semana prestará servicios de treinta horas y a la siguiente de cuarenta, debiendo entenderse que el art. 35 del mismo Estatuto considera como extraordinarias las que superen la jornada ordinaria"*. Indiscutiblemente se está contemplando con esta sentencia una situación puntual, pero

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

al menos alivia la rigidez de la norma para todos los supuestos iguales o similares.

5ª) La regla general de la voluntariedad en la prestación de horas extraordinarias establecida por el art. 35.4 ET limita en gran medida este recurso de que disponen las empresas para hacer frente a un incremento temporal de producción, que precisa una mayor dedicación cuantitativa del personal disponible. Esa voluntariedad ha servido en numerosas ocasiones como instrumento en manos de los trabajadores para obtener otras contraprestaciones bajo el compromiso de realizar horas extraordinarias cuando sean requeridos para ello por la empresa, lo cual no deja de ser una desviación en el uso de este precepto, que desborda el natural discurso de contraposición de intereses entre los trabajadores y la empresa, en el cual la legitimidad de medios a utilizar cuenta siempre con el límite de la buena fe que como deber laboral enuncia en primer lugar el art. 5 a) ET. Dice el art. 35.4 ET: *"La prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, dentro de los límites del apartado 2 de este artículo"*. La justa valoración de este precepto también exige dejar constancia de que la voluntariedad puede convertirse en obligatoriedad cuando así se haya pactado bien a nivel colectivo o bien a nivel individual. Sin perjuicio de la frecuencia o escasez con que se haga uso de esa excepción pactada, resulta positivo que la norma admita un acuerdo de las partes en esta materia.

6ª) Un nuevo recorte a la realización de horas extraordinarias. Dispone el art. 35.6 ET que *"se prohíbe la realización de horas extraordinarias en el indicado período nocturno, salvo en casos y actividades especiales debidamente justificados y expresamente autorizados por el Ministerio de Trabajo"*. Podría reiterarse en este momento lo dicho sobre el trabajo nocturno, pero si por algo llama la atención este precepto es por prever una excepción a la prohibición que contiene, redactada en unos términos que parecen contemplar una situación solucionable al amparo del apartado 3 del mismo art. 35 ET porque si se trata de situaciones excepcionales será aplicable ese apartado y si, por el contrario, el mismo resulta inadecuado, el carácter especial de la actividad y su debida justificación reducen al máximo su efectividad práctica, salvo que se dé un ánimo tolerante por parte de la autoridad laboral autorizante; por eso el concepto de actividad especial comprendería, y éste sería el sentido más lógico, aquellas que requieren una celeridad en su ejecución en atención a los perjuicios que pueden producir a terceros (ejecución de obras públicas, reparaciones de servicios públicos, etc.)

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

7ª) Aparece otra vez, en esta ocasión en el art. 36.3 ET, el proteccionismo al trabajador con el fin de que no se prolongue el trabajo en turnos nocturnos más allá de un concreto período de tiempo. La norma posee plena justificación por los motivos que se dijeron con ocasión de comentar la retribución del trabajo durante la noche (art. 34.6 ET), pero llama la atención que la norma ahora comentada introduzca una excepción que también pudo haberse hecho en el art. 34.6 ET, esto es, determinados trabajadores pueden voluntariamente adscribirse de continuo o durante prolongados períodos al turno de noche, en cuyo caso la voluntariedad equivaldría a la ausencia de cualquier perjuicio personal o familiar y, por consiguiente, no sería merecedor el trabajo así prestado de incremento retributivo alguno. Esta realidad es tenida en cuenta por el art. 36.3 ET que establece: *"En las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria"*.

8ª) Aunque en el convenio colectivo, contrato de trabajo o con permiso expreso de la autoridad competente, se puedan establecer otras fórmulas de descanso semanal mínimo, el art. 37.1 ET señala como regla general, al igual que el art. 44.1 del Real Decreto 2001/1983, que aquél comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. Es evidente que de esta manera la Ley incorpora a su texto una realidad social incontestable, pero también ha de admitirse que crea una situación de sujeción de las partes, carente de mecanismos ágiles de alteración. En contraposición, es justo poner de manifiesto que para determinadas actividades la legislación ofrece alternativas más flexibles y muestra de ello es el art. 49 del Real Decreto citado: *"En la actividad de comercio podrá establecerse, mediante la negociación colectiva, la acumulación de medio día del descanso semanal en ciclos más amplios o separarlo con respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana"*.

9ª) Siguiendo lo ordenado en los tratados internacionales, especialmente el Convenio 132 de la OIT, el art. 38.1 ET establece que las vacaciones anuales retribuidas no son sustituibles por compensación económica. Propugnar una solución que recortara simplemente esa afirmación equivaldría a la defensa de una flexibilidad brutal que ignoraría el espíritu protector del trabajador con el que nació y continúa guiándose el Derecho Laboral, convirtiendo a éste en una mera derivación del Derecho Civil. Teóricamente la crítica al precepto haría ponerse a su protagonista

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

en una línea completamente liberal clásica; no es preciso llegar a esos extremos cuando la legislación laboral ofrece una enorme cantidad de normas cuya rigidez merecen una crítica más amplia y razonable. Por el contrario sí ha de asignarse una determinada censura a la duración mínima: siendo originalmente de veintitrés días naturales, la Ley 4/1983 modificó a través de su art. 2.1 el precepto estatutario fijando el mínimo en treinta días naturales; bien es cierto que la mayoría de los convenios de los sectores más relevantes establecían este último período vacacional y su ampliación legal vino a incorporar a otros sectores, consiguiendo una igualdad generalizada, pero indudablemente la mejora puede alcanzarse a través de la negociación colectiva o individual sin que el Estado protagonice una vez más su habitual costumbre de sustraer materias al derecho de negociación de las partes.

10ª) Finalmente, el art. 42 del Real Decreto 2001/1983 constituye un apéndice del art. 35.6 ET sobre la prohibición de las horas extraordinarias durante las horas nocturnas. El precepto de 1983 desarrolla y amplía los requisitos para obtener la autorización que permite hacer una excepción a la mencionada prohibición. Por el contrario, amplía esas excepciones admitiéndolas en supuestos de difícil encaje en el precepto estatutario, por lo que la crítica que pueda hacerse es menor e incluso no sería excesivo calificarlo, por comparación, como una norma flexibilizadora que debiera figurar entre las enumeradas en el primer grupo del presente apartado. En efecto, admite las horas extraordinarias durante el período nocturno: *"a) Las que sean consecuencia de las ampliaciones de jornada en los sectores y actividades previstas en el presente Reglamento. b) Las que se realicen para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes. c) Las que puedan derivarse de irregularidades en los relevos nocturnos por causas imputables a la empresa"*.

La lista enumerativa tanto de las normas de flexibilidad -primer grupo- como de las normas de rigidez -segundo grupo que antecede- no ha sido exhaustiva sino meramente ejemplificativa; ambos grupos podrían ser ampliados, pero con ello no se constataría un panorama legislativo distinto o merecedor de otra conclusión.

4. LA FLEXIBILIDAD HORARIA EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS. FACULTADES CONCEDIDAS POR ÉSTOS A LAS EMPRESAS.

Las necesidades de adaptación del horario de trabajo a circunstancias imprevistas de la producción o de la prestación de servicios a que se dedique la empresa requiere de la introducción en los convenios colectivos de ciertas potestades conferidas a la dirección para poder realizar esas modificaciones, haciendo uso en la redacción de las cláusulas de los convenios del margen de maniobra que toleran las normas legales imperativas. Esta idea ya ha sido reseñada anteriormente y lo cierto es que durante los últimos años los convenios colectivos muestran ejemplos de estas soluciones, siendo lo interesante comprobar que la auténtica necesidad de resolver aquel problema ha llevado a plasmar en los convenios facultades de la empresa, en materia de horario, de dudoso o difícil encaje en la Ley por la posible transgresión de las prohibiciones legales. Se ha expuesto hasta el momento los fundamentales límites legales, por lo que la adecuación de cada convenio a los mismos constituirá una labor de constatación que para los supuestos dudosos habrá de estarse a la aceptación de las partes o a la interpretación que de la norma pactada haga la resolución judicial que decida la adecuación de aquella a los límites legales, situación ésta en la que los Tribunales pueden aportar una importante contribución a la flexibilidad sobre esta materia; los ejemplos de sentencias son numerosos y algunas han quedado transcritas sustancialmente en el apartado anterior. Lo que ahora debe analizarse es si el convenio colectivo es el instrumento idóneo para introducir en las relaciones laborales esas modificaciones horarias puestas a disposición de las empresas para la satisfacción de la necesidad apuntada.

Vaya por delante que las modificaciones en la distribución del tiempo de trabajo se encuentra entre las enumeradas por el art. 41 ET, y sin embargo no toda modificación del horario conlleva los efectos previstos por ese precepto sino solamente aquellas que tengan la condición de sustanciales. Por su propia naturaleza todo convenio colectivo viene a introducir modificaciones en las condiciones de trabajo en relación a las vigentes durante el anterior convenio; esas modificaciones pueden ser tanto generales como específicas en los términos del art. 41 ET, pues nada impide que las modificaciones que prevé este precepto se materialicen por el cauce de la negociación colectiva como alternativa a los procedimientos de autorización de cambios que el

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

mismo regula⁽⁹⁾; por consiguiente resulta claro que cualquier cambio en la distribución del tiempo de trabajo puede regularse en un convenio colectivo.

En principio pudiera sostenerse que la empresa cuenta con plenas facultades discrecionales para distribuir libremente el tiempo de trabajo dentro de la jornada anual pactada, toda vez que la Ley no establece un concreto mecanismo de distribución que vinculara a la empresa, lo que pudiera entenderse como una remisión tácita al poder de dirección de la empresa, avalado por el hecho de que lo único que exige el art. 34.4 ET es que se elabore un calendario anual por la empresa, con el único requisito formal de que se exponga públicamente para su conocimiento y sin la necesidad del antiguo visado de la autoridad laboral; por su parte, el art. 4.3 del Real Decreto 2001/1983 dice que el calendario laboral comprenderá el horario de trabajo, festivos, descansos semanales o entre jornadas y otros días inhábiles, con el único requisito de que informen, sin carácter vinculante, los representantes de los trabajadores. Por consiguiente el calendario laboral sería el instrumento en manos de la empresa para la distribución del tiempo de trabajo.

No es esta la opinión de la mayoría de la doctrina. Ésta sostiene que el calendario laboral es un mero documento declarativo en el que la empresa distribuye el número de horas de trabajo anual conforme a los pactos y disposiciones previamente elaborados, por lo que la empresa carece de facultades modificativas a través del calendario⁽¹⁰⁾. Para algunos autores⁽¹¹⁾ la fijación del horario o es modificación del precedente o es fijación inicial y en ambos casos es precisa la autorización de los representantes de los trabajadores porque en el primer caso sería de aplicación el art. 41 ET y en el segundo sería de aplicación analógica el art. 36.1 ET sobre la implantación del horario flexible. Se añade por la doctrina que una cosa es que el contrato de trabajo implique el cumplimiento de una obligación genérica y otra cosa es que esa obligación sea absolutamente indeterminada; el poder de dirección que asiste a la empresa y al cual se encuentra sometido el trabajador no conlleva la facultad de aquélla de concretar el momento de realización de la prestación laboral; al trabajador le asiste no sólo el derecho de conocer de antemano las funciones

(9) M. RODRIGUEZ-PINERO: "La movilidad del trabajador dentro de la empresa". En *Derecho Laboral* n° 9 (1983), pág. 39.

(10) F. LÓPEZ-TARRUELA: "La nueva regulación....". Obra citada, pág. 93.
M.R. ALARCÓN CARACUEL: "La ordenación del tiempo...". Obra citada, pág. 91.

(11) Por ejemplo, A. MONTOYA MELGAR: "Derecho del trabajo". Obra citada, pág. 91.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

que tiene que realizar y el tiempo que ha de dedicar a ello sino también una aproximación lo más cercana a la realidad de la distribución de ese tiempo a lo largo del año. En numerosas normas legales ya vistas no se concede al empresario unas facultades discrecionales sino que existe una remisión a lo pactado en los convenios colectivos, contratos individuales, acuerdos de diferente naturaleza, los usos empresariales vinculantes para la propia empresa, etc. Es más, el art. 2 del Real Decreto 2001/1983 establece una remisión genérica a lo pactado en convenio colectivo o contrato de trabajo para la regulación no sólo de la duración de la jornada sino también a su ordenación y al régimen de descansos aplicables.

Vistas las razones de la improsperabilidad de esa primera hipótesis, puede plantearse una segunda: aunque la empresa no pueda discrecionalmente modificar el horario de trabajo ni esa facultad se la pueda otorgar el convenio colectivo, podría en cambio la empresa hacer uso del *ius variandi* con el fin de introducir modificaciones ante situaciones imprevistas o extraordinarias en el proceso productivo.

Esta posibilidad también cuenta con obstáculos. El Derecho Laboral no hace un reconocimiento general del *ius variandi* de las empresas que les permita introducir cambios sustanciales en las condiciones horarias convenidas sino solamente para determinadas situaciones, cuales son los trabajos de superior e inferior categoría (art. 23 ET), desplazamientos (art. 40 ET), limitaciones al horario flexible (art. 36.2 ET), etc.⁽¹²⁾, y para casos excepcionales expresamente autorizados por la Ley y jurídicamente insuficientes para hacer una aplicación analógica, pudiendo ponerse el ejemplo de las horas extraordinarias dedicadas a la reparación o prevención de siniestros, previstas por el art. 35.3 ET y cuya realización es obligatoria⁽¹³⁾, así como, con carácter reglamentario, el art. 64 párrafo segundo de la Ley de Contrato de Trabajo sobre la obligación del trabajador de prestar un mayor trabajo para prevenir grandes males inminentes o para remediar accidentes sufridos, pero cuyo contenido puede reconducirse al art. 35.3 ET en cuanto a la similitud de rigidez para su aplicabilidad. Por todo ello la estrechez de margen que concede el Ordenamiento al *ius variandi* de las empresas es insuficiente para atender las actuales necesidades de flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo.

(12) J. CRUZ VILLALÓN: "Las modificaciones de la prestación de trabajo". Madrid 1983, págs. 82 y ss.

(13) M. RODRIGUEZ-PIÑERO: "Voluntariedad de las horas extraordinarias, convenio colectivo y prolongación de jornada". Relaciones Laborales, tomo I (1988), págs. 3-4.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

La tercera posibilidad para dar un tratamiento jurídicamente aceptable a las facultades de modificación horaria de la empresa concedidas por un convenio colectivo puede ser la de que, en el ámbito del poder de dirección ordinario, a la empresa le corresponde la especificación de determinadas condiciones de trabajo, entre ellas el horario, sin que el ejercicio de esa facultad conlleve una alteración de lo convenido colectiva o individualmente o represente una modificación sustancial encuadrable en el art. 41 ET. Así, aunque el tiempo anual de trabajo precisa ser pactado en convenio colectivo o contrato individual y también precisa de la autorización de los representantes de los trabajadores las modificaciones sustanciales que afecten al tiempo de trabajo, a la empresa le resta un margen de flexibilidad con el que puede exigir algunas modificaciones accidentales que no vulneran la Ley ni el convenio, aunque la suficiencia para cubrir las necesidades productivas de cada momento constituya una cuestión puntual a comprobar en cada caso⁽¹⁴⁾. Apoya esta solución la circunstancia de que al igual que el empresario, en el ejercicio de su poder de dirección, puede encomendar a un trabajador diversas tareas y asignarle sucesivamente distintos puestos con el único límite del respeto al art. 39 ET, también puede, en el ejercicio del mismo derecho, realizar modificaciones no sustanciales en el horario de trabajo con igual fin que el perseguido con la movilidad funcional, esto es, atender mejor a las necesidades técnicas y productivas, con la única diferencia de que en materia de horario no existe en la Legislación un precepto equivalente al art. 39 ET, por lo que ha de acudirse al derecho de poder de dirección del empresario, en el que encuentra acomodo la facultad de modificación reseñada, sin que por ello haya de acudirse a una interpretación forzada del precepto legal que lo reconoce (art. 20 ET).

El silencio de la Ley debe ser suplido mediante la negociación colectiva, que fijará los límites cuantitativos entre el cambio accidental que puede introducir la empresa y la modificación sustancial, así como los requisitos formales, en su caso, que han de acompañar al ejercicio de ese poder de dirección. En este sentido puede recordarse que algunos convenios colectivos conceden a la empresa la posibilidad de exigir y distribuir a lo largo del año la realización del tope legal de las 80 horas extraordinarias, con lo cual se demuestra que dentro de los límites legales los convenios conceden facultades a las empresas, en contraprestación a otros beneficios de los trabajadores o como forma de ordenación de un derecho empresarial del que necesariamente no han de derivarse perjuicios para los trabajadores.

(14) J. CRUZ VILLALÓN: "Las modificaciones...". Obra citada, pág. 224 y ss.

5. CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES SOBRE LA AUTONOMÍA COLECTIVA E INDIVIDUAL EN MATERIA DE HORARIO DE TRABAJO.

El TCT sostuvo que los órganos judiciales del Orden Social carecen de competencia para conocer de reclamaciones sobre cambio de horario (por ejemplo, sentencia de 27 de Junio de 1983), pero en cambio pueden conocer de ello indirectamente cuando resuelven sobre la sanción impuesta a un trabajador a causa de un incumplimiento del horario (por ejemplo, sentencia de 27 de Junio de 1984). Así mismo, los trabajadores no pueden modificar el horario sin conocimiento y aceptación de la empresa (sentencia de 5 de Febrero de 1987), ni ésta puede unilateralmente modificar sustancialmente el horario (sentencia de 12 de Abril de 1985), por lo que esas modificaciones han de ser pactadas o autorizadas (sentencia de 6 de Octubre de 1987). Por otra parte, si los trabajadores de una empresa tienen fijada una concreta jornada o distribución del tiempo de trabajo bien mediante pacto o bien mediante costumbre, no puede alterarse por el hecho de que el convenio colectivo establezca mayor número de horas de trabajo o una distribución distinta (sentencia de 27 de Junio de 1982).

Toda modificación horaria suele ser examinada en las resoluciones judiciales bajo la perspectiva de una hipotética modificación sustancial encuadrable en el art. 41 ET, aunque no se deriva de ello una habitual estimación de esa posibilidad. Se ha venido entendiendo que las modificaciones esporádicas por razones excepcionales y durante ciertos períodos no tienen el carácter de sustantivas so pena de interpretar rígidamente el precepto; debe atenderse a los factores objetivos y subjetivos de la variación, por lo que es difícil establecer pautas generales, al ser abundante la casuística.

En los últimos años se han emitido resoluciones judiciales que admiten las variaciones del horario acordadas particularmente con cada trabajador (o con una cantidad importante de trabajadores al mismo tiempo) que eluden la aplicación del art. 41 ET en detrimento de la autonomía colectiva. Así, la sentencia de 26 de Enero de 1987 TCT aceptó la validez de los pactos individuales con los trabajadores por los que, ante el silencio del convenio, se cambiaba el horario continuado por la jornada partida, dado que así lo requería la actividad empresarial y el servicio que prestaba al público la empresa, por lo que no concurriendo vulneración de los derechos de los trabajadores, no era lícito impedir el cambio sobre una cuestión de distribución de la jornada diaria que el convenio no regulaba. Con igual objetivo de cambiar la jornada continuada para convertirla

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

en partida y ante el silencio del convenio, la sentencia de 22 de Febrero de 1988 TCT aceptó la validez de los pactos individuales alcanzados entre la empresa y algunos trabajadores. También puede citarse la de 16 de Marzo de 1988 TCT. Mayor transcendencia posee la sentencia de 7 de Marzo de 1988 TCT que dio validez al pacto individual, propuesto por la empresa y aceptado por los trabajadores, según el cual la jornada continuada se convertía en partida aun cuando el convenio colectivo preveía que la jornada era continuada y regulaba el procedimiento para modificarla, argumentando la resolución judicial que la aceptación era voluntaria por parte de los trabajadores y no existía renuncia alguna de los mismos porque la nueva jornada era en cómputo anual más reducida que la pactada colectivamente. Esta resolución judicial alcanza más relevancia si se tiene presente que el Auto del TC de 26 de Septiembre de 1988 inadmitió el recurso de amparo interpuesto frente a ella al declarar que la misma no vulneraba el derecho de libertad sindical (art. 28.1 de la Constitución). El criterio descrito se volvió a reiterar en la sentencia de 7 de Diciembre de 1988 TCT en un supuesto semejante.

Por el contrario, sentencias cronológicamente coincidentes con las reseñadas, como la de 5 de Abril de 1988 TCT, se han pronunciado negando validez a los pactos individuales entre empresa y trabajadores por los que se modificaba la jornada establecida por el convenio colectivo, argumentando que la solución contraria generaría una proliferación de pactos individuales que desvirtuarían la negociación colectiva, afirmando esas soluciones la necesidad de mantener el principio de unidad de la negociación colectiva y de la consideración de un bloque indivisible de derecho necesario de lo establecido en convenio colectivo.

En esta línea debe recordarse que la sentencia de 1 de Julio de 1992 TC, manteniendo una postura contraria a lo dicho en el Auto de 26 de Septiembre de 1988, ha negado validez a los pactos individuales alcanzados por empresa y trabajadores por los que se modificaba el horario pactado en convenio colectivo. Sólo cabe remitirse a la transcripción y comentarios hechos en el apartado 10.1 del Capítulo III sin necesidad de efectuar en este momento reiteración alguna.

En consecuencia, la flexibilización de la jornada introducida a través de la negociación individual ha sufrido un serio revés por causa del Tribunal Constitucional, que ha venido a revocar el criterio iniciado por el TCT. Subsisten no obstante los intentos de flexibilización por la vía de la negociación colectiva, pese a los límites legales, y con claro predominio sobre la negociación individual, en atención al triunfo que, al amparo del derecho constitucional a la libertad sindical,

han obtenido los sindicatos al ver bendecidas sus pretensiones por el Tribunal Constitucional, con lo que posiblemente se hayan calmado sus temores a perder protagonismo a costa de la más sencilla negociación individual, que también satisface al trabajador, como lo demuestra su aceptación que, al mismo tiempo, es una clara preferencia frente a lo que los sindicatos hayan pactado colectivamente en su beneficio que, al parecer, no siempre es así entendido por los trabajadores. La modificación horaria, que ha provocado la decisión mencionada del Tribunal Constitucional, ha sido el toque de atención de una finalmente frustrada vía de flexibilización extensible a otros ámbitos de la relación laboral a través también de la negociación individual, cuyo desarrollo hubiera llevado a un replanteamiento de la función de los órganos de representación de los trabajadores y, conscientes los sindicatos de que pueden ver mermado su papel protagonista, han logrado abortar el intento. Con ello sufre la flexibilidad laboral una importante herida y habrá que esperar a que en el futuro el Tribunal Constitucional vuelva a variar de criterio.

En lo referente a la negociación colectiva, los países europeos presentan rigideces jurídicas y constitucionales que tratan de superar mediante una mayor flexibilidad lograda mediante la negociación colectiva. La flexibilidad horaria en cualquiera de sus expresiones implica para el trabajador una personalización de su tiempo de trabajo al tenerse en cuenta sus preferencias, y para las empresas constituye un medio para adaptar la producción a la demanda e incrementar la productividad. Estamos en presencia de un supuesto de flexibilidad que puede ser beneficioso para ambas partes de la relación laboral.

6. INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ORDENACIÓN DE LOS HORARIOS.

La iniciativa de la Administración en materia de flexibilidad horaria tiene en los últimos años una muestra destacada en el Real Decreto Ley 2/1985 de 30 de Abril, que dentro de un conjunto de medidas económicas tendentes a incentivar la demanda interna así como la productividad y competitividad de las empresas del sector del comercio, puso fin en un grado notable a la rigidez existente hasta aquel momento, que venía dificultando la debida atención a las demandas del consumidor y la normal expansión y crecimiento económico de los establecimientos comerciales. Se pone de manifiesto con ello una de las ideas esenciales en la teoría de la flexibilidad: en la práctica, las medidas flexibilizadoras no suelen ir unidas a reformas

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

jurídico-laborales que busquen principalmente ayudar a las necesidades de las empresas o aliviar sus cargas sino a medidas económicas que sólo indirectamente inciden en la relación laboral⁽¹⁵⁾.

Un problema que se ha dado con cierta frecuencia es el de la delimitación en la intervención de las distintas instancias administrativas y en especial la concreción de las correspondientes a las Comunidades Autónomas. La sentencia de 23 de Marzo de 1988 TS y otras en igual sentido se han pronunciado afirmando que en materia de libertad de empresa y comercio interior existe una reserva de ley por la Constitución que veda la potestad reglamentaria para regular las mismas, por lo que las disposiciones que vulneran tal reserva son nulas de pleno derecho por quebrantar el principio de jerarquía normativa, siendo todo lo relativo al horario de apertura y cierre de establecimientos comerciales cuestiones integradas en la libertad de empresa y en el comercio interior, a los que alcanza aquella reserva. El problema es controvertido y escapa fácilmente a lo relativo a la flexibilidad horaria ya que una cosa es esta misma flexibilidad y otra distinta el origen de la medida calificable como tal.

7. LAS MODALIDADES MÁS SIGNIFICATIVAS DE FLEXIBILIDAD HORARIA.

La única referencia expresa que el Estatuto de los Trabajadores hace a la flexibilidad es el art. 36 al regular el horario flexible. Lo hace de una manera pobre y aislada, dándole tan poca relevancia que en el mismo precepto regula una cuestión nada relacionada directamente cual es el trabajo a turnos. En los dos apartados que el art. 36 dedica al horario flexible no figura una modalidad concreta ni menos aún una definición orientadora de sus límites que, por otra parte, tampoco es una carencia transcendente, pues una definición siempre contiene una cierta dosis de restricción y freno para lo que las partes puedan negociar. El precepto ofrece dos notas: 1ª) Otorga al empresario la facultad de fijar un horario flexible, pero le impone dos limitaciones: lo que al respecto se halle pactado en el convenio colectivo que no puede ser modificado por la empresa y el informe favorable de los representantes de los trabajadores sin cuyo consentimiento la iniciativa empresarial carecerá de éxito. Por consiguiente la implantación de un horario flexible tiene mucho de pacto entre las partes interesadas y poco de poder directivo de la empresa. 2ª) Se establece una reserva en favor de la empresa para la evitación de quebrantos en el normal proceso

(15) J. GARCÍA BLASCO: "Horario de trabajo y horario de asistencia al público: problemática jurídica y sindical". Relaciones Laborales-La Ley, tomo I (1990), págs. 132 y 133.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

productivo o de prestación de servicios, que realmente parece superabundante ya que la propuesta hecha por la empresa a los representantes de los trabajadores para su aprobación lógicamente contendrá lo que establece el apartado 2 del art. 36 ET: *"El empresario podrá exigir una prestación de trabajo continuada durante períodos ciertos y anunciados previamente al personal, cuyo trabajo se realice en equipos o grupos similares que requieran la presencia a horas fijas de todos sus miembros"*.

La flexibilidad de la jornada laboral tiene varias manifestaciones: su dimensión, su distribución y su colocación. Esta última es la que recae sobre el horario flexible por el que el trabajador fija automáticamente los momentos de iniciación y finalización del trabajo dentro de ciertos límites, ubicando así en un tiempo determinado la prestación laboral que ha de realizar.

Esta forma de flexibilidad implica poner fin a la rigidez por la cual tanto el comienzo como la terminación de la jornada constituyen un período fijo de permanencia de todos los trabajadores en sus puestos, a los que tienen que incorporarse y abandonar con puntualidad. La flexibilidad vendría a romper la uniformidad aunque continuaría existiendo un período de la jornada, normalmente dos tercios del total, en la que obligatoriamente deberá haber una presencia de todos los trabajadores. De esta manera la jornada se dividiría en tres fases⁽¹⁶⁾: una fase inicial móvil, una fase intermedia fija con asistencia mayoritaria y una tercera fase final también móvil. Durante las fases móviles los trabajadores pueden iniciar y finalizar su labor cuando así lo decidan y lo hagan saber a la empresa, por lo que las horas de entrada y salida son móviles. Las modalidades de ese horario flexible pueden ser tres: 1ª) Una de grado mínimo, conforme a la cual el trabajador puede elegir entre los horarios fijos ya establecidos, con una opción que viene determinada por el tiempo: el día, la semana, el mes o el año. 2ª) La de grado medio, según la cual se establece un lapso de tiempo más o menos amplio tanto para comenzar la jornada como para terminarla; así puede establecerse un tiempo de dos horas para empezar el trabajo y otro tanto para acabar la jornada en correlación al tiempo fijado para la incorporación. 3ª) El grado máximo u horario flexible puro, conforme al cual se une a la flexibilidad de grado medio la posibilidad de que la referencia temporal para el cumplimiento de la jornada de trabajo no sea el día sino un período más amplio, que puede ser la semana o el mes, e incluso el año, según las circunstancias en cada caso y las opciones que el trabajador prefiera elegir.

(16) J. GARCÍA BLASCO: "Horario de trabajo". Obra citada, pág. 133 y 134.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

En todo caso el horario flexible debe garantizar el descanso diario entre jornadas de 12 horas (art. 34.2 ET) por ser un imperativo legal indisponible, con independencia de que el tiempo de apertura al público (si así funciona el centro de trabajo) no cubra ese período como consecuencia de la vigencia del horario flexible o por otra causa. Igualmente debe respetarse otra norma imperativa: la no realización de más de 9 horas diarias de trabajo efectivo. Por otra parte, el horario flexible puede dar lugar a variaciones en el número de horas trabajadas cada semana; las que se realicen en una semana concreta rebasando el límite legal no tendrán la consideración de horas extraordinarias si se trabajan para compensar las horas de menos trabajadas en una semana precedente o las horas de menos que previsiblemente se vayan a trabajar en una posterior, teniendo solamente la consideración de extraordinarias las que se trabajen rebasando las 9 horas diarias de trabajo efectivo.

Anteriormente se dijo que la flexibilidad horaria constituye un aspecto de la flexibilidad que no sólo beneficia a las empresas en cuanto les permite una mejor o más abundante producción en los momentos en que así lo precisan, sino también a los trabajadores porque les permite adaptar su jornada laboral a sus circunstancias personales y familiares, redundando en una disminución del absentismo laboral. Su implantación no presenta los mismos problemas y ventajas en todas las actividades, sino que es de más fácil implantación en las empresas dedicadas a prestar servicios y se adapta mejor para los trabajadores que ostentan categorías a las que corresponde el desarrollo de tareas fundamentalmente individuales, es decir, que no dependen del trabajo de otro, en cuyo caso la disparidad de horarios hace que no repercuta en la prestación laboral. Por esta razón se emplea en los sectores de información, seguros, entidades públicas, etc., sectores éstos que, al igual que en otros en los que la flexibilidad horaria plantea mayores problemas, no se han caracterizado por la elaboración de planes pactados negocialmente para el desarrollo de modalidades horarias distintas a los convencionales horarios rígidos.

El horario flexible dota a la prestación laboral de una dimensión individual perdida durante los últimos años. Su implantación se ha producido especialmente en los casos en los que ha habido una iniciativa empresarial. Sus ventajas son las siguientes⁽¹⁷⁾: 1ª) Para los trabajadores representa una mayor libertad de movimientos, una medida más justa del tiempo de trabajo y una mejor adaptación de su tiempo libre para realizar no sólo actividades de ocio o descanso sino también

(17) J. GARCÍA BLASCO: "Horario de trabajo". Obra citada, pág. 135.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO IV: FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

para efectuar todas las gestiones personales o familiares habituales, como hacer compras, acudir a entidades bancarias, la atención cotidiana de los hijos menores, etc. 2ª) Para las empresas representa un factor que incrementa la productividad, logran una mayor estabilidad del personal y consiguen que se realicen menos horas extraordinarias. 3ª) Para la sociedad se ofrece una mejor utilización de los servicios, más facilidades para quienes tengan obligaciones familiares, mayor fluidez en el tráfico de las ciudades, etc.

Los inconvenientes pueden ser los siguientes: 1º) Para los trabajadores se produce un mayor control del tiempo y una reducción de las horas extraordinarias que puedan realizar; genera una excesiva observancia por parte de los representantes de los trabajadores del horario implantado; se reducen las posibilidades del ejercicio del derecho de reunión, que se hace además dificultoso. No obstante estos problemas, que alcanzan a las organizaciones sindicales incidiendo en su actividad en los centros de trabajo, la popularidad del horario flexible ha hecho que muchos sindicatos modifiquen sus planteamientos e incluso incorporen a sus reivindicaciones el establecimiento de horarios flexibles, dando así satisfacción a muchos trabajadores y afiliados y relegando las consecuencias negativas que pueda traer para su actividad sindical, a la que no considerarán muy mermada por culpa de los horarios flexibles. 2º) Para las empresas se puede producir un incremento de gastos directos e indirectos; nuevas reivindicaciones de los trabajadores originadas por las controversias sobre cumplimiento del horario, alegación de trato desigual entre departamentos de un mismo centro de trabajo, etc.; y mayores costos de organización, ya que se amplía normalmente el tiempo diario de actividad empresarial y de presencia de los trabajadores en el centro de trabajo.

CAPÍTULO V

FLEXIBILIDAD CONTRACTUAL

SUMARIO

PARTE PRIMERA

LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

1. COMENTARIO GENERAL.	269
2. EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL.	271
3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL.	280
4. CRÍTICA A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL, ESPECIALMENTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO.	289
5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL.	293
5.1 La temporalidad en el contrato de trabajo.	293
5.2 Ámbito de cada modalidad de contrato.	294
5.3 Criterios de distinción entre las diferentes modalidades.	296
5.4 La relevancia de los requisitos formales.	297
5.5 La relevancia de los requisitos materiales o de fondo.	298
5.6 El fraude de ley y el abuso del derecho en la contratación temporal.	299
5.7 La prórroga de los contratos temporales.	302
5.8 La continuación del trabajo tras la conclusión del período pactado.	303
5.9 El derecho a la permanencia en el trabajo.	304
5.10 La extinción de los contratos temporales.	305
5.11 Procedimiento de extinción.	306
5.12 Efectos de la extinción del contrato.	307
5.13 Legislación general y legislación especial.	308
5.14 Los convenios colectivos como fuente reguladora de los contratos temporales.	310
5.15 Condiciones de trabajo y derechos colectivos de los trabajadores temporales.	311

PARTE SEGUNDA

LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

1. CONCEPTO DELIMITADOR DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.	315
2. LA ACTITUD DE LA JURISPRUDENCIA ANTE LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.	316
3. LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES NO REGULADAS EXPRESAMENTE COMO TALES.	319
4. LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES, EL PROTECCIONISMO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SU EXPANSIÓN A NUEVOS COLECTIVOS.	323

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V: FLEXIBILIDAD CONTRACTUAL

5. RESEÑA DE LAS NORMAS LEGALES MÁS LLAMATIVAS INDICADORAS DEL GRADO DE FLEXIBILIDAD-RIGIDEZ DE LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES. 329

PARTE TERCERA

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO LABORAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXCEDENCIA. REGULACIÓN LEGAL. 335
2. ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA EXCEDENCIA. 337

PARTE CUARTA

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. FLEXIBILIDAD DE LA JUBILACIÓN. 343
2. LA EXTINCIÓN POR CAUSAS TECNOLÓGICAS O ECONÓMICAS Y FUERZA MAYOR. LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO. 347
2. 1 Planteamiento. 347
2. 2 La extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor. 350
2. 3 La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas. 354
2. 4 Adecuación del art. 51 ET a la Directiva 75/129 CEE en materia de despidos colectivos. 356
2. 5 Reivindicaciones empresariales y posición de los sindicatos. 358
3. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS. 361
3. 1 Introducción. 361
3. 2 Las causas de extinción. 362
3. 3 Forma y efectos de la extinción. 364
4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR. 366
4. 1 Consideraciones generales. 366
4. 2 Las modificaciones de las condiciones de trabajo. 369
4. 3 La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario. 370
4. 4 Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones del empresario. 374
4. 5 El ejercicio de la acción resolutoria. 375
4. 6 Efectos de la resolución del contrato. 377
5. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. 378
5. 1 Introducción. 378
5. 2 Las causas del despido disciplinario. 380
5. 3 Los requisitos formales. 387
5. 4 Ámbito del despido nulo. El despido discriminatorio. 389
5. 5 Calificación del despido disciplinario. 395
5. 6 La ejecución de la sentencia de despido. 406

CAPÍTULO V

FLEXIBILIDAD CONTRACTUAL

PARTE PRIMERA LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

SUMARIO

1. COMENTARIO GENERAL.	269
2. EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL.	271
3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL.	280
4. CRÍTICA A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL, ESPECIALMENTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO.	289
5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL.	293
5. 1 La temporalidad en el contrato de trabajo.	293
5. 2 Ámbito de cada modalidad de contrato.	294
5. 3 Criterios de distinción entre las diferentes modalidades.	296
5. 4 La relevancia de los requisitos formales.	297
5. 5 La relevancia de los requisitos materiales o de fondo.	298
5. 6 El fraude de ley y el abuso del derecho en la contratación temporal.	299
5. 7 La prórroga de los contratos temporales.	302
5. 8 La continuación del trabajo tras la conclusión del período pactado.	303
5. 9 El derecho a la permanencia en el trabajo.	304
5.10 La extinción de los contratos temporales.	305
5.11 Procedimiento de extinción.	306
5.12 Efectos de la extinción del contrato.	307
5.13 Legislación general y legislación especial.	308
5.14 Los convenios colectivos como fuente reguladora de los contratos temporales.	310
5.15 Condiciones de trabajo y derechos colectivos de los trabajadores temporales.	311

1. COMENTARIO GENERAL.

Se dijo en el Capítulo I que el Derecho del Trabajo viene presentando desde mediados de los años setenta unas modificaciones impuestas por los cambios profundos habidos como consecuencia de la crisis económica, que trajo unos problemas que se han cronificado. España no ha sido ajena ni a dicha crisis ni a los cambios del Derecho Laboral; la única peculiaridad en comparación a otros países europeos ha sido que los cambios jurídico-laborales se retrasaron algunos años en aparecer, haciéndolo a finales de los años setenta, pero mostrando una evolución similar. Básicamente esta última ha significado el abandono por parte del Derecho Laboral de la parcela que casi en exclusiva centraba su atención tradicional -la protección de los derechos de los trabajadores y la tutela de sus intereses- y se ha ampliado, sin olvido de su función originaria, a otros objetivos de política económica y social en la que se incluye la colaboración en la creación de empleo e incluso la legitimación del beneficio empresarial como forma de originar nuevas inversiones que fomenten el empleo. Ello ha traído consigo no una desregulación del entramado de garantías sino una revisión de los mecanismos a través de los cuales se materializa el sistema de garantías en favor de los trabajadores. Tradicionalmente el Derecho del Trabajo preveía modificaciones en las condiciones de trabajo por causas organizativas, económicas, etc., pero lo hacía como una posibilidad extraordinaria y, por ello, costosa para la empresa; el cambio apuntado consiste en tomar como habitual esos cambios con el fin de que las empresas sean viables y utilicen mejor la mano de obra disponible, flexibilizando el uso de los mecanismos de adaptación a las necesidades cambiantes.

Junto a esa búsqueda de mayor flexibilidad se ha producido un fenómeno conexo cual es la crisis del trabajo por cuenta ajena, entendido como una figura uniforme; la crisis resulta más aguda cuanto más reactivo sea el ordenamiento jurídico a tolerar una variedad de formas de contratación de trabajadores por cuenta ajena. El núcleo de los trabajadores fijos convivirá con otros cuya entrada y salida de la plantilla de la empresa corresponderá a la contratación temporal, cuyo grado de facilidad de uso en favor de las empresas y la abundancia de tipos y regulaciones que permitan cubrir en cada caso las necesidades empresariales, marcarán la presencia de una fragmentación de fórmulas de contratación representativas de una flexibilidad contractual. La realidad muestra un creciente acceso al mercado de trabajo a través de modalidades de contratación temporal diversa, lo cual está creando dos grandes grupos de trabajadores: los fijos y los

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

temporales. La mayor precariedad de estos últimos impone una nueva labor para el Derecho del Trabajo: el amparo de esos contratados temporales no con el fin de restringir ese tipo de contratos (pues como se ha dicho la tendencia es la opuesta) sino para que esos trabajadores cuenten con iguales derechos que los contratados indefinidos, salvo en las peculiaridades derivadas de la temporalidad.

Las nuevas formas de empleo inestable son ya una parte notable en las relaciones laborales, cuantitativamente en ascenso y cualitativamente asentadas en el ordenamiento laboral, que corren paralelas al decrecimiento del empleo estable mermado, además, por el aumento del trabajo autónomo y cooperativo. Las técnicas utilizadas en los distintos países para llegar a esta situación son diversas, pero todas tienen en común un único objetivo de flexibilizar la mano de obra mediante la promulgación de normas que permiten contrataciones distintas a la contratación indefinida a tiempo completo.

Por otra parte, las nuevas demandas sociales de servicios han hecho aparecer actividades que, tomando al Derecho del Trabajo en su vertiente tuitiva tradicional, hubieran sido inmediatamente captadas por el mismo (y de hecho así ha continuado ocurriendo frecuentemente) para incorporarlas al conjunto de relaciones contractuales dotadas del calificativo de laborales. Los defensores de la flexibilidad sostienen que ante esas actividades de difícil encuadramiento, cualquier solución es extremista, por lo que una graduación (de problemática plasmación legal) de esos contratos alejaría al Derecho Laboral de su habitual fijación en el contrato laboral, cuyo objeto es un trabajo normal. La exclusión como laborales de esas actividades sería tomado por los críticos de la flexibilidad a modo de desregulación y vuelta al liberalismo puro en el que prevalecen los principios de la contratación civilista.

Durante los últimos diez o quince años la legislación española ha ido introduciendo y desarrollando diversas formas de contratación temporal, y lo ha hecho de tal manera que el resultado final es ciertamente contradictorio, puesto que el ordenamiento sigue teniendo como principio básico la estabilidad en el empleo y la regla general de los contratos indefinidos, considerando como excepción los contratos temporales cuya admisión es teóricamente restrictiva; sin embargo, la variedad de contratos temporales que ha ido introduciendo está llegando a convertir esa forma de contratación en regla general, por lo cual la realidad desborda la teoría, aunque como se expondrá más adelante, aquella no es fruto de un imprevisto sino de una

evolución de desarrollo creciente.

Con todo ello no se causa necesariamente un distinto nivel de protección entre trabajadores con empleo fijo y contratados temporales sino que el amparo igualitario que otorga el Derecho Laboral hará que éste, cumpliendo su función primordial y habitual, abra paso a nuevas formas de contratación que las empresas y la situación económica y de empleo reclaman. Los sindicatos nunca han colaborado en la implantación de esas nuevas formas, toda vez que chocan con sus tradicionales reivindicaciones; ha sido la legislación el medio por el que se han introducido, siendo lo cierto que la negociación colectiva subsiguiente se ha ocupado escasamente de orientar las nuevas formas de contratación, por lo que éstas constituyen el efecto de una iniciativa estatal que cuenta con el apoyo de las empresas (aunque deseosas de un mayor margen en la libertad de contratación) y el recelo de los sindicatos.

2. EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL.

El ordenamiento laboral español siempre tomó como modelo el contrato de trabajo de duración indeterminada y a tiempo completo, en la creencia, no exenta de fundamento, de que ello representaba el máximo nivel de tutela jurídica y estabilidad personal del trabajador en la empresa. Esa situación no fue una conquista de los sindicatos ni de la izquierda política sino del Movimiento Nacional, régimen político caracterizado por practicar un proteccionismo de los trabajadores, a los que se otorgó un conjunto de beneficios sociales sin precedentes, que se asentaron sobre un ordenamiento laboral causante en gran medida de la rigidez contra la que luchan las ideas flexibilizadoras actuales⁽¹⁾. El examen de la legislación promulgada durante aquel período podría conducir al replanteamiento en nuestro país de los conceptos de política social, progreso, bienestar, desarrollo, etc., siendo curioso que actualmente los sindicatos defiendan derechos adquiridos en el pasado y los empresarios defiendan las reformas de la legislación pretérita.

(1) M^a. E. CASAS BAAMONDE, A. BAYLOS GRAU y R. ESCUDERO RODRIGUEZ "Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español". *Relaciones Laborales*, n^o 23 (1987), pág. 11, tomo II/1987, págs. 315 y ss.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

La democracia llegó, en palabras de Palomeque López⁽²⁾, de la mano del "compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica". Por imperativo de esta última, el sistema español de contratación laboral quedó profundamente modificado a partir de la Ley 8/1980 de 10 de Marzo del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, con anterioridad a su promulgación pueden detectarse algunas disposiciones tendentes a introducir formas de contratación temporal como medida de fomento del empleo y flexibilización del mercado de trabajo.

La Ley de Contrato de Trabajo aprobada por Decretos de 26 de Enero y 31 de Marzo de 1944 no se decantaba en favor del contrato indefinido puesto que su art. 27 remitía a la voluntad de las partes la celebración de dicho contrato; sin embargo, las Reglamentaciones de Trabajo, las Ordenanzas Laborales, los convenios colectivos -desde 1958- y la Jurisprudencia se inclinaron en favor del contrato de duración indefinida como soporte esencial del principio de estabilidad en el empleo⁽³⁾.

La Ley de Relaciones Laborales, 16/1976 de 8 de Abril, optó claramente por el contrato indefinido (art. 14), recogiendo los criterios precedentes de la normativa sectorial y la Jurisprudencia, tomando la contratación temporal como excepcional (art. 15). Sin embargo, aquella Ley nació en un momento en el que la crisis económica había hecho su aparición⁽⁴⁾ y algunos países habían comenzado a potenciar la contratación temporal⁽⁵⁾; España no fue la excepción y por ello la Ley de 1976 nació con escasas expectativas de permanencia.

Muestra de ello es que unos meses después se promulgó el Real Decreto-Ley 18/1976 de 8 de Octubre sobre medidas económicas que autorizó hasta el 31 de Marzo de 1977 la contratación temporal por plazo no superior a seis meses en la contratación que incorrectamente denominó

-
- (2) M.C. PALOMEQUE LÓPEZ: "Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica". Revista de Política Social, nº 143 (1984), págs. 15 y ss..
- (3) F. DURÁN LÓPEZ: "El trabajo temporal (La duración del contrato de trabajo)". IES, Madrid 1980, págs. 55-56.
A. MONTOYA MELGAR: "La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España (La Ley de Relaciones Laborales y el Real Decreto-Ley sobre relaciones de trabajo)". Revista de Política Social, nº 118 (1978), pág. 49.
- (4) A. OJEDA AVILES: "El final de un principio (La estabilidad en el empleo)", en "Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón". Tecnos, Madrid 1980, pág. 468.
- (5) F. DURÁN LÓPEZ: "El trabajo...". Obra citada, págs. 19-23.
-

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

"eventual"⁽⁶⁾, para personas en situación de desempleo o que accedieran a su primer empleo cualquiera que fuera la naturaleza del trabajo a que hubieran de adscribirse (art. 11). Resulta clara la quiebra del principio de estabilidad en el empleo ya que se permitía de esta manera, siquiera fuera con carácter transitorio, acudir a la contratación temporal para atender actividades normales y permanentes de las empresas⁽⁷⁾. En consecuencia, el Real Decreto-Ley 18/1976 no sólo representó la derogación tácita de los arts. 14 y 15 de la Ley de Relaciones Laborales sino también el precedente más importante que marcó el comienzo del avance de la contratación temporal⁽⁸⁾, que se vio seguido de otras disposiciones pre-estatutarias que se van a reseñar a continuación.

El Real Decreto-Ley 43/1977 de 25 de Noviembre sobre política salarial y de empleo, con expresa referencia en su exposición de motivos a los Pactos de la Moncloa de 25 de Octubre de aquel año, permitía la contratación temporal al amparo del art. 15 de la Ley de Relaciones Laborales, que en su origen tenía una vocación de excepcionalidad, de trabajadores acogidos a lo que se denominó "*seguro de desempleo*" o a los comprendidos en el ámbito del programa experimental para el fomento del empleo juvenil que el Gobierno debía elaborar en el plazo de un mes (Disposiciones Adicionales primera y segunda).

El ámbito de la contratación temporal marcado por el Real Decreto-Ley citado de 1977 quedó desbordado por las disposiciones reglamentarias de desarrollo, que admitieron aquella contratación para supuestos distintos a los previstos por el art. 15 de la Ley de Relaciones Laborales. Esas disposiciones fueron los Reales Decretos 3280/1977 de 9 de Diciembre sobre contratación de trabajadores perceptores del subsidio de desempleo, el 3281/1977 de 26 de Diciembre sobre empleo juvenil y el 883/1978 de 2 de Mayo que derogó y sustituyó a ese último.

El Real Decreto 49/1978 de 26 de Diciembre sobre política de rentas y empleo mantuvo para 1979 las Disposiciones Adicionales primera y segunda del Real Decreto-Ley 43/1977 aportando una ampliación: "*los contratos de duración determinada a que se refieren las citadas*

(6) A. MONTOYA MELGAR: "La estabilidad en el ..." Obra citada, pág. 51

(7) R. MARTINEZ EMPERADOR: "Estabilidad en el empleo y contratación temporal" IELSS, Madrid 1983, pág. 78.

(8) F. PÉREZ AMOROS: "Notas sobre la evolución del contrato de trabajo eventual en las disposiciones normativas y en la jurisprudencia", en "El Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica" (I Jornadas de la Facultad de Derecho) Universidad Complutense, Madrid 1984, pág. 223

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Disposiciones Adicionales tendrán siempre este carácter, cualquiera que sea la naturaleza del trabajo a realizar".

Incidieron en la aplicación de la contratación temporal los Reales Decretos 41/1979 de 5 de Enero sobre promoción del empleo juvenil y 42/1979 de 5 de enero sobre contratación de trabajadores perceptores del subsidio de desempleo, que desarrollaron el art. 5 párrafo segundo del Real Decreto-Ley 49/1978 y derogaron, respectivamente, los Reales Decretos 883/1978 y 3280/1977.

El Estatuto de los Trabajadores mantuvo en 1980 el principio general de la contratación indefinida al disponer en el art. 15.1 que *"el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido"*. Junto a las formas de contratación temporal estructural, que el Estatuto recogió y que ya existían en la legislación precedente, se instauró por primera vez en un texto legal de aquella importancia un mecanismo de contratación coyuntural, que en principio perseguía absorber la mano de obra desempleada procedente sobre todo del sector industrial en el que la crisis económica había producido mayor efecto; la Ley autorizó al Gobierno la regulación del trabajo temporal con el fin de *"facilitar la colocación de trabajadores de edad avanzada, con capacidad laboral disminuida, desempleados y de quienes accedan al primer empleo"* (art. 17.3 en la redacción original)⁽⁹⁾, y contempló el contrato a tiempo parcial limitado *"en tanto persistan las actuales circunstancias de empleo"* para poder ser así contratados los perceptores de la prestación por desempleo y los jóvenes menores de veinticinco años (Disposición Transitoria 3ª de la redacción original). La posterior evolución de la legislación evidenció que las medidas pensadas para superar la coyuntura del momento sirvieron para reformar profundamente el principio de estabilidad en el empleo.

Los primeros pasos dentro del camino de la flexibilización del mercado de trabajo se dieron en un ambiente de desorientación, incertidumbre y provisionalidad, y ante una Jurisprudencia y doctrina lejanas aún del concepto de la flexibilidad. El Real Decreto 1363/1981 de 3 de Julio por el que se autorizó la contratación temporal como medida de fomento del empleo tenía un término temporal: el 31 de Diciembre de 1982. Fue derogado y sustituido por el Real

(9) R. MARTINEZ EMPERADOR: "Estabilidad en el empleo...". Obra citada, págs. 120-130.
M. ALONSO GARCÍA: "La contratación temporal y la política de empleo", en "II jornadas Hispano-Brasileñas de Derecho del trabajo", MTSS, Madrid 1983, págs. 22-23.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Decreto 1445/1982 de 25 de Junio sobre diversas medidas del empleo, entre las que figuraba la contratación temporal (Sección 1ª, Capítulo II); nuevamente la provisionalidad hacía su aparición porque confirmaba el límite temporal del 31 de Diciembre de 1982. Lo más destacable de ambos Reales Decretos fue la generalización del ámbito subjetivo de la contratación temporal coyuntural, toda vez que se extendía a todos los trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo, desbordando así la previsión del art. 17.3 ET antes mencionado y dando un avance en la erosión del modelo contractual clásico⁽¹⁰⁾.

El comienzo de la nueva situación, inaugurada con las disposiciones comentadas, estaba inmersa en el desconcierto de una Jurisprudencia acostumbrada a un modelo contractual diferente, en las críticas de gran parte de la doctrina, en la oposición frontal de los sindicatos y la izquierda política y en la bienvenida moderadamente entusiasta de los empresarios. Los movimientos en contra quedaron momentáneamente frenados mediante el Acuerdo Nacional sobre Empleo de 9 de Junio de 1981 y se reavivaron ante el incumplimiento gubernamental del mismo sobre mantenimiento, a finales de 1982, de la misma población asalariada global que la existente en el momento de su firma. Por consiguiente, la concertación social, abundante en aquel período de la vida socio-política española y propia de los momentos de crisis en cualquier país, no abordó debidamente la cuestión de la contratación temporal como instrumento contribuyente a la superación de los efectos de la situación económica. El Acuerdo Básico Interconfederal de 10 de Julio de 1979 entre la U.G.T. y la C.E.O.E., el Acuerdo Marco Interconfederal para la negociación colectiva entre la U.G.T. y la C.E.O.E. de 5 de Enero de 1980 y la revisión del último el 3 de Febrero de 1981 fueron pactos o compromisos institucionales que se dirigieron a incentivar y asentar la negociación colectiva entre sindicatos y organizaciones empresariales en el ámbito de una nueva organización y estilo de las relaciones laborales, pero sin mencionar las nuevas formas de contratación. Estas últimas aparecieron prudentemente en el citado Acuerdo Nacional sobre Empleo suscrito por el gobierno de la extinguida U.C.D., la patronal C.E.O.E. y los sindicatos U.G.T. y CC.OO. En efecto, el Acuerdo Marco Interconfederal se limitaba a manifestar la voluntad de ambas partes de *"presentar al Gobierno para su posible consideración una propuesta que permita establecer las condiciones jurídicas, económicas y asistenciales*

(10) F. VALDÉS DAL-RE: "Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral", en "Papeles de economía española", nº 22 (1985), pág. 310.
M.M. RUIZ CASTILLO: "La duración del contrato de trabajo: estudio de su régimen legal y jurisprudencial" Revista de Política Social, nº 138 (1983), págs. 75-76. (Esta última, en opinión contraria a la expuesta)

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

necesarias para conseguir que la jubilación ordinaria pueda practicarse a los sesenta y cuatro años. En el estudio de las consecuencias económicas de esta medida deberá considerarse el aspecto positivo que la misma ha de tener para ampliar la contratación de nuevos trabajadores" (Disposición Adicional 2ª).

El Real Decreto 3887/1982 de 29 de Diciembre, por el que se modificaron determinados preceptos del Real Decreto 1445/1982 y se prorrogaba hasta el 31 de Diciembre de 1983 la vigencia de la normativa sobre contratación temporal coyuntural, trajo un cierto freno a la tendencia revisora de la estabilidad en el empleo ya que introdujo determinadas medidas encaminadas a la racionalización y control de la técnica de los contratos temporales como instrumentos de fomento del empleo⁽¹¹⁾. Sin embargo, esos límites fueron transitorios no sólo por la limitada vigencia de los mismos sino también porque en el preámbulo ya se anunciaban cercanas reformas en los arts. 15 y 17.3 ET.

Esa reforma fue dada por la Ley 32/1984 de 2 de Agosto sobre modificación de determinados artículos del ET. Según la exposición de motivos, las *"figuras de contratación temporal tienen por objetivo la creación de empleo"*. No obstante, el efecto real fue superior; la misma exposición de motivos aludía a la necesidad de *"dotar el marco legal de una mayor claridad y estabilidad para reducir la incertidumbre empresarial de las actuaciones que conducen a la creación de nuevos puestos de trabajo y en el necesario ajuste de la demanda a las características de la oferta de trabajo"*. El carácter coyuntural, y por lo tanto temporal, de las nuevas formas de contratación quedó desvanecido; se iniciaba seriamente la reforma profunda de las rigideces existentes hasta aquel momento en esta materia⁽¹²⁾. Pocos meses después la reforma del Estatuto contó con el apoyo del Acuerdo Económico y Social suscrito el 9 de Octubre de 1984 entre el Gobierno socialista, las organizaciones patronales C.E.O.E. y C.E.P.Y.M.E. y el sindicato U.G.T. La reforma socialista del Estatuto marcó el inicio de la fase de madurez de la legislación española en materia de flexibilidad del mercado de trabajo, entre las que figuran las nuevas formas de empleo, aunque no con ello se implantaron desde aquel momento las medidas

(11) S. GONZALEZ ORTEGA: "Notas acerca del Real-Decreto 3887/82, de 29 de Diciembre, sobre contratación temporal como medida de fomento del empleo", en "II Jornadas Hispano-Luso-Brasileña del Derecho del Trabajo". MTSS, Madrid 1985, págs. 201.

(12) M. RODRIGUEZ PIÑERO: "La contratación temporal en la Ley 32/1984 y en los Decretos de Desarrollo", en "Comentarios a la nueva legislación laboral". Tecnos, Madrid, 1985, pág. 87.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

configuradoras de un deseable nivel de flexibilidad, siempre discutible según la parte interesada que opine al respecto. Lo importante es que desde 1984 la regulación de la contratación temporal deja de ser el medio excepcional para remediar las insuficiencias de un sistema y comienza a ser el anuncio de un sistema nuevo en el que, sin abandonar la clásica función tuitiva o garantizadora, da satisfacción parcial a las demandas de los empresarios⁽¹³⁾. La reforma consolidó la generalización del ámbito subjetivo de la contratación temporal y al situarla en el art. 15 en el que se anuncia la presunción en favor del carácter indefinido del contrato laboral, continúa siendo aquella una excepción que de hecho pasó a ser teórica porque su ubicación sistemática (así como las compensaciones económicas que se preveían por la terminación de algunos contratos temporales)⁽¹⁴⁾ denotaba una pretensión puesta de manifiesto en la exposición de motivos: "*reducir las diferencias existentes entre éstos y los contratos por tiempo indefinido*".

El Real Decreto 1989/1984 de 17 de Octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo, profundizó la línea marcada por la Ley 32/1984, desarrollando un sistema que, según el preámbulo, era conforme "*con criterios más flexibles y realistas que en ocasiones anteriores*". La regulación dada por aquel Real Decreto pretendía ser permanente, consciente ya el legislador de que gran parte del desempleo era tecnológico o estructural y la nueva contratación había que mantenerla "*en tanto persistan las actuales circunstancias de empleo*" (según el preámbulo). Por otra parte, el Real Decreto comentado eliminó los límites porcentuales de plantilla que imperaba en la normativa anterior sobre contratación temporal, lo cual implicó la desaparición de un mecanismo compensador que realmente constituía un freno para el uso de ese tipo de contratos⁽¹⁵⁾.

Más adelante se expondrán los principales criterios jurisprudenciales sobre esta materia; basta con adelantar en este momento que algunos autores⁽¹⁶⁾ estiman que el proceso de flexibilización ha contado con un decidido apoyo de los Tribunales a la hora de interpretar la

(13) L.F. MÁRQUEZ SÁNCHEZ: "La posición de la C.E.O.E. ante el empleo", en "Jornadas sobre el empleo en la crisis económica". MTSS, Madrid 1982, pág. 100.

(14) M. RODRIGUEZ-PIÑERO: "La contratación ...". Obra citada, pág. 106.

(15) A. MARTÍN VALVERDE: "La flexibilidad del mercado de trabajo. Valoración de sus aspectos y de sus posibilidades en el ordenamiento laboral vigente y de las repercusiones de una flexibilización total de las estructuras normativas de la relación de trabajo". Revista de Trabajo, nº 72 (1983), pág. 18.

(16) A. OJEDA AVILES: "Flexibilidad judicial y contractualismo". Actualidad Laboral, nº 11, semana 14-20 Marzo, 240 (1988), pág. 557.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

normativa sobre contratación temporal, sobrepasando a veces sus límites formales y desechando los restos de proteccionismo subsistente; posiblemente esa sea una opinión exagerada porque, al igual que la Jurisprudencia quedó desorientada en el primer momento de la revisión del modelo contractual convencional, posteriormente ha continuado interpretando los nuevos modelos de manera acorde con el cambio de espíritu que informa la redacción de las normas.

Finalmente, la Ley 22/1992 de 30 de Julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, ha transformado en Ley el contenido del Real Decreto-Ley 1/1992 de 3 de Abril. Aunque los términos de la Ley parecen recordar los propósitos de las normas que comenzaron a promulgarse hace más de diez años, la realidad evidencia que los problemas económicos y laborales se han agudizado. La Ley 22/1992 vuelve a ratificar el carácter imprescindible de la contratación temporal como medida de fomento del empleo y, constatada la abrumadora presencia de contratos temporales, se incentiva la contratación indefinida, que por iniciativa empresarial es ciertamente escasa. El apartado 3 del Preámbulo dice que *"la duración mínima del contrato temporal de fomento del empleo será de doce meses. Esta modificación supondrá una mayor permanencia en el empleo de los trabajadores y el correlativo descenso del índice de rotación en la contratación temporal; sin que ello implique introducir rigideces en el mercado de trabajo, si se tiene en cuenta la permanencia de las restantes modalidades contractuales de duración determinada que permiten satisfacer adecuadamente las necesidades existentes en el mercado de trabajo. Por otra parte, la experiencia indica que la duración media de los contratos temporales de fomento del empleo ha oscilado en torno a los dieciocho meses"*. La Disposición Adicional Primera modificó en este sentido el art. 3.1 del Real Decreto 1989/1984 y estableció que la duración mínima y máxima de esos contratos podrá ser modificada por el Gobierno en función de la evolución de la tasa de desempleo y las expectativas del crecimiento del empleo.

Respecto al programa público de fomento de la contratación indefinida, la Ley 22/1992 ha introducido escasas modificaciones. El art. 1 continúa haciendo recaer los incentivos en la contratación indefinida de trabajadores desempleados que reúnan los requisitos del artículo siguiente, y que deberán celebrarse a jornada completa para trabajos que exijan la prestación de servicios durante todos los días laborables del año y supongan un incremento respecto a la plantilla fija del año natural anterior. El art. 2 establece el fomento mediante subvención económica para la contratación indefinida de jóvenes menores de 25 años, mayores de cuarenta y cinco años y

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

mujeres, siempre que todos ellos reúnan determinados requisitos, así como para la transformación del contrato en prácticas o para la formación en contrato indefinido en los términos del art. 1.

La novedad de la Ley 22/1992 viene dada por el cese de trabajadores fijos durante los tres años en los que existe la obligación por parte de los empresarios, beneficios de las ayudas, de mantener el mismo nivel de plantilla. Antes se exigía que la vacante se cubriera mediante un contrato por tiempo indefinido y a jornada completa, sin citar plazo alguno para efectuar la sustitución. Ahora, según el art. 5 de la Ley 22/1992, la vacante se ha de cubrir en el plazo de un mes y el contrato, además de ser indefinido, ha de tener al menos una jornada igual a la del contrato extinguido. Por consiguiente, se ha impuesto un plazo que evite dilaciones fraudulentas y se ha flexibilizado el nuevo contrato en el sentido de que no siempre ha de ser a jornada completa puesto que se mantiene el derecho del empresario a la correspondencia entre la jornada del trabajador cesante y el nuevo contratado, aunque pueda discrecionalmente, aceptando el trabajador, ampliarse la jornada.

Los beneficios y condiciones establecidos en la Ley 22/1992 para la transformación en indefinidos de los contratos en prácticas y para la formación se aplicarán a la conversión en indefinidos de los contratos formativos regulados en el art. 3 del Real Decreto-Ley 18/1993 de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación; el art. 3 se refiere a los contratos formativos.

La Orden de 6 de Agosto de 1992 establece las bases reguladoras de concesión de las ayudas por el fomento de la contratación indefinida establecidas en el capítulo primero de la Ley 22/1992. La Orden desarrolla esta última Ley abordando los siguientes extremos: la determinación de lo que ha de entenderse por plantilla fija a efectos de determinar el incremento de la misma que debe suponer la contratación subvencionada (art. 1.2); el modo y plazo de presentación de la solicitud de las ayudas y la documentación requerida (arts. 2 y 3); el procedimiento para la concesión de las mismas (art. 4); criterios sobre el mantenimiento de la plantilla fija y de la cobertura de las vacantes producidas (art. 5); los supuestos de extinción y reintegro de los beneficios concedidos así como el procedimiento para llevar a cabo este último (arts. 6 y 8); y la obligación de los beneficiarios de las ayudas de facilitar la información requerida (art. 7). También, contiene un listado de las profesiones u oficios en los que se considera que la mujer está subrepresentada a efectos de subvencionar su contratación y a efectos de lo dispuesto en el art. 2.1 c) (Disposición Adicional primera y anexo III).

El procedimiento para obtener el reintegro de los beneficios concedidos y disfrutados ilegalmente es una novedad porque, aunque el reintegro estaba previsto genéricamente en el art. 46.6 de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social, no se había habilitado todavía un mecanismo para llevarlo a cabo.

3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL.

El conjunto de modalidades de contratación temporal que actualmente regula el ordenamiento laboral español no constituye solamente un ofrecimiento que se hace a las partes interesadas en concertar una relación laboral sino también una parte del ordenamiento básica por cuanto las estadísticas indican un notable y sostenido uso en la realidad contractual laboral.

Pueden distinguirse tres ejes o directrices fundamentales en las nuevas formas de empleo⁽¹⁷⁾: la ampliación de la contratación temporal tradicional, la flexibilidad de la contratación coyuntural o de fomento del empleo y la normalización de otras modalidades de contratación, sobre todo del contrato de trabajo a tiempo parcial.

El primer grupo de los contratos temporales que cabe apreciar es el de aquellos que tratan de satisfacer necesidades productivas temporales de las empresa. Aquí encuentran acomodo los contratos para obra o servicio determinado; los contratados eventuales por circunstancias de la producción; los contratos de interinidad; y los contratos por lanzamiento de la nueva actividad. Todos ellos se encuentran desarrollados por el Real Decreto 2104/1984 de 21 de Noviembre.

Merece una mención especial el contrato por lanzamiento de nueva actividad, regulado por el artículo 5 del citado Real Decreto y previsto en el art. 15.1 d) ET. A su amparo el comienzo de la actividad de una empresa de nueva creación puede desarrollarse durante los tres primeros años sin necesidad de que trabajador alguno de la plantilla tenga un contrato indefinido⁽¹⁸⁾. A ello se une, por otra parte, la permisión generalizada en la Jurisprudencia de encadenar, incluso hasta

(17) F. DURÁN LÓPEZ, A. MONTOYA MELGAR y T. SALA FRANCO: "El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario". MTSS, Madrid 1987, pág. 109.

(18) A. MONTOYA MELGAR: "La estabilidad en el empleo y la reforma socialista del Estatuto de los Trabajadores". Revista de Trabajo., nº 76 (1984), págs. 78-79.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

la duración máxima legal en cada caso, contratos temporales compatibles entre sí como pueden ser un contrato en prácticas, seguido por otro para fomento del empleo, y terminando con un contrato por lanzamiento de nueva actividad. De esta manera un mismo trabajador puede permanecer vinculado a una empresa por largo tiempo y concurriendo una adecuación legal completa, siempre que se den los requisitos para acceder a cada una de las formas de contratación⁽¹⁹⁾.

Esta modalidad contractual, en cuanto añadida a las modalidades de contratación temporal ya existentes, introdujo un nuevo elemento de flexibilidad. Cabe destacar de su regulación legal las siguientes características: 1º.- Se aplica tanto a empresas de nuevo establecimiento como a empresas ya establecidas que amplíen sus actividades. 2º.- La ampliación de actividades puede obedecer a la apertura de un nuevo centro, el lanzamiento de una nueva línea de producción, de un nuevo producto o de un nuevo servicio. 3º.- No es preciso que la nueva actividad sea transitoria sino que puede tener vocación de permanencia. 4º.- Este contrato temporal puede concertarse en cualquier momento del lanzamiento de la nueva actividad y no necesariamente al comienzo del mismo. 5º.- La duración del contrato no puede ser inferior a 6 meses ni superior a 3 años, pudiendo prorrogarse una o más veces si se hubiera concertado por tiempo inferior al máximo legal, pero la prórroga no puede ser inferior a 6 meses ni puede exceder el tiempo acumulado de 3 años o rebasar el período de lanzamiento. 6º.- La ausencia de denuncia no convierte al contrato en indefinido si la duración contratada hubiera sido inferior a 3 años sino que se prorroga automáticamente hasta el período máximo establecido, momento en el cual se aplicaría el art. 49.3 ET; el contrato se considera prorrogado tácitamente por tiempo indefinido si llegado el término no hubiera denuncia por alguna de las partes. 7º.- Estos contratos se extinguen llegado su término, con independencia de la buena marcha de la nueva actividad. Puede contratarse a otro trabajador por el tiempo que reste del período de lanzamiento. Si este último se ha agotado, la empresa puede utilizar otras modalidades de contratación temporal. 8º.- La extinción de estos contratos no genera derecho a indemnización alguna, salvo norma o pacto colectivo o individual que lo establezca.

(19) L.E. VILLA GIL y A. MONTOYA MELGAR: "Problemas actuales del Derecho del Trabajo en España". Revista de Trabajo, nº 81 (1986), págs. 11-12.
J.A. SAGARDOY BENGOCHEA: "Flexibilidad Laboral. El caso de España". Revista de Trabajo, nº 83 (1986), pág. 17.
A. MARTÍN VALVERDE: "Intervención en el debate sobre el impacto de las crisis en el Derecho del Trabajo". Temas Laborales, nº 1 (1984), pág. 80.

El segundo grupo lo constituyen los contratos temporales de fomento del empleo. El ejemplo más puro es el regulado por el Real Decreto 1989/1984 sobre el que se proyectó la mayor carga de flexibilidad del legislador tras la reforma operada por la Ley 32/1984 en el Estatuto de los Trabajadores. Su exposición de motivos decía de estos contratos que su *"celebración no se justifica tanto por la naturaleza temporal de las necesidades que con ellos se pretende atender cuanto por la importancia que dicha modalidad puede tener en la generación de nuevos empleos"*, eliminando rigideces como la sujeción a un porcentaje o cuota de plantilla que hasta entonces había coartado su expansión.

Su regulación legal permite destacar las siguientes circunstancias: 1º.- Si bien los trabajadores que pueden ser contratados han de figurar inscritos en la correspondiente oficina de empleo, este requisito puede subsanarse porque admitiéndose la solicitud nominativa de trabajadores, la previa inscripción en la oficina de empleo del trabajador elegido por la empresa, inmediatamente antes de la contratación, cubre aquel requisito. El Real Decreto-Ley 3/1993 de 26 de Febrero, de medidas urgentes sobre materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo, amplió la duración máxima de estos contratos y concedió un amplio período para, producido el vencimiento, poder proceder a dicha ampliación; disponía su art. 17.1: *"Durante el período comprendido entre la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley y el 31 de Diciembre de 1993, los contratos temporales celebrados al amparo de lo previsto en el Real Decreto 1989/1984 de 17 de Octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento de empleo, cuya duración máxima de tres años expire entre las fechas citadas, podrán ampliar su duración en un año, sin que las prórrogas, en su caso, puedan ser inferiores a seis meses"*. La Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 18/1993 de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación ha ampliado nuevamente su duración máxima; dispone que *"los contratos temporales de fomento del empleo celebrados al amparo del Real Decreto 1989/1984, de 17 de Octubre, por el que se regula la contratación temporal como Medida de Fomento del Empleo, cuya duración máxima de tres años expire entre el 1 de Enero y el 31 de Diciembre de 1994, podrán ser prorrogados por una sola vez por un plazo máximo de dieciocho meses"*. 2º.- La duración de estos contratos a partir de la entrada en vigor de la Ley 22/1992 de 30 de Julio de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, que modificó el art. 3.1 del Real Decreto 1989/1984, no podrá ser inferior a 12 meses ni superior a 3 años, la cual es amplia en comparación con otros países europeos. 3º.- El régimen de prórrogas voluntarias y de denuncia contractual, idéntico al señalado respecto a los contratos de lanzamiento de nueva

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

actividad, es flexible.

Presenta, sin embargo, esta modalidad contractual algunos signos de rigidez: 1º.- La indemnización al trabajador de 12 días de salario por año de servicio a la terminación del contrato (art. 3.4). 2º.- Las limitaciones que establece el art. 5 para contratar al amparo del Real Decreto que se comenta: a) Cuando desde la fecha en que la empresa hubiera amortizado puestos de trabajo por despido declarado improcedente, expediente de regulación de empleo o por la causa objetiva prevista en el apartado c) del art. 52 ET, no hayan transcurrido al menos 12 meses. b) Cuando los trabajadores hubieran estado vinculados a las mismas por otro contrato temporal de esta naturaleza durante los 12 meses inmediatamente anteriores, salvo que la duración de aquél hubiera sido inferior a 3 años, en cuyo caso podrán realizar una nueva contratación hasta alcanzar el referido límite temporal.

Por otra parte, el art. 5.3 del Real Decreto 1989/1984 dispone que *"cuando se trate de cubrir el mismo puesto de trabajo que haya quedado vacante, dentro de los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de la nueva contratación de esta naturaleza, por la terminación de otro contrato temporal que hubiera agotado el plazo máximo de duración legalmente prevista"*, las empresas no podrán contratar temporalmente. La Jurisprudencia ha interpretado la expresión *"otro contrato temporal"* en sentido restringido, referido únicamente a los regulados por este Real Decreto y no a otras modalidades de contratación temporal. Las sentencias de 24 de Mayo y 27 de Julio de 1993 del TS son ejemplos de esa interpretación flexible; la segunda de las citadas indica: *"[...] esta Sala interpreta dicho precepto en el sentido de que la prohibición que establece no debe ser entendida en términos tan extensivos que incluya todas las modalidades contractuales que comprende el sistema ordinario de contratación temporal reguladas en el art. 15 ET, sino en otro más estricto que constriñe la referencia a la celebración previa de «otro contrato temporal de la misma naturaleza», es decir, a otro anterior precisamente de fomento de empleo"*.

También deben incluirse en el segundo grupo los contratos temporales orientados al fomento del empleo y combinados con otros objetivos, concretamente formativos: son los contratos en prácticas y para la formación regulados por el Real Decreto 1992/1984 de 31 de Octubre. El art. 3 del Real Decreto-Ley 18/1993 de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación ha dado nueva regulación al contrato de trabajo en prácticas y ha introducido el contrato de aprendizaje.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

En tanto se proceda al desarrollo reglamentario de aquel Real Decreto-Ley continuará siendo de aplicación, en todo lo que no se oponga al mismo, el Real Decreto 1992/1984 (Disposición Transitoria Tercera). Además aquel Real Decreto-Ley ha derogado el art. 11 ET sobre trabajo en prácticas y para la formación. El Real Decreto 2317/1993 que desarrolla el Real Decreto-Ley 18/93 ha derogado el Real Decreto 1992/84.

Así mismo, están los contratos temporales combinados con la prestación a tiempo parcial del trabajo contratado. Se trata del contrato de relevo (para trabajadores desempleados inscritos en la Oficina de Empleo que sustituyen a los trabajadores que acceden a la jubilación parcial) y el contrato de jubilación parcial (para trabajadores próximos a jubilarse, en un plazo máximo de tres años, que reducen su tiempo de trabajo y salario en un 50 %), regulados ambos por el Real Decreto 1991/1984 de 31 de Octubre, que continuará estando en vigor hasta que se proceda al desarrollo reglamentario del Real Decreto-Ley 18/1993 de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, y en lo que no se oponga a éste, que en el art. 4 regula, de otra manera el contrato a tiempo parcial, y el contrato de relevo, derogando además el art. 12 ET. El Real Decreto 2317/1993 ha desarrollado el Real Decreto-Ley 18/93 y ha derogado los arts. 1 a 6 y 10 del Real Decreto 1991/84.

El contrato de relevo se encontraba regulado por el art. 12.5 ET y por los arts. 7 a 14 del Real Decreto 1991/1984, constituyendo una nueva figura contractual. Implica una doble operación: 1º.- La conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, pasando el afectado a la situación de jubilación parcial. 2º.- La simultánea concertación del contrato de relevo que cubrirá la reducción de la jornada del otro contrato. En consecuencia, un contrato a tiempo completo se convierte en dos contratos a tiempo parcial.

El contrato de relevo es una muestra de esfuerzo imaginativo de flexibilidad, y también lo es su régimen jurídico. Llegado el momento de la jubilación total del trabajador en situación de jubilación parcial, el contrato de relevo puede extinguirse, o bien puede consolidarse como contrato a tiempo parcial o convertirse en contrato a tiempo completo.

Se aprecian, en cambio, algunos factores de rigidez: 1º.- Que la reducción de la jornada del trabajador jubilado parcialmente sea necesariamente del 50% y no otra distinta. 2º.- Que el trabajador que acepta el relevo deba jubilarse obligatoriamente cuando alcance la edad establecida

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

con carácter general en el régimen correspondiente de la Seguridad Social para causar derecho a la pensión de jubilación ordinaria.

La regulación del contrato de relevo en el art. 4.4 del Real Decreto-Ley 18/1993 es prácticamente igual a la del derogado art. 12.5 ET.

En el segundo grupo han de incluirse finalmente los contratos en los que concurren objetivos asistenciales perseguidos por la Administración: contratos celebrados por trabajadores desempleados en virtud de convenios concertados por entidades públicas (el Estado, Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas) con el INEM para la realización de obras y servicios de interés general y social; contratos de empleo rural en determinadas zonas geográficas; y contratos de colaboración social con las Administraciones Públicas desempeñados por desempleados perceptores de prestaciones por desempleo, regulados estos últimos por el Real Decreto 1445/1982 de 25 de Junio sobre medidas de fomento del empleo, cuyo Capítulo V subsiste para regular estos contratos.

El tercer grupo lo forma el contrato a tiempo parcial, regulado por el Real Decreto 1991/1984, que si bien se presume concertado por tiempo indefinido, también puede serlo por tiempo determinado en cualquiera de las modalidades de contratación temporal permitidas (art. 3.2). La distribución del tiempo de trabajo se basaba en un determinado número de horas al día o a la semana, pero el art. 12.4 ET admitía que por convenio colectivo pudiera transformarse voluntariamente un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial.

La contratación temporal a tiempo parcial se ha desarrollado cuantitativamente durante los últimos años especialmente entre los desempleados juveniles y las mujeres, que forzosamente han de aceptarlo a falta de otras ocupaciones más satisfactorias.

El art. 12 ET reguló por primera vez de manera expresa en el ordenamiento español el trabajo a tiempo parcial. La redacción del Estatuto de 1980 configuraba el trabajo a tiempo parcial como una medida de fomento del empleo; la reforma de 1984 impulsó esta figura como una modalidad más de contratación temporal, dando al empresario mayores facilidades para su utilización. Así, quedó derogada la Disposición Transitoria tercera ET que limitaba la contratación a tiempo parcial a determinados grupos de trabajadores (perceptores de prestación por desempleo, agrarios que hubieran quedado en desempleo, jóvenes menores de 25 años y quienes hubieran

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

agotado la prestación de desempleo y continuaran en situación de desempleados), por lo que actualmente se puede contratar a cualquier trabajador; también cabe ahora la posibilidad de convertir un contrato a tiempo total en un contrato a tiempo parcial conforme a lo previsto por el convenio colectivo (arts. 12.4 ET y 6 del Real Decreto 1991/1984).

Entre los aspectos de flexibilidad que ofrece la regulación legal de los contratos a tiempo parcial destacan: 1º.- La inexistencia de un límite de porcentaje de los trabajadores de una empresa contratados a tiempo parcial, por lo que la totalidad de los trabajadores pueden encontrarse contratados de esa manera. 2º.- No hay normas que establezcan la preferencia de los trabajadores contratados a tiempo parcial para ser contratados por su empresa a tiempo total.

Entre los elementos de rigidez son reseñables: 1º.- La misma definición legal del contrato a tiempo parcial, no permitiendo que el cálculo de la duración del tiempo sea en cómputo anual, ni admitiendo que exista una distribución irregular de la duración del trabajo ni el cálculo del tiempo por semanas de trabajo. Siendo una normativa de Derecho necesario, no es posible que colectivamente se negocie sobre las alternativas mencionadas. 2º.- El silencio legal en relación a la incidencia de los trabajadores a tiempo parcial en el cómputo de la plantilla de la empresa; la posible aplicación analógica del art. 72 ET (sobre procedimiento electoral) pudiera suplir en el ordenamiento español la regulación expresa que en otros países se hace de la limitación de la incidencia de los contratados a tiempo parcial en el cómputo del personal de la empresa.

El segundo elemento de rigidez reseñado subsiste en la actualidad, pero no el primero, según se va a indicar a continuación.

En efecto, el Real Decreto-Ley 18/1993 de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación (Desarrollado por el Real Decreto 2317/1993, de 29 de Diciembre, por el que se desarrollan los contratos en prácticas, y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial) ha derogado el art. 12.ET y ha dado una regulación más flexible al contrato a tiempo parcial, siendo destacables las siguientes novedades: 1ª.- Existirá contrato a tiempo parcial cuando el trabajador preste servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trate en dichos períodos de tiempo. En consecuencia el cómputo temporal no sólo puede ser diario o semanal, como en la regulación estatutaria, sino también mensual o anual; además, la reducción del tiempo de trabajo no cuenta con un concreto porcentaje

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

(inferior a los dos tercios en la regulación precedente) sino que es válida cualquier reducción respecto a la jornada habitual para que el contrato lo sea a tiempo parcial. 2º.- Se admite expresamente que el contrato a tiempo parcial se concierte por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos previstos en el art. 15 ET. 3º.- Cuando la prestación efectiva de servicios sea inferior a 12 horas a la semana o 48 al mes, la protección social sólo incluirá las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes y Fondo de Garantía Salarial. Por lo tanto quedan excluidas, así como la correspondiente obligación de cotizar, las contingencias comunes y el desempleo.

Por otra parte, el art. 4 del Real Decreto-Ley 18/1993 amplía la figura del contrato a tiempo parcial al incluir en la misma a los contratos en los que, además de prestarse servicios durante un número de horas inferior al habitual, la actividad es fija y periódica, lo que para los contratos a jornada completa ya se encontraba regulado por los arts. 11 y siguientes del Real Decreto 2104/1984 (que el Real Decreto 2317/1993 ha derogado), de los que aquel Real Decreto-Ley ha tomado buena parte de su contenido sobre este punto. Las características son: 1º.- Se presumirá concertado por tiempo indefinido el contrato a tiempo parcial suscrito con el objeto de realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Ello constituye una excepción a la posibilidad, ya reseñada, de que el contrato a tiempo parcial se concierte por duración determinada. 2º.- Si esos trabajos son de carácter fijo discontinuo y no se repiten en fechas ciertas, sino que dependen de factores estacionales, los convenios colectivos establecerán el orden y la forma de llamamiento. 3º.- La falta de llamamiento facultará al trabajador para reclamar por despido, iniciándose el plazo desde el momento que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

Un cuarto grupo, heterogéneo en relación a los precedentes, lo forman aquellos contratos que persiguen el mantenimiento del modelo clásico de estabilidad y tiempo completo mediante subvenciones, bonificaciones y reducciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social: trabajadores minusválidos y trabajadores mayores de cuarenta y cinco años demandantes de empleo son los ejemplos más claros de colectivos contratados bajo aquel régimen. Pueden incorporarse al grupo las contrataciones económicamente subvencionadas que regula la Ley 22/1992 y la Orden de 6 de Agosto de 1992 ya comentadas.

Visto el panorama actual de la contratación temporal, pueden enumerarse algunas

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

apreciaciones calificadoras del régimen legal vigente sobre la materia. Sin ánimo de reiterar las ideas expuestas hasta este momento, pueden afirmarse que la extravagancia de la contratación temporal como excepción a la contratación indefinida a tiempo completo ha pasado a convertirse en la regla general, diversificando sus formas y avasallando cuantitativamente el mercado laboral, que a su vez se ha visto influenciado por otras formas de trabajo en precario cuales son el contrato a domicilio y el de los trabajadores fijos discontinuos. Por otra parte, los elementos proteccionistas que se manifiestan sobre todo en los criterios de conversión en indefinidos de los contratos temporales cuentan con importantes excepciones cuando se trata de aplicarlos a la Administración Pública, al considerar la Jurisprudencia que lo contrario afectaría los principios de mérito y capacidad que informan el acceso a los puestos de la función pública, cuestión ésta que se comentará en su momento. Y también se comentará más adelante otro factor flexibilizador de la contratación laboral que coadyuva con la contratación temporal: las relaciones laborales especiales.

El encaje del resultado final de la evolución descrita en el apartado anterior dentro de alguna de las líneas de flexibilidad laboral que viene elaborando la doctrina (desregulación, flexibilidad inspirada en el liberalismo colectivo y flexibilidad de adaptación a la crisis) debiera ser en el segundo de los mencionados, es decir, en el modelo conforme al cual la reducción del proteccionismo y el correlativo incremento de las facultades empresariales se compensa a través del reforzamiento de los órganos de representación colectiva de los trabajadores con el fin de que éstos negocien las condiciones de trabajo con las empresas sin contar con el beneficio de un alto número de mínimos legales, por lo que el proceso flexibilizador va más allá de una mera adaptación a la crisis⁽²⁰⁾. Efectivamente, la presencia, consolidación y desarrollo de la contratación temporal durante los últimos doce años aproximadamente indica su carácter permanente. Las limitaciones legales, en gran medida aligeradas paulatinamente, destierran la idea de la transitoriedad. Ello lo confirma otras regulaciones de materias que contribuyen a revisar definitivamente el principio de estabilidad en el empleo así como una interpretación jurisprudencial no restrictiva de las nuevas formas de contratación. Frente a ello, completando el régimen vigente, normas internas, inspiradas habitualmente en otras de origen internacional, potencian los órganos de representación colectiva de los trabajadores y la acción sindical, especialmente: la Constitución (arts. 7, 28 y 37), el Estatuto de los Trabajadores (Títulos II, III y Disposición Adicional Sexta),

(20) A. MARTÍN VALVERDE: "El Derecho del trabajo de la crisis en España". Revista española de Derecho del Trabajo, nº 26 (1986), págs. 177-178.

la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de Agosto de Libertad Sindical y la Ley 9/1987 de 12 de Mayo de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

4. CRÍTICA A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL, ESPECIALMENTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Se ha dicho reiteradamente hasta este momento que la característica más relevante y común a todas las formas de contratación temporal vigentes es la inestabilidad en el empleo. Partiendo de esta idea, la contratación temporal ha recibido numerosas críticas que en realidad resultan de difícil encaje en aquel concepto que, por manido, llega a parecer obsesivo, siendo lo cierto que la inestabilidad es sinónimo de carencia de continuidad en el puesto de trabajo, lo cual es la consecuencia lógica e inevitable de todo contrato temporal. Posiblemente lo que alarma a los críticos de esas modalidades contractuales sea que, si bien su potenciación ha sido generalizada en todos los ordenamientos de los países occidentales, en España ha sido más amplia y en menor tiempo, debido a la fuerte carga de rigideces proteccionistas provenientes de escasos años antes; no obstante, es indiscutible que el contenido y variedad de los nuevos tipos ha acabado con la efectividad del teórico predominio del contrato indefinido como pilar de la contratación laboral. Ha contribuido a conformar la situación actual, por una parte, el alto porcentaje de contratos indefinidos vigentes en el momento de aparecer la crisis económica (lo que generó un gran contraste en comparación con la evolución subsiguiente, que hubiera tenido efectos menores si inicialmente la contratación temporal hubiera sido mayor), y de otra parte, el hecho de hacer recaer en la contratación temporal el esfuerzo más importante para la creación de empleo en lugar de utilizar otras medidas económicas. En cualquier caso, la conclusión es clara: el cambio legislativo habido desde 1980 marca el paso desde la rigidez a la flexibilidad y desde el proteccionismo al crecimiento de las facultades de contratación de los empresarios.

Frente a este estado de cosas, quienes critican esa evolución argumentan que no existen datos fiables que acrediten la proporción de creación de empleo generada por la contratación temporal e indican que los propios empresarios consideran insuficientes las medidas tomadas hasta el momento para incrementar debidamente los niveles de competitividad de las empresas. Esta contradicción, que muestra una contratación temporal cuyos efectos beneficiosos no terminan de

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

concretarse y una parcial insatisfacción de la parte teóricamente más beneficiada por la nueva regulación contractual -los empresarios-, puede hacer pensar que el verdadero resultado es la mera eliminación de efectividad del contrato indefinido sin haber alcanzado, como contraprestación, otros objetivos, o lo que es igual, que ni aún a costa de los medios se ha logrado plenamente el fin.

Por otra parte, pudiera entenderse que la legislación actual choca con la función que históricamente ha cumplido el Derecho del Trabajo y que la Constitución ampara⁽²¹⁾. La inestabilidad en el empleo subsiguiente a un período de predominio del contrato indefinido pudiera vulnerar el mandato del art. 9.2 de la Constitución: *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas"*. En el caso, la contratación temporal vendría a introducir un desequilibrio en perjuicio de la parte trabajadora que históricamente ha sido calificada como la más débil de la relación laboral. Esta función histórica del Derecho del Trabajo ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional que en la sentencia 3/1983 de 25 de Enero destacaba en el fundamento de Derecho Tercero: *"el específico carácter del Derecho Laboral, en virtud del cual se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales"*. Añade la misma resolución: *"Estas ideas encuentran expresa consagración en el art. 9.2 de la Constitución cuando impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado de principio de igualdad acorde con la definición del art. 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de derecho, por lo que, en definitiva, se ajusta a la Constitución la finalidad tutelativa o compensadora del Derecho Laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador"*.

Se propugna que la desigualdad formal sirva para alcanzar una igualdad sustancial que supere la situación de inferioridad en la que se encuentra el trabajador. El Tribunal Constitucional

(21) I. GARCÍA-PERROTE ESCARTIN y G. TUDELA CAMBRONERO: "El Derecho del Trabajo ante la crisis y la crítica". Revista de Trabajo., nº 92 (1988), pág. 23.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

aborda una vez más una cuestión cuyo desarrollo conduciría a valoraciones siempre controvertidas sobre la función del Derecho del Trabajo, su prestigio y la confianza que en su aplicación tienen las empresas y los trabajadores; la teoría del Alto Tribunal no es nueva, como tampoco lo es la carencia a su alrededor de otros factores que influyen para que esa teoría no parta de presupuestos erróneos, tales como la situación económica general, los costos sociales para las empresas, la presión fiscal sobre estas últimas, la reducción o desaparición del beneficio legítimo compensador del riesgo empresarial, el poder de los trabajadores en cada centro de trabajo ejercido a través de los órganos de representación, los amplios derechos que al margen de la contratación temporal el ordenamiento reconoce a los trabajadores, etc. Ninguna disposición general sobre contratación temporal ha sido declarada inconstitucional, lo que indica que la libertad e igualdad, para todos los grupos e individuos y no para unos en particular, no se consigue en el ámbito laboral exclusivamente a través de la contratación indefinida si ésta resulta ser en la práctica inviable y, por consiguiente, más perniciosa que la temporal.

También se ha dicho que la contratación temporal restringe e incluso impide el derecho a la promoción profesional que establecen los arts. 35.1 de la Constitución y 4.2 b) y 22 ET, no por la regulación en sí de aquellos contratos sino por su limitación temporal de vigencia.

Así mismo, los trabajadores temporales, preocupados por la prórroga hasta el límite legal de sus contratos o por la conversión de éstos en indefinidos, pierden la conciencia sindical, se inhiben de la acción de los sindicatos y fragmentan ésta última, con lo que se debilitan las defensas colectivas de los trabajadores y se incrementa el poder empresarial.

A diferencia de otros países europeos, la legislación no delega en la negociación colectiva la regulación de los mecanismos de la contratación temporal sino que hace un ofrecimiento directo a los empleadores para que éstos opten por la modalidad más acorde con sus intereses de necesidad de mano de obra para atender una concreta contingencia productiva, con lo que es la autonomía individual, y no la colectiva, la fuente por excelencia de la fijación de las condiciones de trabajo de estas relaciones laborales atípicas. A ello se suma tanto el escaso interés de los sindicatos por abordar en la negociación colectiva la regulación de la contratación temporal en aquello que sea susceptible de pacto, como la negativa empresarial a incorporar a los acuerdos colectivos cualquier límite a las facultades que sobre esa materia le concede la legislación.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Finalmente se critica a la contratación temporal la merma que origina en el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, basadas en el principio contributivo, ya que la actividad laboral breve en el tiempo o intermitente impide al interesado computar el período de cadencia suficiente para acceder a determinadas pensiones vitalicias (invalidéz, jubilación, etc.).

Todas estas censuras que inciden en los arts. 35.1, 28.1, 37.1 y 41 de la Constitución han hecho concluir a algunos autores que la contratación temporal no busca la ayuda a determinados grupos de desempleados sino que proporciona a las empresas un medio para, a costa del empleo, superar la crisis económica⁽²²⁾. Esta conclusión es simplista y parece ignorar, no se sabe si conscientemente o por una limitación de miras, los distintos elementos que componen la complejidad del asunto y que han quedado reseñados con ocasión de comentar la aplicación al caso que del art. 9.2 de la Constitución ha mantenido el Tribunal Constitucional, y que vienen desarrollándose a lo largo de esta exposición.

Lo que sí ha ocurrido es que el Derecho del Trabajo ha dejado de ser un cuerpo compacto y se ha fragmentado en una diversidad de niveles o grados de protección, abandonando la sólida función tuitiva que le ha caracterizado y ha pasado a interesarse más por la economía de mercado (art. 38 de la Constitución), la productividad (igual precepto constitucional) y las necesidades empresariales en general. El mercado de trabajo se caracteriza ahora por un dinamismo de la mano de obra y una diversificación de las ofertas y condiciones de trabajo; ahora bien, ello no ha logrado todavía acabar o reducir notablemente la desocupación, hacer desaparecer los desequilibrios ocupacionales entre los distintos sectores de la producción y aflorar la economía sumergida. Por su parte, los sindicatos han de reconocer la crisis de representatividad que produce la masiva contratación temporal y parecen aquietarse, posiblemente convencidos de su imprescindibilidad, a las nuevas formas, que tampoco constituyen una materia habitualmente objeto de negociación colectiva. Los trabajadores temporales lógicamente no muestran gran interés por participar de la acción sindical promovida por organizaciones a las que no consideran plenamente representativas de sus intereses, al tiempo que son conscientes de la desigual posición que en las empresas ocupan respecto a los contratados indefinidamente.

(22) S. GONZALEZ ORTEGA: "Notas acerca del Real Decreto 3887/1982, de 29 de Diciembre, sobre contratación temporal como medida de fomento de empleo". En "II Jornadas Hispano-Luso-Brasileña del Derecho del Trabajo". MTSS, Madrid 1985, pág. 205.

Todos esos efectos son previsibles y tolerables si se tiene presente la transcendencia de los cambios operados durante los últimos años. Esos cambios no han sido caprichosos sino inevitables. Se podrán criticar puntos concretos o el alcance cualitativo de las reformas en comparación a la potenciación que pueda hacerse de otros instrumentos combativos de la crisis, pero no las reformas en sí mismas, máxime cuando lo mismo han hecho países del entorno económico.

5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL.

La contratación temporal constituye el origen de un altísimo número de procedimientos judiciales. La variedad de las circunstancias fácticas concurrentes en cada caso hace difícil elaborar criterios jurisprudenciales completamente consolidados y que abarquen la totalidad de los aspectos de dicha clase de contratación. Seguidamente se van a exponer los criterios más uniformes, siempre con algunas líneas que siguen una opinión opuesta, sobre los puntos más controvertidos, sin pretender hacer un sondeo exhaustivo que la naturaleza de la materia haría extenuante y, además, probablemente incompleto. Sin duda el relato será poco ameno, pero su interés impone su presencia, por lo que, al menos, se tratará que la reseña no sea farragosa y sí meramente ejemplificativa del grado de contribución de la Jurisprudencia a la flexibilidad.

5.1 La temporalidad en el contrato de trabajo.

Numerosas sentencias han hecho consideraciones generales sobre la contratación temporal con ocasión de resolver algún conflicto sobre ello, centrándose en las posibilidades varias que la legislación ofrece a las empresas. La sentencia de 26 de Septiembre de 1987 TS hace hincapié en su carácter excepcional y la limita a los casos *"especificados en su texto, exigentes todos de una razón de ser que justifique dicha temporalidad"*, por lo que sólo en los casos que enumera el art. 15 ET es admisible su uso. Esta inclinación por la preponderancia de la estabilidad en el empleo a través de los contratos indefinidos aparece también en la de 28 de Abril de 1987 TS -que sostiene que en caso de no justificar la causa de la temporalidad el contrato deviene indefinido, salvo que se acredite su naturaleza temporal- y otras del TCT.

Por el contrario, otras resoluciones fueron más acordes con el proceso de flexibilidad contractual desarrollado tras la promulgación del Estatuto de los Trabajadores. La sentencia de 1

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

de Octubre de 1985 TCT rechazó la aplicación de la norma reglamentaria correspondiente (Ordenanza de la Construcción de 28 de Agosto de 1970) por estar prevista para una época en la que *"los contratos con limitación temporal eran vistos con reluctancia"*, pero la crisis económica hizo aparecer contratos temporales para fomento del empleo, que han de prevalecer sobre las antiguas normas más protectoras, pero contraproducentes en la actual situación. Otras sentencias incluso llegan a admitir la temporalidad sin necesidad de acreditación especial, bastando que las partes dejen constancia de la voluntad de acogerse a normas coyunturales de empleo (8 de Enero y 20 de Marzo de 1985 TCT), o que el objeto del contrato sea temporal bien por la naturaleza de la actividad o bien porque se celebre en el ámbito de un convenio de colaboración temporal entre distintas Administraciones Públicas (27 de Marzo y 16 de Abril de 1985 TS).

5. 2 Ámbito de cada modalidad de contrato.

Se trata en este momento de ver el alcance que la Jurisprudencia ha dado a cada modalidad contractual, esto es, las posibilidades de uso de cada una, con el fin de conocer cuál es el aplicable conforme el objeto del mismo.

El contrato para obra o servicio determinado sirve para llevar a cabo una *"actividad proyectada a una obra en concreto, es decir para un trabajo específico"* (14 de Febrero de 1985 TS), con independencia del sector de actividad de que se trate y aunque esa modalidad no esté prevista en la correspondiente norma sectorial (16 de octubre de 1985 TCT). Por consiguiente, estos contratos no son válidos para realizar trabajos normales y permanentes de la empresa (26 de Septiembre de 1985 TS), pero sí lo son para atender actividades que forman parte del ciclo productivo de la empresa y que estén perfectamente delimitados, como ocurre con ciertos programas televisivos o fases de un programa (16 de Octubre de 1985 TCT). Estos contratos también se han admitido en tareas de mantenimiento (29 de Septiembre de 1985 TCT), para atender un concreto servicio en el extranjero (28 de Septiembre de 1987 TS), y para atender el servicio de comedor durante la instalación en una empresa (16 de Mayo de 1985 TS).

El contrato para fomento del empleo tiene como característica esencial el servir tanto para trabajos permanentes como temporales (21 de Abril de 1987 TCT, entre otras muchas). Su finalidad primordial es sencillamente *"propiciar una política de empleo y facilitar colocaciones"* (8 de Abril de 1986 TS), que se enmarca en las medidas de fomento del empleo de signo

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

coyuntural que se unen a las medidas contra el desempleo estructural (9 de Febrero de 1987 TS). Su validez no precisa de otra condición que la voluntad de las partes de concertarlo (18 de Marzo de 1988 TS); basta que las partes manifiesten su voluntad de ampararse en una norma coyuntural de fomento del empleo (16 de Febrero de 1988 TCT).

Respecto a los contratos en prácticas y para la formación no abundan los pronunciamientos judiciales sobre el alcance de los mismos, excepto la novedosa línea jurisprudencial que se dirá, siendo lo más usual que las resoluciones recaigan sobre la suficiencia del título acreditado por el trabajador para determinar la validez del contrato, sosteniéndose que no es válido el contrato en prácticas si el título que se ostenta no encaja en el supuesto legal (28 de Enero de 1985 TCT), o si el contrato se suscribe después de transcurridos cuatro años desde la obtención del título, en cuyo caso sería una relación laboral ordinaria (3 de Noviembre de 1988 TCT). La novedad más destacable de los últimos años antes anunciada es la exclusión de los contratos en prácticas para los vigilantes jurados de seguridad porque el título no responde a unos estudios previos de carácter teórico sino que constituye una autorización administrativa para ejercer la profesión (7 de Febrero y 26 de Marzo de 1990, 13 y 14 de Mayo de 1992 TS); el asunto es merecedor de un examen profundo y jurídicamente muy interesante, pero desbordaría el objeto del presente estudio, por lo que baste la mera reseña.

En cuanto al contrato para la formación, se separa del de aprendizaje en la obligación empresarial de remunerar el trabajo en el primero de ellos (18 de Marzo de 1985 TCT) y en que un factor básico es la obligación de proporcionar al trabajador formación teórica y práctica (10 de Diciembre de 1985 TCT), aunque no es decisivo que la formación se preste en centros autorizados públicos, aunque así se hubiera pactado (26 de Febrero de 1987 TCT).

Los contratos de colaboración social son temporales por naturaleza, puesto que la prestación por desempleo es temporal (19 de Febrero de 1987 TCT). Es un contrato en el que se atenúa la libertad de contratación, la voluntariedad de la prestación y la libertad de las partes en la fijación de la retribución, tal y como todo ello se desprende el art. 38 del Real Decreto 1445/1982.

5.3 Criterios de distinción entre las diferentes modalidades.

El contrato para obra o servicio determinado se distingue del contrato temporal en que si las partes han concertado un contrato para la realización de una obra o servicio, aunque se haya fijado un término final del contrato, éste será para obra o servicio pues el término se deberá a la incertidumbre de la fecha de terminación de la obra o el servicio (15 de Noviembre de 1985 y 3 de Febrero de 1988 TS), o por el hecho de fijar un plazo orientativo que no desvirtúa la voluntad de las partes de mantener la vigencia del contrato hasta que concluya la obra (21 de Enero de 1988 TS). Por otra parte, el contrato para obra se distingue del contrato para trabajadores fijos discontinuos en que es aplicable el primero si el contrato es para acontecimientos independientes entre sí, aunque se reiteren en el tiempo (21 de Enero de 1986 TCT). Finalmente, la mano de obra para la realización de una obra determinada puede contratarse mediante la modalidad para lanzamiento de nueva actividad si se cumplen los requisitos legales para esta modalidad⁽²³⁾ (24 de Febrero de 1987 TCT).

Respecto a los contratos eventuales, pueden ser utilizados por las empresas que han de cubrir su plantilla mediante procedimientos reglamentarios de selección, cuando cuenten con alguna vacante (10 de Junio de 1986 TS y 15 de Septiembre de 1987 TCT). Si se trata de sustituir a trabajadores durante el período de vacaciones, ha de acudirse al contrato de interinidad y si éste se concierta por tiempo determinado se prolongará hasta el momento final previsto aunque el trabajador sustituido regrese anticipadamente a su puesto. Si el objeto del contrato es sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto, el contrato habrá de ser de interinidad con independencia de la denominación que las partes le otorguen (8 de Abril de 1986 TS).

Suele resultar dificultoso separar los contratos para trabajos eventuales de los contratos para trabajos fijos de carácter discontinuo. Los contratos para fijos discontinuos pueden utilizarse para atender "*necesidades cíclicas y periódicas*" (1 de Diciembre de 1987 TCT), o para incrementos de trabajo propios de cada temporada (16 de Enero de 1988 TCT), pero no para cuando se ha producido un incremento de actividad que no es cíclico (14 de Mayo de 1985 TCT). Por ello, los contratos de fijos discontinuos son válidos para los cultivos de temporada (26 de

(23) Respecto a la diferencia entre el contrato de interinidad y otros modos de sustitución de trabajadores, G. BARREIRO GONZALEZ: "La sustitución del trabajador con derecho de reserva". Civitas, Madrid 1986, págs. 76 y ss.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Noviembre de 1985 TCT) o la limpieza de un centro escolar en cada curso (2 de Julio de 1985 TCT). Por el contrario, el contrato eventual es adecuado para atender servicios circunstanciales (7 de Marzo de 1985 TS), para cargas de trabajo transitorias (20 de Enero de 1988 TCT), o un aumento de trabajo imprevisto (30 de Octubre de 1985 TCT). Finalmente debe tenerse presente que la sucesiva contratación eventual o para fomento del empleo (dentro de los límites legales temporales) no conlleva la conversión del contrato en fijo de carácter discontinuo (23 de Marzo de 1988 TS).

5. 4 La relevancia de los requisitos formales.

La observancia de determinados requisitos formales exigidos por las normas generales y por las especiales que regulan cada modalidad contractual suele ser precisa no para el nacimiento del contrato sino para que éste posea el carácter que pretenden las partes, es decir, que no sea un contrato ordinario, excepto cuando la naturaleza del contrato evidencia la temporalidad del mismo, en cuyo caso prevalece esta circunstancia.

El art. 8.2 ET impone la forma escrita para la mayoría de los contratos no ordinarios. Sin embargo, la carencia de forma escrita no convierte el contrato en indefinido si el trabajo contratado es de carácter temporal (7 de Marzo de 1988 TS y 2 y 8 de Octubre de 1985 TCT), ya que esa forma no es "*ad solemnitatem*" ni en la fórmula que establece el art. 8.2 ET (29 de Enero de 1985 TCT) con carácter general ni cuando se trata de concretas modalidades de contrato, cuales son el de obra o servicio determinado (6 de Octubre de 1986 TS), interinidad (19 de Julio de 1985 TS), o el trabajo a domicilio (13 de Febrero de 1985 TCT). Respecto a este último, no afecta a su validez como tal la carencia de forma escrita, el visado y el documento de control (estos últimos exigidos por el art. 13 ET) pese a que las peculiares circunstancias en que se desarrolla justifiquen esos requisitos (17 de Febrero de 1987 TCT). Otras sentencias (6 de diciembre de 1985 y 9 de Septiembre de 1986 TS) sostienen por el contrario el carácter "*ad solemnitatem*" de la forma escrita en los contratos que así se imponga por la Ley. En general, no pierde la naturaleza propia y el alcance temporal el contrato que no se formalice en modelo oficial (13 de Diciembre de 1987 TS), o si se utilizare un modelo de contratación temporal coyuntural que estuviera previsto en una norma derogada o sustituida por otra posterior (9 de Julio de 1985 TCT).

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

En cuanto a la omisión de trámites relacionados con la oficina de empleo (por ejemplo, la inscripción previa del trabajador), pueden ser objeto de sanciones administrativas, pero no convierten el contrato en ordinario o indefinido (8 de Julio de 1987 TS). También, es mera infracción administrativa el incumplimiento de los deberes de comunicación y registro del contrato en la oficina de empleo (5 de Noviembre de 1986 y 28 de Abril de 1987 TCT), y lo mismo en caso de falta de comunicación de la prórroga del contrato (20 de Abril de 1985 TCT). En consecuencia, ni el registro ni la comunicación del contrato a la oficina de empleo tienen efecto constitutivo sobre la naturaleza temporal del contrato (17 de Diciembre de 1985 TS).

5. 5 La relevancia de los requisitos materiales o de fondo.

El problema radica ahora en examinar los pronunciamientos judiciales sobre la adecuación entre el trabajo contratado y la modalidad contractual elegida⁽²⁴⁾.

La temporalidad deviene ineficaz si no se precisa el concreto modelo de contrato temporal utilizado, ya que *"sin sujeción clara y debidamente explicitada a las disposiciones especiales que regulan la contratación temporal la relación laboral nacida ha de tenerse por tiempo indefinido"* (13 de Septiembre de 1988 TS). La temporalidad no genera efectos cuando no se menciona la causa legal y objetiva a la que responde (9 de Junio de 1988 TS y 18 de Septiembre de 1985 TCT), cuando no se cita la disposición legal a la que se acoge (3 de Mayo de 1985 y 20 de Enero de 1988 TCT) o cuando el contrato suscrito por las parte, y no tipificado, no es encuadrable en alguna de las modalidades previstas por la Ley (4 de Diciembre de 1986 TCT). Por el contrario, si el contrato se celebra al amparo de la legislación vigente y conforme a las reglas aplicables al caso, no hay motivo para invalidar la cláusula de temporalidad (30 de Septiembre de 1986 TS).

Cualquier vulneración de las normas sobre contratación temporal no convierten el contrato en indefinido sino solamente cuando así esté previsto expresamente (14 de Julio de 1986 TS). Estos problemas han surgido normalmente en la contratación para fomento del empleo no sólo por causas como la antigua limitación porcentual de plantilla cubierta de esa manera sino porque

(24) Sobre esta materia versan, entre otros muchos, J. MUÑOZ CAMPOS: "Los contratos temporales en el reformado Estatuto de los Trabajadores" y M. RODRIGUEZ PINERO: "Las modalidades de contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores reformado. Ambos en Relaciones Laborales, tomo 1985-I, 97 y ss. y 133 y ss., respectivamente.

la ausencia de una causa objetiva justificadora de la contratación se presta a que los trabajadores fijos sean sustituidos por otros temporales. Por eso la Jurisprudencia ha sido en estos casos más estricta a la hora de poner las consecuencias de ciertas infracciones y ha declarado la nulidad de la cláusula de temporalidad tras la reiteración de contratos de este tipo para una misma plaza (13 de Junio de 1986 TCT), la reiteración de contratos en contra de lo estipulado en la norma (22 de Septiembre de 1986 TCT), la celebración del contrato con el mismo trabajador previamente contratado y para cubrir la misma plaza (3 de Septiembre de 1985 y 30 de Septiembre de 1987 TCT), la contratación después de un despido improcedente y antes de transcurrir un año (13 de Septiembre de 1988 TCT), y la superación en la anterior normativa de las cuotas máximas de plantilla reservadas a la contratación para fomento del empleo (9 de Septiembre de 1986 TS y 15 de Abril de 1985 y 28 de enero de 1986 TCT). En cualquier caso, es este uno de los aspectos de los criterios de los Tribunales en que es difícil apreciar una línea clara porque las concretas circunstancias concurrentes en cada caso determinan el signo de la resolución.

Otro hecho que repercute en el mantenimiento del carácter temporal del contrato es el cumplimiento del deber empresarial de afiliar y dar de alta en la Seguridad Social al trabajador, lo cual también es una obligación general para toda clase de contrato. El art. 15.5 ET establece la conversión del contrato temporal en indefinido si se mantiene incumplida aquella obligación después de transcurrido un período igual o superior al de prueba, salvo que se acredite la naturaleza temporal de los trabajos contratados. La inobservancia de esta norma ha conducido a la declaración judicial de conversión del contrato en indefinido (9 de Septiembre de 1986 TS y 22 de Noviembre de 1985 y 14 de Enero de 1988 TCT); otras veces se ha excluido este efecto si la obligación de alta se cumplió, aunque después de transcurrido el período de prueba (5 de Febrero de 1986 TCT).

5. 6 El fraude de ley y el abuso del derecho en la contratación temporal.

Posiblemente estas causas son las más utilizadas por los trabajadores contratados temporalmente para pretender convertir su contrato en indefinido, normalmente al amparo del fraude de ley con el que se intenta demostrar que la naturaleza indefinida del contrato se ha

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

pretendido enmascarar bajo cualquier forma de temporalidad⁽²⁵⁾. El argumento encuentra su apoyo en el art. 15.7 ET: *"Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley"*. El problema radica en demostrar, con cargo al trabajador, que se han dado las circunstancias de hecho que permitan apreciar dicha conducta fraudulenta⁽²⁶⁾.

Entre las muchas sentencias que han abordado esta cuestión se encuentra la de 21 de Septiembre de 1987 TS que recuerda que el fraude de ley *"descansa básica y fundamentalmente en la existencia de una conducta con apariencia de licitud, que posibilite al amparo de una norma legal vigente, obtener un resultado o un beneficio, no debido ni pretendido por la norma legal a la que se acogió quien, con su conducta, procedió anómala e irregularmente"*. Esta resolución califica de fraude la celebración de un contrato temporal con un trabajador que tenía un contrato indefinido porque con ello la empresa eludiría las obligaciones propias de dicha condición. Según la sentencia de 7 de Noviembre de 1985 TS, el fraude puede entenderse como la conducta prohibida por la ley que se lleva a cabo mediante otra norma creada para fines distintos o simplemente como un acto cuyo resultado no es el querido por la norma de procedente aplicación y al que se llega mediante una norma cuya finalidad es distinta. El fin prohibido es normalmente el perjuicio a los derechos de los trabajadores y su estabilidad en el empleo (11 de Febrero de 1986 TCT).

El fraude no se presume fuera de los casos en los que la ley lo prevé expresamente (7 de Enero de 1987 TCT) y su existencia ha de probarse cumplidamente (13 de Diciembre de 1987 TS y 16 de Noviembre de 1988 TCT). En algunas ocasiones el fraude viene dado por la necesaria contribución de quien reclama su apreciación, pues al haber actuado de mala fe tomó parte en el mismo y no podrá beneficiarse de la pretensión que formule en contra del acto en cuya ejecución colaboró (14 de Julio de 1987 TS). La buena fe impide que lo que se concertó como temporal se convierta en indefinido, máxime si las partes no mostraron su voluntad en este último sentido o cuando no se dan las circunstancias previstas por la ley para esa transformación (12 de Febrero de 1986 TS).

(25) M. ALONSO OLEA y M^a E. SALAS BAHAMONDE: "Derecho del Trabajo". Madrid (Universidad Complutense), 1987, págs. 209-211.

(26) R. MARTINEZ EMPERADOR: "Estabilidad en el empleo...". Obra citada, págs. 138-139.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Son numerosos los supuestos en los que se puede apreciar fraude de ley y uno de los más conocidos es el caso de la sucesiva celebración de contratos temporales en cadena sin causa aparente que lo justifique (21 de Abril de 1988 TS), frente a lo que se ha reaccionado con dureza en razón a los perjuicios que, por inestabilidad, crea al trabajador (21 de Abril de 1987 TCT). Ahora bien, no se ha apreciado una conducta fraudulenta cuando no ha habido encadenamiento de contratos sino una sucesión de unos respecto a otros seguidos en el tiempo y sin que medie ruptura alguna (21 de Abril de 1988 TS citada y 21 de Marzo de 1985 TCT). Tampoco hay fraude cuando se celebran sucesivos contratos de interinidad con un trabajador para cubrir sucesivas vacantes en la empresa (9 de Abril de 1985 TCT, en la que se dice que ello sólo demuestra que la trabajadora reunía las necesarias condiciones personales para realizar suplencias). Tampoco hay fraude cuando se conciertan sucesivos contratos de fomento del empleo dentro del plazo máximo establecido por la Ley (9 de Julio de 1985 TCT).

También es fraudulenta la contratación temporal de un trabajador que ha adquirido la condición de fijo (7 de Mayo, 18 de Junio, 2 de Julio y 27 de Noviembre de 1985 TCT), porque atenta a la estabilidad en el empleo y representa una renuncia de derechos por parte del trabajador (11 de Febrero de 1986 TCT). Es fraudulenta así mismo la introducción de una cláusula de temporalidad tras la reincorporación a la empresa de un trabajador excedente que tenía la condición de fijo, o tras la readmisión del trabajador despedido improcedentemente, o tras la adquisición por el trabajador del carácter de fijo discontinuo (22 de Mayo de 1985, 5 de Abril de 1988 y 2 de Julio de 1987 TCT, respectivamente).

Para supuestos más específicos, los Tribunales han declarado que la celebración sucesiva de contratos para obra o servicio determinado no es fraudulenta si corresponde a distintas fases debidamente delimitadas de una misma obra (16 de Octubre de 1985 TCT). En cambio lo será la dedicación del trabajador a obras o trabajos distintos de los que constituyan el objeto del contrato (16 de Abril de 1986 TCT), aunque algunos convenios colectivos, en clara línea de flexibilización, admiten que la empresa pueda destinar al trabajador a una obra distinta para la que fue contratado, durante un determinado número de días laborales limitados, sin que por ello se produzca repercusión alguna en la naturaleza del contrato. Tampoco existe fraude cuando en los contratos de interinidad se produce un error en la fecha del cese ni cuando éste se produce unos días antes de la reincorporación del trabajador sustituido (8 de Abril de 1986 TS).

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Mayor dificultad existe para apreciar una conducta fraudulenta en los contratos para fomento del empleo, porque pueden concertarse para atender trabajos permanentes de las empresas y se admite su celebración sucesiva dentro del límite legal. Por ello, no hay fraude si al trabajador se le encomiendan labores normales de la empresa ya que, a diferencia de otros contratos temporales, aquí la temporalidad no tiene relación con el trabajo (11 de Noviembre de 1985 TS y 21 de Abril de 1987 TCT).

5.7 La prórroga de los contratos temporales.

La característica esencial de estos contratos es que su duración se encuentra previamente determinada, bien de forma directa (fijación de un plazo máximo o de una fecha concreta), bien de forma indirecta (finalización de la obra o servicio, reincorporación del trabajador sustituido, conclusión del período de lanzamiento de la nueva actividad). La duración no plantea en principio grandes problemas, pero sí en cambio las prórrogas, la continuidad de la prestación laboral más allá del límite fijado legal o convencionalmente y el reconocimiento legal o pactado del derecho del trabajador a quedar adscrito a la plantilla de la empresa. Se va a exponer a continuación el primero de estos problemas.

La prórroga de algunos contratos temporales, expresa o tácita, está prevista tanto en la regulación general (art. 15.3 ET) como en la normativa particular de cada modalidad que así lo establezca. Por eso la prórroga no es en principio ilegítima ni constitutiva de fraude de ley (14 de Enero de 1988 TS); es válida cuando se adecúa a la norma que así lo permita (8 de Julio de 1985 TS); y ha sido considerada como beneficiosa para el trabajador porque conlleva la prolongación del contrato y la ocupación laboral en momentos de gran desempleo (16 de Octubre de 1985 TS).

La prórroga puede acordarse en cualquier momento de la vigencia del contrato, ya que no es preciso que se espere al último día del plazo inicialmente pactado (24 de Septiembre de 1985 TCT). El retraso de la firma de la prórroga, por descuido o simple irregularidad, después de finalizado el período último de vigencia del contrato, no convierte la relación en indefinida (21 de Febrero de 1987 TS). La oportuna decisión de prorrogar el contrato sirve para regularizar su duración si inicialmente se pactó un período de vigencia inferior al mínimo legal (8 de Enero de 1985 TCT). En general, la admisión de la prórroga significa que pueden acordarse todas las que las partes quieran siempre que cada prórroga no sea de duración inferior al mínimo legal y que

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

la duración acumulada del contrato no supere el máximo legal (23 de Abril de 1985 y 29 de Septiembre de 1986 TS).

5. 8 La continuación del trabajo tras la conclusión del período pactado.

Como regla general, se entiende que la omisión de la denuncia llegado el final del período pactado, unido a la continuidad de la prestación laboral después de terminada la obra o llegada la fecha prevista de finalización del contrato, implica que éste se convierta en indefinido, a excepción de que se demuestre la naturaleza temporal de los trabajos. Así lo viene declarando la Jurisprudencia, que califica de improcedente el despido producido tras esa conversión (21 de Mayo de 1985 TCT).

No obstante lo dicho, dejando al margen los supuestos en los que se acredita la naturaleza temporal de los contratos, la continuidad de la prestación laboral no conduce necesariamente a la transformación del contrato en indefinido. En efecto, la conversión no se produce si la continuidad del trabajo se da por mera complacencia de la empresa o en contra de su voluntad, ya que es preciso que haya una concurrencia de consentimiento por ambas partes (14 de Julio de 1986 TS y 10 de Diciembre de 1985 TCT). Así mismo, la continuidad de la prestación durante unos días -7 por ejemplo- no conduce a ese resultado (18 de Junio de 1985 TCT), e igual conclusión cabe en el caso de que el contrato se prorrogue de hecho o tácitamente mientras se negocia una prórroga expresa (15 de Marzo de 1985 TCT).

En referencia a las específicas formas de contrato vigentes, las resoluciones judiciales son similares a las precedentemente reseñadas. Así, el contrato para obra no se convierte en indefinido si después de acabada la obra el trabajador realiza tareas complementarias, en tanto no se le contrate para una nueva obra (3 de Noviembre de 1988 TS); tampoco cuando el trabajador interino continúa trabajado unos días tras desaparecer la causa de la sustitución -8 ó 9 días- (16 de Abril de 1985 TCT); o cuando se supera el límite legal de los trabajos de colaboración social, que por naturaleza son temporales (16 de Mayo de 1988 TS).

Otras sentencias, en cambio, declaran el carácter indefinido del contrato a causa de continuar prestando servicios -un mes, quince días- después de concluida la obra para la que fue contratado (22 de Abril de 1985 y 13 de Octubre de 1988 TCT), o bien porque tras aquella

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

finalización, y denunciado el contrato, se encarguen al trabajador nuevas tareas (10 de Febrero de 1987 TS), o bien porque, tras la desaparición de la causa de la sustitución, el trabajador continúe en su puesto durante un período notable -cuatro meses- por carecer de justificación la falta de decisión empresarial extintiva (14 de Julio de 1987 TCT).

El reconocimiento de la condición de fijo no conlleva el derecho a percibir las diferencias salariales entre lo cobrado y lo que hubiera recibido de haber ostentado durante el período controvertido aquella condición, ya que los efectos del reconocimiento nacen desde la decisión judicial que así lo declara, careciendo de efectos retroactivos, salvo a efectos de la antigüedad del trabajador (7 de Diciembre de 1987 TS).

5. 9 El derecho a la permanencia en el trabajo.

Este derecho se encuentra reconocido expresamente por la regulación de alguna modalidad contractual⁽²⁷⁾, como ocurre con el contrato de interinidad cuando *"no se hubiera producido la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentario establecido"* (art. 4.2 d) del Real Decreto 2104/1984). En base a este precepto algunas sentencias (30 de Septiembre de 1988 y la reciente de 28 de Diciembre de 1992 y 28 de Enero de 1993 TS, estas últimas resolviendo recursos de casación para unificación de doctrina) han considerado que al trabajador le asiste el derecho a permanecer en el puesto cuando el trabajador sustituido pase a la situación de invalidez permanente y no sea ya posible su incorporación. Lo mismo se ha resuelto cuando el trabajador sustituido ha decidido no reincorporarse a su puesto, aunque en este caso la permanencia del trabajador tendrá el límite temporal del momento en que se produjera la cobertura reglamentaria de la plaza si ello fuera preceptivo (6 de Octubre de 1988 TS); esta cuestión se verá con más detenimiento con ocasión de tratar el tema de la contratación en la Administración Pública.

En otras ocasiones la adquisición de la condición de fijo está prevista en las normas sectoriales de cada modalidad, que generalmente ha aceptado la Jurisprudencia. Esas normas sectoriales suelen figurar en las Ordenanzas y Convenios Colectivos.

(27) G. BARREIRO GONZALEZ: "La sustitución del trabajador...". Obra citada, págs. 88 y ss.

5.10 La extinción de los contratos temporales.

Las causas de extinción de estos contratos son las que con carácter general establece la legislación para toda clase de contratos laborales; pero también existen otras causas específicas en la normativa particular de cada caso.

Se ha dicho que la expiración del tiempo pactado inicialmente o en las prórrogas así como la conclusión de la obra o el servicio marcan el momento de la extinción. En estos casos no se puede hablar de despido sino de cese o extinción contractual por dichas causas (21 de Enero de 1987 TCT). La conversión del contrato temporal en indefinido por cualquier causa legal o criterio jurisprudencial no significa que desde ese momento no puedan aplicarse al contrato las causas legales de despido (13 de Octubre de 1986 TS).

Los mayores problemas se presentan en los casos en que hay que calificar las causas alegadas al amparo de la regulación específica de cada modalidad contractual. En el apartado anterior se ha hecho referencia al derecho de permanencia en el puesto, relacionado con el derecho a obtener un pronunciamiento judicial favorable en respuesta a la reclamación subsiguiente a la decisión extintiva empresarial. Incidiendo en ello puede hacerse mención a que la reincorporación del trabajador sustituido produce como regla general la extinción del contrato de interinidad, aunque aquélla tenga lugar tres meses después de lo previsto debido a la ampliación del permiso inicialmente concedido al trabajador sustituido (14 de Octubre de 1987 TS), y lo mismo cabe decir cuando la sustitución se prolongó más allá del período de incapacidad laboral transitoria en razón a que seguidamente el sustituido pasó a la situación de invalidez provisional (1 de Marzo de 1988 TCT). Por otra parte, el contrato de interinidad está sujeto a condición resolutoria, por lo que la extinción del contrato del trabajador sustituido puede dar lugar a la extinción del contrato del trabajador sustituto (21 de Mayo de 1985 TCT).

Un problema peculiar es el de la situación de suspensión del contrato temporal en el momento en que llegue el final del período pactado de vigencia. Si la suspensión se ha producido como consecuencia del llamamiento del trabajador a filas, reiteradamente ha dicho la Jurisprudencia que la llegada del término justifica la extinción del contrato, aunque el trabajador se encuentre realizando el servicio militar (10 de Septiembre de 1986 TCT). En consecuencia, finalizada la causa de la suspensión, el trabajador no tiene derecho a reincorporarse a su puesto,

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

salvo que el contrato se hubiera transformado previamente en indefinido por alguna causa de las mencionadas en el apartado correspondiente o por la concurrente en el caso concreto (16 de Enero de 1985 y 6 de Septiembre de 1988 TCT). En el supuesto de que el trabajador pudiera reincorporarse tras la desaparición de la causa de suspensión, el contrato continuará hasta que llegue el tiempo que restaba para la finalización, es decir, durante el tiempo que originalmente estaba previsto que continuara en vigor (7 de Mayo de 1985 TCT).

No obstante lo dicho, el art. 13 del Real Decreto 1992/1984 dispone: *"La situación de incapacidad laboral transitoria que afecte al trabajador durante la vigencia de los contratos en prácticas o para la formación, así como el cumplimiento por parte del trabajador del servicio militar o de la prestación social sustitutoria del mismo, interrumpirá el cómputo de la duración del contrato, salvo que se acuerde expresamente lo contrario"*. Esta última posibilidad, escasamente utilizada en la práctica, sirve para evitar que, entre otros perjuicios para las empresas, éstas hayan de continuar cotizando durante el exceso de tiempo que provoca esa causa de suspensión que prevé, la I.L.T., conforme ordena el art. 70.4 de la Ley General de la Seguridad Social; la previsión del Real Decreto 1992/1984 pudiera responder a una compensación por las bonificaciones en la cuota empresarial por contingencias comunes que establecía el art. 5 del mismo, pero que al ser derogado por la Ley 22/1992 despoja de esta posible justificación a la regla general de su art. 13.

5.11 Procedimiento de extinción.

El requisito general para proceder a la extinción es la previa denuncia del contrato, de tal manera que la ausencia de esa manifestación de voluntad puede representar la continuidad del contrato.

La denuncia un día después de concluido el período previsto no priva de eficacia a la misma, teniendo tan sólo ese retraso el efecto económico salarial correspondiente (28 de Abril de 1987 TS).

En el caso del contrato para obra o servicio determinado, si la ejecución de la obra afecta a un conjunto de trabajadores, la extinción contractual se podrá producir de manera gradual conforme vayan terminando los trabajos de cada especialidad, con lo cual el trabajador cuya

especialidad corresponda con trabajos cumplidos no podrá exigir la continuidad del contrato hasta que termine la totalidad de la obra (2 de Febrero de 1988 TS). En el supuesto de que la obra finalice antes del plazo previsto, el contrato podrá extinguirse, aunque algunas resoluciones consideran que es válida la denuncia simple (24 de Julio de 1986 TS) y otras en cambio ven la necesidad de que se tramite un expediente de regulación de empleo por la similitud -ciertamente discutible- con la concurrencia de fuerza mayor (21 de Enero de 1987 TCT).

El trabajador fijo de carácter discontinuo, aunque no es un trabajador temporal, pero sí un trabajador cuya prestación no es continua y por ello participa de la atipicidad de los contratos temporales que se comentan en estas líneas, posee una peculiaridad destacable: la falta de llamamiento, cuando por su antigüedad le corresponda, equivale al despido (10 de Marzo de 1987 TCT). Sin embargo, el llamamiento se encuentra condicionado por las necesidades reales de mano de obra, la situación del mercado o la producción, los factores climatológicos, etc.; por eso la falta de llamamiento constituirá un despido cuando no se respeta la preferencia de cada trabajador según su antigüedad en la especialidad correspondiente, cuando se le postergue injustificadamente o cuando la decisión empresarial tenga por objeto hacer desaparecer el derecho a ser llamado el trabajador en el futuro (10 de Junio de 1986 TCT).

5.12 Efectos de la extinción del contrato.

En principio, la extinción contractual ajustada a Derecho no genera otro efecto que la finalización de las recíprocas obligaciones de ambas partes. Algunas regulaciones de contratos temporales prevén efectos peculiares, cual es el caso del derecho a una indemnización que asiste al trabajador al terminar la vigencia del contrato temporal para fomento del empleo (art. 3.4 del Real Decreto 1989/1984), sin perjuicio de lo que pueda pactarse en el convenio colectivo o en el contrato. La normativa sectorial reglamentaria también suele establecer indemnizaciones al término de algunos contratos, que si mejoran la previsión legal sustituirán a ésta, con lo que no habrá duplicidades, salvo pacto en contrario.

El cese injustificado del trabajador temporal provocará un despido calificable de improcedente o nulo, con los efectos que establece para cada caso la legislación general. La peculiaridad más relevante de los contratos temporales en esta materia es que no podrá imponerse al empresario la obligación de readmitir al trabajador si en el momento de ejecutarse la sentencia

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

ya hubiera transcurrido el período de vigencia previsto para el contrato; el empresario habrá de pagar los salarios de tramitación y la indemnización a que pudiera tener derecho el trabajador en función de la duración de su contrato (8 de Abril de 1986 y 30 de Mayo de 1988 TS y 24 de Septiembre de 1985, 16 de Octubre de 1986 y 16 de Febrero de 1988 TCT). Esta teoría ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 104/1987 de 17 de Junio que respecto a los efectos de la declaración de nulidad radical del despido declara que se limitan *"al percibo de los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de su extinción por expiración del tiempo convenido"*, ya que aun sin despido el contrato hubiera concluido en ese momento⁽²⁸⁾. Finalmente, si el despido afectare a un trabajador fijo discontinuo, la indemnización se fijaría en atención al tiempo efectivamente trabajado (4 de Junio de 1985 TCT).

5.13 Legislación general y legislación especial.

Los contratos temporales suelen estar regulados por normas laborales generales y por normas específicas para cada modalidad contractual, con lo cual surge con frecuencia la duda de si a estos contratos le son de aplicación algunas normas pensadas para los contratos ordinarios de duración indefinida y, por otra parte, también se plantea la duda de la preferencia de aplicación de una norma general frente a otra especial en el supuesto de conflicto entre ambas.

Respecto al primer problema, se ha producido normalmente en relación al período de prueba, que aunque no está prohibido para los contratos temporales, sí en cambio se encuentra previsto para trabajadores con expectativas de permanencia en la empresa⁽²⁹⁾. La Jurisprudencia ha admitido la compatibilidad entre el período de prueba y la contratación temporal (por ejemplo, 5 de Diciembre de 1988 TS).

En determinados supuestos, en cambio, el período de prueba se ha considerado nulo. Así, cuando el trabajador ya hubiera estado previamente vinculado contractualmente con la empresa, período durante el cual las partes tuvieron ocasión de realizar las experiencias propias de la capacitación del trabajador (25 de Enero de 1987 TS y 5 de Noviembre de 1985 TCT). Lo mismo

(28) M. ALONSO OLEA y M E. CASAS BAHAMONDE: "Derecho del Trabajo". Obra citada, págs. 407-408.

(29) F. DURÁN LÓPEZ: "El período de prueba (Voz para una enciclopedia)". Relaciones Laborales", tomo 1988-I, pág. 1319.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

se ha dicho cuando la totalidad del período de prueba ha coincidido con la duración del contrato, pues en este caso se producía un abuso de Derecho puesto que se dejaba al arbitrio de una de las partes la posibilidad de resolver libremente el contrato a lo largo de su vigencia (29 de Noviembre de 1988 TCT). Esta última solución choca con el derecho de las empresas a mantener el período de prueba durante el plazo máximo legal sin tener que soportar reducción alguna, aunque de aquella manera el período de prueba y la duración total del contrato coincidan; por ello algunas sentencias han sostenido que si el período de prueba se encuentra dentro del límite legal no existe abuso de Derecho (17 de Enero de 1985 TS), máxime cuando el período de prueba se aproxima en el tiempo a la duración del contrato, pero no llega a coincidir⁽³⁰⁾ (16 de Abril de 1985 TS).

El poder de dirección y organización del empresario alcanza lógicamente a los trabajadores temporales, incluso, por las razones que se expusieron en su momento, ese poder se manifiesta con mayor rigor. El problema fundamental que sobre esta cuestión se plantea es responder a la pregunta de si las facultades empresariales de variación pueden afectar a trabajadores contratados para atender una tarea muy concreta o para cubrir transitoriamente una vacante. Las escasas sentencias que se han pronunciado se inclinan por una respuesta afirmativa. Así, el trabajador contratado por obra determinada puede ser destinado a realizar labores distintas a las inicialmente previstas siempre que se trate de la misma obra, ya que con ello solamente se habrá producido una novación que no convierte el contrato en indefinido (31 de Marzo de 1987 TCT); en cambio, no podrá ser destinado a trabajos pertenecientes a una obra distinta para la que fue contratado, por ser ello fraudulento (16 de Abril de 1986 TCT), aunque en este caso también puede defenderse que, si desde el principio de la relación laboral el trabajador fue destinado a una obra distinta de la que figuraba en el contrato, se produjo así mismo una novación tácitamente aceptada por el trabajador y sin repercusión para la duración del contrato; en este sentido cabe recordar lo que anteriormente se dijo: algunos convenios colectivos permiten que la empresa destine al trabajador a una obra distinta de la que consta en el contrato, con un determinado número de días como máximo. Por otra parte, los trabajadores interinos pueden ser destinados a tareas distintas, incluso de menor especialización, de las realizadas por el trabajador sustituido, ya que en todo caso sobre éste último también puede el empresario ejercer los poderes de variación, dentro de los límites

(30) G. BARREIRO GONZALEZ: "El período de prueba", en "Comentarios a las leyes laborales", dirigidos por E. BORRAJO. Edersa, Madrid 1983, tomo IV, págs. 46-47.

legales⁽³¹⁾ (28 de Mayo de 1986 TCT).

5.14 Los convenios colectivos como fuente reguladora de los contratos temporales.

El segundo problema indicado en el apartado precedente es el de la posible colisión entre las normas generales y las especiales de cada contrato. Los Tribunales no siguen una línea clara de decisión sino que las resoluciones dependen de las circunstancias de cada caso. No obstante, normalmente se inclinan en favor de la aplicación de la normativa específica en materia de duración y extinción del contrato para fomento del empleo (8 de Enero y 6 de Marzo de 1985 TCT), sobre duración y contenido del contrato para la formación (30 de Enero y 30 de Octubre de 1985 TCT). En otros supuestos las decisiones judiciales se han inclinado en favor de la aplicación del convenio colectivo frente a la norma legal si, respetando los mínimos establecidos por ésta, aquél resulta más favorable para el trabajador, como por ejemplo en el caso de que el cumplimiento de determinadas condiciones previstas en el convenio convierta el contrato temporal en indefinido⁽³²⁾ (28 de Abril de 1986 TS y 24 de Abril de 1985 TCT).

El problema más arduo es el relativo a la legitimidad de excluir de la aplicación del convenio colectivo a todos o a determinados grupos de trabajadores temporales⁽³³⁾. La Jurisprudencia se ha pronunciado en contra de esa posibilidad por resultar atentatorio al deber de igualdad de trato y a la prohibición de discriminación que se deriva de los arts. 14 de la Constitución y 17.1 ET. Ello se debe no sólo a que la exclusión implica la remisión a otro orden normativo sino también el sometimiento de los grupos afectados a peores condiciones laborales, especialmente en materia salarial, lo cual es discriminatorio. La sentencia de 11 de Diciembre de 1985 TCT señaló que el trato igualitario y la prohibición de discriminación que proclaman los preceptos indicados no sólo se asienta en las causas que expresamente recogen los mismos sino también *"cuando no existan motivos que justifiquen objetiva y razonablemente la diferencia de trato, pues evidentemente no todo tratamiento diferenciado implica una discriminación; y en el presente supuesto no se aprecian razones objetivas que justifiquen la exclusión y remisión a unas*

(31) T. SALA FRANCO (Dir.): "Lecciones de Derecho del Trabajo". Valencia (Tirant lo Blanch), 1988, pág. 275.

(32) J. GARCÍA MURCIA: "Contratación temporal para fomento del empleo y ordenanzas laborales". Revista de Derecho de Trabajo., nº 33 (1988), págs. 129 y ss.

(33) H. MERINO SENOVIYA y M^a. D. ROMÁN DE LA TORRE: "Convenios colectivos y exclusiones del ámbito personal", Relaciones Laborales, tomo 1987-II, págs. 967 y ss.

normas menos favorables de aquellos colectivos de trabajadores con fundamento en el carácter no permanente o discontinuo en el tiempo de su duración jurídico laboral". Este criterio jurisprudencial no era novedoso y fue seguido por otras resoluciones: 7 de Mayo de 1986 y 12 de Abril de 1988 TCT, en la que se dice que no es válido el pacto de empresa, añadido al convenio colectivo, en el que se establece una retribución más favorable que en el convenio y aplicable únicamente a los trabajadores fijos. El Tribunal Constitucional ha ratificado este criterio en las sentencias 52/1987 de 7 de Mayo y 136/1987 de 22 de Julio, señalando en esta última que el pago de un salario igual por la realización de un mismo trabajo, con independencia del carácter temporal o indefinido del contrato de trabajo, se acomoda a los principios de igualdad y no discriminación, lo que no significa la imposibilidad de excluir de la aplicación del convenio a determinados grupos de trabajadores si en ellos concurre una causa justificable y aceptable para el Ordenamiento, al igual que es admisible una diferencia retributiva entre los trabajadores fijos y temporales siempre que exista un motivo objetivo y justificado para ello⁽³⁴⁾.

5.15 Condiciones de trabajo y derechos colectivos de los trabajadores temporales.

Las condiciones de trabajo, especialmente las retributivas, han de desarrollarse tal y como se ha dicho, bajo el principio de la equiparación entre trabajadores fijos y temporales. Muestra de esta opinión jurisprudencial es, además de las sentencias ya reseñadas, la de 7 de Septiembre de 1987 TCT en la que se dice que si los trabajos realizados por los contratados temporales son idénticos a los desarrollados por trabajadores fijos, aunque el principio de igualdad no conlleva en todo caso una absoluta equiparación, impide que los niveles retributivos sean diferentes por virtud de lo dispuesto en cualquier pacto o convenio, incluso no estatutario, si el elemento diferenciador es la temporalidad del vínculo contractual.

En el mismo sentido se pronunciaron las de 12 de Abril y 16 de Noviembre de 1988 TCT. Esta última vuelve a recordar que el principio general de no discriminación ha de ser matizado cuando concurren determinados factores. Así, cuando la naturaleza del contrato determina una diferente prestación, la retribución podrá fijarse también con niveles distintos, como ocurre con

(34) M. ALONSO GARCÍA: "Discriminación de trabajadores no fijos de plantilla". Revista de Derecho de Trabajo, nº 29, 1987.
E. BORRAJO DACRUZ: "Unidad de empresa y desigualdad de trato laboral". Actualidad Laboral, nº 28, 1987.
J.A. SAGARDOY BENGOCHEA: "Las condiciones de trabajo en los convenios colectivos y el principio de no discriminación". Actualidad Laboral, 1987-II.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Primera: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

los trabajadores en prácticas o para la formación, respecto a los que la sentencia última citada y la de 5 de Febrero de 1987 TCT afirman que al no poder exigirse a esos trabajadores el normal desempeño de las tareas propias de la categoría profesional que tengan como referencia, tampoco puede haber una equiparación salarial con los trabajadores ordinarios.

En este sentido, los trabajadores temporales no podrán disfrutar de los derechos para los que se requiere un determinado tiempo de permanencia en el puesto (16 de Noviembre de 1988 TCT). Así, es legítimo denegar el derecho a las vacaciones si el trabajador eventual no ha permanecido al menos un año prestando servicios para poder acceder a ese derecho (22 de Enero de 1987 TCT). También puede denegarse el derecho al percibo de determinadas gratificaciones extraordinarias -distintas a las establecidas con carácter imperativo por la Ley- si el trabajador no ha cubierto un mínimo de permanencia en el puesto o no se encuentra prestando servicios en la fecha de su devengo, aunque ésta última exigencia habría que extenderla también a los trabajadores fijos si no se quiere incurrir en discriminación (25 de Junio de 1986 TCT).

CAPÍTULO V

FLEXIBILIDAD CONTRACTUAL

PARTE SEGUNDA **LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES**

SUMARIO

1. CONCEPTO DELIMITADOR DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.	315
2. LA ACTITUD DE LA JURISPRUDENCIA ANTE LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.	316
3. LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES NO REGULADAS EXPRESAMENTE COMO TALES.	319
4. LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES, EL PROTECCIONISMO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SU EXPANSIÓN A NUEVOS COLECTIVOS.	323
5. RESEÑA DE LAS NORMAS LEGALES MÁS LLAMATIVAS INDICADORAS DEL GRADO DE FLEXIBILIDAD-RIGIDEZ DE LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.	329

I. CONCEPTO DELIMITADOR DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.

La diversidad de normas que regulan tanto las relaciones laborales especiales expresamente denominadas así como las que regulan otras relaciones que participan de esa naturaleza aunque no cuenten con esa denominación, induce a preguntarse sobre el criterio que ha utilizado el legislador para distinguir esas relaciones laborales frente a las ordinarias⁽³⁵⁾.

En primer lugar, es admisible que el criterio delimitador provenga de la peculiar naturaleza de las actividades a desarrollar; los artistas, los deportistas profesionales, los representantes de comercio, etc. realizan su trabajo con un grado de autonomía del que carece el trabajador convencional, sometido normalmente a las instrucciones que directamente emite el empresario. Aquellos trabajadores no se encuentran exentos del sometimiento a ese poder de organización, pero el mismo se encuentra reducido por la razón expuesta.

En segundo lugar, otro criterio de distinción es el que emana del ambiente material en el que el trabajador cumple su cometido. Históricamente el Derecho Laboral ha elaborado sus normas teniendo como objetivo primordial la actividad que se desempeña en un centro de trabajo, concepto éste que en la actualidad define el art. 1.5 ET: *"La unidad productiva con organización específica"*, siendo esta última la que a su vez contribuye a configurar toda relación laboral por cuenta ajena: el ámbito de organización y dirección que señala el art. 1.1 ET al establecer el ámbito de aplicación. Las relaciones laborales especiales se desenvuelven en ambientes atípicos que, al no responder a ese modelo clásico, precisan de una regulación específica. Este criterio, no obstante lo dicho, cuenta con algunas excepciones que, en tanto se asemejan a la relación laboral común, contradicen la pretendida eficacia del mismo. Así, los penados salen diariamente del centro carcelario y se dedican a trabajar, por ejemplo, en una fábrica, haciendo de esta manera un uso adecuado del régimen abierto que tengan concedido; también puede citarse el caso del alto directivo que realiza sus quehaceres en un centro de trabajo convencional y físicamente próximo a otros empleados y al personal obrero.

(35) A. OJEDA AVILÉS: "Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria". *Relaciones Laborales-La Ley*, tomo I (1990), págs. 229 y ss.

Los criterios de distinción pueden ser otros, pero en cualquier caso ninguno puede ser exacto ya que adolecerán de un grado variable de insuficiencia. Dentro de las relaciones laborales especiales existen modalidades contractuales muy diversas; más adelante se expondrá que el Derecho Laboral ha ido incorporando un conjunto de relaciones contractuales correspondientes a actividades que han ido naciendo en el tráfico mercantil en respuesta a determinadas necesidades de las empresas y de los usuarios; frente a ellas, las empresas siempre han defendido su carácter no laboral, obteniendo en unos casos nulo éxito y en otros la inclusión en el Derecho Laboral como contratos peculiares. Esta situación ha generado la diversidad que se mencionaba al comienzo de este apartado y que se va a intentar plantear seguidamente con orden, sirviendo lo dicho hasta ahora como una primera aproximación.

2. LA ACTITUD DE LA JURISPRUDENCIA ANTE LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.

El ET enumera en el art. 2 las relaciones laborales que expresamente considera como especiales, figurando seis y dejando abierta la posibilidad de declarar otras mediante una Ley. Se tardaron varios años en desarrollar legalmente esas relaciones laborales especiales, siendo esa proximidad en el tiempo la que no ha dejado hasta el momento oportunidad para que la Jurisprudencia se pronuncie homogéneamente sobre cada una de ellas, contribuyendo a que subsista una inseguridad pareja a la dejación que tanto los Tribunales como la Doctrina mantienen, esperando a que cada relación laboral especial evolucione y facilite el hallazgo de su ámbito funcional y la constatación del grado de acierto de su regulación legal respectiva; no es esta situación ajena a otra realidad: los estudiosos y aplicadores del Derecho Laboral continúan prestando gran atención a las relaciones laborales ordinarias, pareciendo olvidar la cada vez más diversificada estructura de aquella rama del Derecho, que sigue abandonando los criterios de uniformidad, tal y como se dijo con ocasión de tratar los contratos temporales en el presente estudio.

El art. 2 ET califica de relaciones laborales especiales la del personal de alta dirección (Real Decreto 1382/1985 de 1 de Agosto); la del servicio del hogar familiar (Real Decreto 1424/1985 de 1 de Agosto); la de los penados en las instituciones penitenciarias (Decreto 1201/1981 de 8 de Mayo, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario); la de los deportistas profesionales (Real Decreto 1006/1985 de 26 de Junio); la de los artistas en espectáculos públicos

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Segunda: LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

(Real Decreto 1435/1985 de 1 de Agosto); y la de los representantes de comercio (Real Decreto 1438/1985 de 1 de Agosto).

Otras normas distintas al art. 2 ET regulan relaciones laborales especiales: la de los trabajadores en establecimientos militares (el Real Decreto 2205/1980 de 13 de Junio dio cumplimiento a lo dispuesto por la Disposición Final Séptima ET); la de los estibadores portuarios (el Real Decreto-Ley 2/1986 de 23 de Mayo dio cumplimiento a la Disposición Adicional Primera de la Ley 32/1984 de 2 de Agosto); y la de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo (el Real Decreto 1368/1985 de 17 de Julio dio cumplimiento a lo previsto por la Disposición Final Sexta de la Ley 13/1982 de 7 de Abril de Integración Social de los Minusválidos).

Todas estas relaciones laborales son especiales porque así lo dice alguna norma, pero carecen de elementos comunes aparentes e incluso muestran cierta disparidad entre sí como, por ejemplo, la del personal de alta dirección y la del personal al servicio del hogar familiar, por lo que el legislador no ha utilizado criterio alguno a la hora de elaborar el art. 2 ET y las restantes normativas indicadas. Un examen somero de las resoluciones del TS y del TCT indica que no han dado principios comunes capaces de cubrir las lagunas legislativas en esta materia sino que se han limitado, cumpliendo estrictamente su función, a solucionar el caso particular planteado en cada momento. Lo más destacable del Tribunal Constitucional ha sido declarar que no es inconstitucional: la demora en el desarrollo de las relaciones laborales especiales, ya que la Disposición Adicional Segunda ET concedía al Gobierno un plazo de dieciocho meses que hubo de ser ampliado por la Disposición Adicional Primera de la Ley 32/1984 (Sentencia 79/1983); la delegación hecha en favor del Gobierno para dicho desarrollo, ya que se alegaba violación de los arts. 35 y 82 de la Constitución (Sentencia 26/1984); y la declaración de oficio de la incompetencia por razón de materia para conocer la jurisdicción laboral sobre relaciones laborales especiales aún no incluidas en el Derecho del Trabajo en razón a las referidas demoras (Sentencia 112/1986, en el caso del despido de un gerente-consejero-director general). Por consiguiente, la Jurisprudencia se ha centrado en resolver los problemas que ha planteado el desarrollo normativo de cada relación laboral especial aisladamente considerada; así, respecto de los artistas se ha fijado en la validez de los contratos en cadena o en la laboralidad de una sola actuación; respecto a los

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Segunda: LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

deportistas se ha centrado en el régimen de compensación por formación³⁶; para los altos cargos han tenido interés las resoluciones sobre la simultánea o sucesiva prestación de funciones con diferente consideración jurídica³⁷; en el servicio doméstico el problema principal ha sido el del despido, con la inexistencia de salarios de tramitación y los despidos nulos³⁸; los representantes de comercio y la responsabilidad por el buen fin de las operaciones³⁹; y respecto a los estibadores portuarios el principal problema ha sido la posición jurídica de la extinguida Organización de Trabajos Portuarios.

No obstante lo dicho, puede apreciarse una doble tendencia común que más bien es un talante de los juzgadores⁴⁰. En primer lugar, la interpretación negativa de las lagunas legales de las relaciones laborales especiales, es decir, no se han cubierto esas lagunas acudiendo al Derecho Laboral en su conjunto sino que se les ha atribuido el efecto de inexistencia del derecho o facultad omitido. Esta actitud es lógica respecto a las relaciones laborales especiales que, como en el caso de los altos cargos, su regulación remite a una legislación distinta de la laboral a efectos de aplicación supletoria, pero en cambio choca con aquellas regulaciones que por regla general se remiten a la normativa laboral común como supletoria. En efecto, el Real Decreto sobre altos cargos toma como supletorias la legislación civil y mercantil, aunque también hace remisiones al ET; por su parte, la legislación laboral común es supletoria para los Reales Decretos sobre servicio doméstico, deportistas profesionales, artistas, representantes de comercio, minusválidos en centros de empleo especiales y estibadores portuarios. Como muestras del criterio comentado pueden indicarse las siguientes: según la sentencia de 26 de Mayo de 1987 TCT, prevalece el componente subjetivo de la convivencia sobre la doctrina del Tribunal Constitucional sobre discriminación expuesta en la sentencia de 16 de Octubre de 1984, por lo que no cabe limitar la facultad de

(36) J. CRUZ VILLALÓN: "El pacto en convenio colectivo de la indemnización por formación en los deportistas profesionales". *Relaciones Laborales*, tomo II (1987), pág. 327 y ss.

(37) M. RODRIGUEZ PIÑERO: "El contrato de trabajo del personal de alta dirección: Constitución, fuentes, contenido". *Relaciones Laborales*, tomo II (1986), págs. 144 y ss.
J.A. SAGARDOY BENGOCHEA: "La extinción del contrato de trabajador directivo". *Relaciones Laborales*, tomo I (1986), págs. 177 y ss.

(38) T. SALA FRANCO: "La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico". *Relaciones Laborales*, tomo I (1986), págs. 284 y ss.

(39) R. MARTINEZ EMPERADOR: "La relación laboral de carácter especial de los representantes de comercio". *Documentación Laboral*, número monográfico, Diciembre 1985, págs. 117 y ss.
J.A. SAGARDOY BENGOCHEA: "Los representantes de comercio". *Documentación Laboral*, número monográfico, Diciembre 1985, págs. 181 y ss.

(40) A. OJEDA AVILÉS: "Las relaciones laborales especiales...". *Obra citada*, pág. 66 y ss.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Segunda: LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

despedir a los empleados de hogar durante el período de prueba; también en el caso de los empleados de hogar, la sentencia de 8 de Octubre de 1986 TCT, en base al art. 9 del Real Decreto regulador en el que se dice que la relación se extingue por la muerte o incapacidad del empleador sin reserva alguna del art. 44 ET, declaró que no hay subrogación del empleador en caso de muerte del que contrató habiendo continuidad en la prestación de servicios para la hija del mismo; en el caso de los representantes de comercio, no se han de abonar pagas extraordinarias (Sentencia de 5 de Marzo de 1986 TCT), aunque el art. 12 del Real Decreto 1438/1985 considera aplicables los derechos y deberes laborales básicos del ET, si bien éste se refiere (art. 4.2 f) a la retribución pactada o legalmente establecida, sin que necesariamente comprenda las pagas extraordinarias; respecto a los artistas, la cadena de contratos temporales es válida, sin que se consolide una relación estable (Sentencias de 14 de Enero de 1985 TS y 9 de Enero y 20 de Mayo de 1986 TCT). En consecuencia, la tendencia jurisprudencial es a marcar las diferencias con la relación laboral común.

La segunda tendencia común de la Jurisprudencia, más general que la que se acaba de reseñar, es la escrupulosa aplicación de las normas reguladoras de las relaciones laborales especiales, no haciendo normalmente interpretaciones amplias ni restrictivas.

3. LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES NO REGULADAS EXPRESAMENTE COMO TALES.

Anteriormente se ha dicho que fuera del art. 2 ET existen relaciones laborales especiales cuya naturaleza permite calificarlas de esta manera, aunque la regulación de algunas de ellas expresamente les atribuyen esta consideración (por ejemplo, el art. 10 y 13 y siguientes del Real Decreto-Ley 2/1986 sobre estibadores portuarios).

Carece de sentido práctico y técnico-jurídico otorgar una regulación específica a determinadas relaciones laborales si dicha necesidad no existe. La nominación en el ET de las relaciones laborales especiales constituye un teórico límite para su multiplicación, pero en la práctica el legislador puede continuar regulando otras relaciones fuera de la Ley estatutaria, siendo esta conducta una actitud que en el momento de promulgarse aquella Ley no estaba consolidada: las tendencias flexibilizadoras a través de las cuales se alcanza un nivel diferente, normalmente menor, de protección del trabajador y un correlativo incremento del poder empresarial así como

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Segunda: LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

una eliminación de gran número de normas imperativas en comparación con la legislación laboral común.

Entre las relaciones laborales especiales innominadas se encuentra la de los trabajadores de establecimientos militares. La Ley de Relaciones Laborales de 1976 la mencionaba como especial, y no así el ET que se limitó en su Disposición Final Séptima a regular esta actividad, dictándose el Real Decreto 2205/1980.

También se encuentra el trabajo a domicilio regulado por el art. 13 ET con unas peculiaridades que le hacen especial, y así es considerado en otros países.

Puede mencionarse así mismo el trabajo de los porteros de fincas urbanas, cuyo contenido se asemeja al de los empleados de hogar, de tal manera que esta última consideración tendrían si lo fueran de un inmueble en el que habita una sola familia.

Otro ejemplo es el del personal laboral de las Administraciones Públicas, cuya regulación contiene unas especialidades que, semejantes a las de otros países, hacen que en éstos sea una relación laboral especial. Sobre la contratación en la Administración, se tratará más por menudo en su momento.

Los socios de trabajo en las cooperativas y los socios de las cooperativas de trabajo asociado pueden ser considerados inmersos en una relación laboral especial no considerada como tal por la Ley 3/1987 de 2 de Abril, General de Cooperativas. Esos socios poseen una doble condición, y en cuanto trabajadores poseen un régimen semejante que, por influencia de su condición de socios, hace que sea especial respecto a los trabajadores ordinarios. El grado de especialidad puede depender de la regulación autonómica de las sociedades cooperativas en aquellos territorios con competencia exclusiva o de desarrollo legislativo que se les haya transferido.

Mención especial merece el trabajo en el mar y, por analogía, la navegación aérea, ambos considerados como relaciones laborales especiales por la Ley de Relaciones Laborales de 1976 en razón a los prolongados precedentes legislativos, olvidados por el ET. Al igual que en los ejemplos precedentes, no tienen la calificación formal de especiales, pero de hecho se les regula de esa

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Segunda: LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

manera, figurando sus abundantes y notables peculiaridades en las Ordenanzas Laborales, principalmente en materia de despido de capitanes de barco y sistema retributivo a la parte o "monte mayor y monte menor"; por su parte, el Real Decreto 2001/1983 regula en los arts. 18 y siguientes la jornada especial del trabajo en el mar.

Seguidamente se va a exponer una muestra del criterio jurisprudencial sobre el despido de los patrones de buques de pesca, la aplicabilidad de la Ordenanza Laboral y la asimilación con el personal de alta dirección. La consecuencia no es otra que el recorte de las facultades empresariales, aunque se mantienen aquellas que conserva la legislación especial para que las ejerzan las empresas frente a los altos directivos. La Sentencia de 3 de Marzo de 1990 TS dice que *"por una parte, los arts. 610 y siguientes del Código de comercio atribuyen al capitán y patrón de buque amplísimas facultades de dirección y representación del naviero, lo que confirman los arts. 4, 6 y concordantes de la Orden Ministerial de 31 de Julio de 1976 (Ordenanza de Trabajo de buques arrastreros al fresco) respecto del patrón en este sector, en orden al mando y gobierno del buque, considerado como centro de trabajo en el art. 1.5 ET, aludiendo el art. 61 de la mencionada Ordenanza modificada por Orden Ministerial de 11 de Enero de 1979 a la naturaleza especial y múltiple de la representación que ostenta y funciones encomendadas; todo ello unido a la especial dosis de confianza existente entre las partes, hace obvio considerar que el resultado de su gestión al mando del buque es decisivo para el éxito o fracaso de la empresa, por todo lo cual hay que entender que a partir del 1 de Enero de 1986, y por imperativo de lo dispuesto en la Disposición Adicional del Real Decreto 1382/1985 de 1 de Agosto (relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección), ha quedado sin efecto y carente de virtualidad el art. 61 de la mencionada Ordenanza en la redacción dada por la Orden Ministerial de 11 de Enero de 1979, que autorizaba la libre extinción contractual por parte de la empresa del contrato del patrón de pesca en cuanto no estuviese vinculada previamente a ella en un puesto inferior, encajando, en consecuencia, el cese del actor adoptado por decisión unilateral de la empresa, sin alegación de causa, en el supuesto de desistimiento del empresario contemplado como causa extintiva por el art. 11.1 del Real Decreto mencionado, por lo que aquél deviene acreedor -en defecto de pacto- a la indemnización de 7 días de salario por año de servicio con el límite de 6 mensualidades y además al salario correspondiente al plazo de preaviso omitido de 3 mensualidades"*.

Añade la misma sentencia: *"El texto del art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985 de 1 de*

Agosto no exige que únicamente merezca tal calificación (personal de alta dirección) el «alter ego» de la empresa, el titular del puesto-vértice de la estructura piramidal, sino que también comprende a los que, dotados de los correspondientes poderes, asumen altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial, ya que hace referencia a la intensidad del poder, no a su extensión en lo territorial o funcional, de suerte que en sectores concretos de la empresa también puede desplegarse la actividad del alto directivo, pues la esencia de éste consiste en participar e intervenir en la dirección y gobierno de la empresa".

Siguiendo en el ámbito de la actividad pesquera, el jefe de máquinas de un buque, a diferencia del capitán o patrón, se encuentra excluido del carácter de personal de alta dirección. La sentencia de 11 de Abril de 1990 TS manifestó: *"Hay que descartar que el supuesto de hecho enjuiciado -cese de un jefe de máquinas de buque dedicado a la pesca de arrastre- encaja en el ámbito subjetivo contemplado en el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985 de 1 de Agosto, por no concurrir las notas que la definen, ya que evidentemente un jefe de máquinas no ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los intereses generales de la misma, a diferencia de lo que ocurre con el patrón de pesca; por lo tanto, no hay otra alternativa que entender que las partes están ligadas por un contrato de trabajo de carácter común u ordinario, con todas sus consecuencias, y ello implica que, en virtud del art. 3 aparts. 1 c) y 2 y disp. trans. 2ª ET, haya quedado sin efecto y carente de virtualidad el art. 61 de la Orden Ministerial de 31 de Julio de 1976 (Ordenanza de Trabajo de pesca marítima de buques arrastreros al fresco) tal como fue redactada por la Orden Ministerial de 11 de Enero de 1979, tanto en cuanto autoriza la libre extinción contractual por parte de la empresa del patrón de pesca, como de los demás cargos que especifica, entre ellos del jefe de máquinas, en el supuesto de que no estuviesen vinculados previamente con ella en puesto inferior".*

Continúa diciendo la misma sentencia: *"Dada la regulación general contenida en el ET respecto de la extinción del contrato de trabajo común u ordinario, y completo ya el cuadro regulador de todas las relaciones laborales especiales que establecen una protección normativa en mayor o menor grado de los trabajadores afectados frente a la ruptura unilateral del vínculo laboral decidida por el empresario, ya no cabe acudir a laguna alguna que haya de ser colmada por el art. 61 e) de la Orden Ministerial de 31 de Julio de 1976, precepto modificado por la Orden Ministerial de 11 de Enero de 1979, que implica un anómalo despido «ad nutum», una ruptura libre, sin causa, sin preaviso y sin indemnización, de la relación laboral, pues otra*

solución supondría invertir el principio de jerarquía normativa consagrado en los arts. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 9.3 de la Constitución, otorgando mayor rango a una Orden Ministerial que a una Ley".

4. LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES, EL PROTECCIONISMO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SU EXPANSIÓN A NUEVOS COLECTIVOS.

Tradicionalmente el Derecho del Trabajo ha estado en expansión, incorporando a su ámbito protector nuevos colectivos cuyas circunstancias eran inicialmente precarias respecto a los contratantes para los que prestaban sus servicios. Esta tendencia se ha mitigado desde principios de la década de los ochenta, apreciándose un nuevo espíritu en la legislación, la Jurisprudencia y la Doctrina. La nueva orientación ha perdido la tendencia proteccionista a través de su expansión, pero ésta de hecho no ha desaparecido sino que realmente se ha rebajado el nivel de proteccionismo y como contraprestación se ha extendido el Derecho Laboral a otros grupos, en lo cual radica la nueva línea reseñada. Esa expansión se ha llevado a efecto básicamente mediante las relaciones laborales especiales: se ha olvidado el prototipo del obrero industrial y se ha englobado en el concepto de trabajador a quienes realizan actividades intelectuales y a los profesionales. Esta situación ha sido criticada en razón a la fragmentación que se crea en el Ordenamiento y a la necesidad de multiplicar cualquier medida con vocación de generalidad y por el obstruccionismo que crea para adoptar medidas flexibilizadoras.

Grupos de trabajadores que en atención a la carencia de los rasgos típicos de autonomía en su profesión y por la aplicación de los efectos propios ante cualquier indicio de subordinación, son incorporados por la Jurisprudencia a la relación contractual regulada por el Derecho del Trabajo. La definición del art. 1.1 ET es muy amplia y en la misma los Tribunales van dando entrada a determinadas actividades nuevas o que, tras largos períodos, terminan siendo incluidas en su ámbito, pero ello se produce al margen de las relaciones laborales especiales puestas por el legislador, es decir, sin que las mismas vean ampliado necesariamente su ámbito.

El problema puede plantearse, utilizando términos más sencillos, de la siguiente manera. Como consecuencia de las necesidades y demandas sociales, las empresas responden ofreciendo nuevos servicios y en algunas ocasiones esos nuevos servicios comienzan a ser prestados por individuos que, percatados de que en ello radica una actividad remunerada a la que pueden

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO V Parte Segunda: LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

dedicarse, se deciden a desarrollar esa actividad aisladamente o a lo sumo en grupos escasamente organizados, nunca bajo una forma societaria; también puede ocurrir que un individuo o incluso una sociedad coordine y organice esa nueva actividad empleando a personas que la materializan; y en otros casos las empresas dedicadas a servicios semejantes o conexos amplían su actividad y para ello contratan los servicios de otras personas que, en principio, no incorporan a su plantilla. Así mismo, puede ocurrir que esta situación, novedosa en su origen, se prolongue durante un largo período de tiempo hasta que llega el momento de plantearse por los Tribunales la calificación de esas relaciones contractuales en las que concurren elementos atípicos, que hacen la tarea difícil y controvertida. Para las empresas la solución ideal será siempre que esos contratos queden al margen del Derecho Laboral y sean calificados de civiles o mercantiles; la solución abarata los costes por razones salariales, de Seguridad Social, de extinción contractual, de libertad de pactos, etc. Esta solución puede considerarse como la más flexible por cuanto permitiría a las empresas ofrecer servicios conexos a sus clientes o facilitar los mecanismos auxiliares de su producción convencional, empleando a individuos que no incorporaría a la plantilla si recibiera la bendición judicial en el sentido de que no se trata de un trabajo subordinado. Por el contrario, la solución opuesta no es en absoluto flexible puesto que, restando importancia a los factores atípicos, la Jurisprudencia decide, aunque sea a pie forzado, extender el Derecho Laboral a esos contratos, lo cual no deja de ser una clara manifestación de proteccionismo, con el efecto de gravar a las empresas y de dar una solución que retraerá a estas últimas, incidiendo negativamente en la reducción del desempleo, ya que la estabilidad conquistada por los interesados será a cuenta exclusiva de las empresas, que en el futuro se abstendrán de nuevas contrataciones, con lo que ciertamente se rompe la tendencia de los últimos años a tratar de fomentar el empleo u ocupación, aunque con una gran dosis de inestabilidad. La solución intermedia, aunque de hecho poco practicada, sería encuadrar esos contratos en las relaciones laborales especiales ya existentes o crear por el legislador unas nuevas, cuya regulación incorpore también las peculiaridades concurrentes y puedan contar las empresas con una regulación legal más flexible o, al menos, con una regulación legal que otorgue un amplio margen a la negociación colectiva o individual. Anteriormente se dijo que los Tribunales vienen haciendo una aplicación estricta de las relaciones laborales especiales; se van a exponer seguidamente unos ejemplos sobre esta materia que van a evidenciar que la solución ha sido la segunda, esto es, la calificación como relación laboral ordinaria; el texto de las resoluciones recuerda en algunos momentos el puro estilo del Derecho del Trabajo clásico aplicado por los Tribunales de los Social.

El primer ejemplo, y el más claro de los que se van a reseñar, se refiere a la actividad de servicios de mensajería. La sentencia de 29 de Noviembre de 1988 TS (Sala 5ª) dijo que *"concurren en la relación entre los mensajeros y la empresa demandada las notas que según el art. 1.1 ET permiten identificarla como laboral, ya que: a) los demandantes han prestado voluntariamente sus servicios retribuidos y el que la retribución se mida, no por tiempo, sino por unidad de servicio es algo normal en el contrato de trabajo; b) la circunstancia de que la parte de la retribución que recibe el trabajador no constituya específica contraprestación del trabajo, por destinarse a gastos de mantenimiento y amortización no tiene otra consecuencia sino la de considerarlo como gasto de la empresa suplido por el trabajador (art. 26.2 ET); c) la ajeneidad es también patente, pues el trabajador no asume los riesgos ni beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente, ni intervienen en la fijación del precio, ni su retribución depende del resultado; d) el que responda no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el art. 5 a) ET; e) la dependencia se manifiesta en ese llevar en la ropa y vehículo el nombre de la empresa, en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo la penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, sin que tenga transcendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario rigurosos; f) la no asistencia de los actores al trabajo todos los días laborables es un mero efecto de la configuración que la empresa pretende dar al contrato, para eludir la calificación de laboral y no constituye dato esencial para determinar su verdadera naturaleza; g) el poder compatibilizar el trabajo en otras empresas no desnaturaliza el contrato de trabajo, según cabe deducir de los arts. 5 d) y 21.1 ET; y h) la posibilidad de realizar el servicio por medio de otras personas parece destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato, que es un pacto trascendente a la realidad del servicio, existiendo en realidad dicho contrato de transporte sólo entre la empresa y el cliente, mas no entre la demandada y el mensajero"*(De los considerandos de la sentencia apelada, aceptados).

El segundo ejemplo versa sobre la actividad de transporte para distribución de mercancía con vehículo propio. La sentencia de 28 de Mayo de 1987 TS manifestó: *"Concurren los presupuestos necesarios para que la relación laboral se estime existente de acuerdo con la nueva línea jurisprudencial contenida en las Sentencias de 7 de Mayo de 1985, 26 de Febrero y 23 de Junio de 1986 y 4 de Mayo de 1987. Por cuanto: a) La dependencia es evidente y configura una auténtica inclusión del actor dentro del círculo rector y organizativo de la empresa, que es la que*

determina el horario de recogida, fija los puntos de entrega y el orden de distribución, determina el tiempo máximo de realización del servicio diario, controla su realización e imparte las instrucciones a la que éste debe ajustarse. b) La forma de determinar la retribución en función de los kilómetros de itinerario y de los ejemplares repartidos no altera su esencial función de retribuir la actividad desarrollada por el demandante, actividad que constituye, como se verá, el elemento fundamental del contrato y ello aunque parte de las cantidades abonadas se destine presumiblemente a compensar los gastos realizados por el combustible empleado y para la amortización y mantenimiento del vehículo, pues tal compensación es normal cuando el trabajador debe realizar determinados gastos como consecuencia de la prestación laboral (arts. 26.2 ET y 3 del Decreto 2380/1973 de 17 de Agosto); c) La ajeneidad, que se manifiesta de forma inequívoca al ser la empresa quien incorpora los beneficios producidos por la actividad de distribución y cobro, y el carácter personal de la prestación no se desvirtúan por la aportación de un vehículo propio por el demandante, ya que esta aportación no es suficiente por sí misma para determinar la presencia de una actividad profesional autónoma encuadrable dentro del contrato de transporte, debiendo atenderse para valorar su significación a las circunstancias concurrentes en cada caso y en el supuesto que se enjuicia no puede concluirse que tal aportación tenga la relevancia económica necesaria para convertir la explotación del vehículo en el elemento definidor de la finalidad fundamental del contrato, en la que, por el contrario, el trabajo personal del distribuidor se revela como predominante. d) La cláusula de exclusividad, mantenida un largo período de tiempo y concebida en términos estrictos, refuerza el carácter laboral de la prestación concertada e impide apreciar la existencia de una auténtica gestión empresarial de transporte dirigida al mercado; y e) Tampoco puede cuestionarse la naturaleza personal de la prestación por la cláusula de sustitución contenida en el contrato inicial, pues frente a la presencia de rasgos laborales típicos y a la continuada y real prestación del trabajo por el actor, sería necesario acreditar que tal cláusula ha tenido en la ejecución del contrato una aplicación efectiva y de entidad suficiente para evidenciar que la persona del trabajador constituye un elemento indiferente en el establecimiento y desarrollo de la relación contractual, y además la aceptación esporádica de un sustituto, cuya idoneidad controla la empresa, no basta para negar el carácter laboral del contrato.*

Sobre esta misma materia se pronunció la sentencia de 23 de Abril de 1991 TS en estos términos: *"Como ha señalado la Jurisprudencia una adecuada calificación de la relación exige el examen pormenorizado de las circunstancias concurrentes en cada caso. Y es claro que en el*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Segunda: LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

supuesto litigioso concurren cuantos requisitos condicionan, conforme al art. 1.1 ET, la existencia de una relación individual de trabajo (Sentencias, entre otras de 26 de Enero y 26 de Junio de 1986; 4 de Diciembre de 1987; 6 de Noviembre y 12 de Diciembre de 1990 y 29 de Enero de 1991). En efecto, la ajeneidad se proyecta, en forma específica, puesto que el actor en su nueva faceta de «trabajador autónomo», continua con la misma tarea e incluso idéntico camión, sin que la donación de éste y la mera afiliación al Régimen Especial de Autónomos, tengan relevancia suficiente para convertirle en empresario, pues en la aparente nueva situación sigue predominando su trabajo personal, juntamente con aspectos de corte laboral, como la obligación de no transportar otros productos, y el pago de una suma fija mensual; la dependencia, con los caracteres flexibles propios del transporte se patentiza en la existencia de una zona, ruta y clientela y además en la obligación asumida por el repartidor de llevar en el vehículo los anagramas, anuncios y logotipos de la demandada y en la obligación de ésta de facilitar otro vehículo en el supuesto de avería. Y no obsta a tal apreciación la facultad de ceder o subcontratar el transporte, subordinada a la previa autorización de la empresa, y finalmente en la retribución en una suma fija mensual cuya uniformidad y periodicidad son manifestaciones típicas del trabajo por cuenta ajena».

El tercer ejemplo se refiere al personal al servicio de la Cámaras de Comercio. Evidentemente es un supuesto en el que, a diferencia de los dos precedentes, la parte empleadora no es una empresa convencional y el problema no radica en determinar la naturaleza laboral o extralaboral del contrato sino en determinar si es laboral o administrativo. La sentencia de 10 de Diciembre de 1991 TS dijo lo siguiente: "1º) Lo fundamental para determinar la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autoriza y un sometimiento a la misma, lo que significa que, en ocasiones, sólo el bloque normativo regulador del contrato por la libre decisión de quienes lo conciertan, de acuerdo con las leyes, es capaz de diferenciar una y otra modalidad contractual (Sentencia de 8 de Junio de 1990). 2º) Para destruir la presunción del art. 8.1 ET ha de existir un contrato regido y amparado en normas administrativas, en virtud de las cláusulas incorporadas al mismo (Sentencia de 8 de Junio de 1990 igualmente). 3º) No existe una regulación de la relación de servicios del personal de las Cámaras de Comercio, constituida al amparo de una Ley, tal y como preceptúa el art. 1.3 a) ET, que permita su sujeción a normas administrativas en virtud de cláusulas incorporadas al mismo, pues del examen del único texto con rango legal, la Ley de 29 de Junio de 1911 (Ley de Bases de

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Segunda: LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación) se deduce que en el mismo no se contiene declaración expresa alguna del carácter laboral de aquella relación, ni se autoriza la promulgación de normas estatutarias o administrativas que la regulen; es más, ni siquiera se menciona al personal de las Cámaras, con excepción del Secretario. 4º) Aunque tanto la Ley de 29 de Junio de 1911, modificada por el Real Decreto 753/1978 de 27 de Marzo, como en el anterior Real Decreto de 26 de Julio de 1929 (Reglamento de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación) se definen estas Cámaras como Corporaciones de Derecho Público, no puede deducirse sin más de ahí que sus empleados sean funcionarios públicos. 5º) Las Cámaras de Comercio son grupos sectoriales de personas asociadas alrededor de alguna finalidad específica, estando determinada la cualidad de miembro de la Cámara por una condición objetiva que guarda relación con un fin corporativo específico -como es la cualidad de comerciante o industrial-, creadas por un acuerdo libre de sus miembros, condicionado a un posterior acto administrativo formal, del cual surge el reconocimiento de su personalidad y a la que, por ordenamiento jurídico o por delegación expresa de la Administración, se le atribuyen funciones propias de éste; pero de aquí no se deduce que dichas Corporaciones sean verdaderas Administraciones Públicas, en cuanto que aquellas delegaciones no agotan su naturaleza sustancial orientando hacia la atención de intereses propiamente privados, ni sus fondos constituyen dinero público, ni sus cuotas o derramas en general son exacciones públicas, ni sus contratos son administrativos, ni sus bienes públicos, ni sus actos son administrativos -salvo en el caso específico de que se produzcan en el ejercicio de funciones delegadas-, en los demás rigen los principios de derecho privado, sin que quepa hablar de privilegios típicos de las verdaderas Administraciones Públicas; lo que significa que salvo en esta materia y, en concreto, en cuanto a la relación de las Cámaras con los empleados, que la misma no puede ser calificada de relación entre la Administración Pública y sus funcionarios y, es más, aun suponiendo que las Cámaras fueran Administraciones Públicas, al estar regulada la relación de aquéllas con sus empleados por normas de rango inferior a la Ley, siempre estaría excluido del art. 1.3 a) ET, no tratándose de una relación funcional". En igual términos se pronunció la sentencia de 13 de Julio de 1992 TS.

La situación ha quedado esclarecida más aún mediante lo dispuesto por la Ley 3/1993 de 22 de Marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, cuya Disposición Transitoria Octava dice: "Al personal que a la entrada en vigor de la presente Ley se encuentre al servicio de una Cámara, o del Consejo Superior, al amparo del Decreto de 13 de Junio de 1936, y figure incluido en la plantilla establecida por el artículo 2º del mismo, le será

aplicable dicho régimen de personal. Al resto de los empleados de las Cámaras y del Consejo Superior, así como al que se contrate a partir de la entrada en vigor de esta Ley, le será de aplicación la legislación laboral".

5. RESEÑA DE LAS NORMAS LEGALES MÁS LLAMATIVAS INDICADORAS DEL GRADO DE FLEXIBILIDAD-RIGIDEZ DE LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.

El comentario, aunque fuera escueto, de las normas legales reguladoras de las relaciones laborales especiales, en las que se pone de manifiesto la dosis de flexibilidad (normalmente por la vía del incremento de las facultades empresariales y la delegación del legislador en la negociación colectiva o individual) y de rigidez presentes en las mismas, sería extensísimo y, desde el punto de vista de la aplicación práctica, muy interesante, pero desbordaría la visión general que se ha expuesto en los apartados precedentes, por lo que, dada por otra parte la notable claridad de la literalidad de los preceptos, va a relatarse una reseña de las relaciones laborales especiales calificadas como tales por la normativa que las regula.

1ª.- Real Decreto 1382/1985 de 1 de Agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal del alta dirección: su ámbito de aplicación, independientemente del volumen económico de la empresa, y con la posibilidad de que en una sola empresa haya más de un alto directivo (art. 1.2); fuentes reguladoras, dando preferencia a lo pactado por las partes y al carácter supletorio de la legislación civil o mercantil (art. 3.1, 2 y 3); la posibilidad de que tenga el contrato duración temporal y se pacte por los interesados la retribución (art. 4.2); el período de prueba (art. 5.1); jornada, horario, vacaciones, etc. (art. 7); pacto de no concurrencia, y de permanencia en la empresa si el trabajador ha recibido una especialización profesional (art. 8.1 y 2); sucesión en el tiempo de una relación laboral común y especial de alta dirección (art. 9.2 y 3); forma y efectos de la extinción contractual por voluntad del alto directivo (art. 10.1 y 2); forma y efectos de la extinción contractual por voluntad del empresario (art. 11.1, 2 y 3); extinción por las causas previstas por el ET (art. 12); faltas y sanciones (art. 13); prescripción de acciones derivadas del contrato y caducidad de la acción por despido (art. 15.3); imposibilidad del alto directivo de ser elector y candidato a los órganos de representación de los trabajadores (art. 16).

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Segunda: LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

2ª.- Real Decreto 1424/1985 de 1 de Agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: ámbito de aplicación (art. 1.4); las exclusiones más relevantes de su ámbito (art. 2.1 a y d); presunción en favor de la duración temporal y posibilidad de concertar prórrogas sin límite de número (art. 4.2); libertad de contratación en favor del empleador (art. 5); salario en metálico y en especie, antigüedad y pagas extraordinarias (art. 6.1, 2, 3 y 4); horario de trabajo, descanso semanal y vacaciones (art. 7.1, 3 y 6); despido disciplinario y sus efectos y desistimiento del empleador (art. 10.1 y 2); comprobación por la autoridad laboral de las infracciones (art. 11).

3ª.- Real Decreto 1438/1985 de 1 de Agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas: la exclusión de su ámbito de quienes sean titulares de una organización (art. 1.2 b); duración temporal y prórrogas (art. 3.2); horario de trabajo y vacaciones (art. 4.1 y 2); efectos de la asignación de la misma zona geográfica a otro u otros trabajadores (art. 5.5); régimen de los muestrarios e instrumentos de trabajo (art. 6.2, 3, 4 y 5); retribución, comisiones y compensación de gastos (art. 8.1, 3 y 5); requisitos para que el trabajador no compita con la empresa después de extinguido el contrato (art. 10.4).

4ª.- Real Decreto 1435/1985 de 1 de Agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos: amplitud del ámbito de aplicación (art. 1.3 y 5); retribución conforme al acuerdo alcanzado (art. 3.2 c); período de prueba (art. 4); duración temporal y prórrogas (art. 5.1); efectos de la rescisión contractual por voluntad del artista (art. 6.4); retribución del tiempo de disponibilidad (art. 7.3); duración y distribución de la jornada (art. 8.2); descanso semanal (art. 9.1 y 2); efectos de la extinción contractual y de la inejecución por culpa de cualquiera de las partes (art. 10.2 y 4).

5ª.- Real Decreto 1006/1985 de 26 de Junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales: pormenorizada delimitación del ámbito de aplicación (art. 1); retribución, duración del contrato y libertad contractual en favor el empleador (art. 3.2 y 3); contratos para la formación y contratos a tiempo parcial (art. 4.1 y 2); duración siempre temporal del contrato y régimen de las prórrogas (art. 6); retribución pactada colectiva o individualmente (art. 8.1); duración y distribución de la jornada (art. 9.2 y 3); descanso semanal y vacaciones anuales (art. 10.1, 2 y 3); regulación de las cesiones temporales (art. 11.1, 2, 3 y 4);

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Segunda: LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

compensación por formación en favor del club de procedencia en caso de concertarse un contrato posterior a la extinción de otro precedente (art. 14.1); efectos de la extinción contractual por despido (art. 15.1 y 2); indemnización en favor del club en caso de extinción contractual por voluntad del deportista (art. 16.1); principio de no suspensión del contrato por razones de representación sindical del deportista (art. 18.2).

6ª.- Real Decreto 1368/1985 de 17 de Julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo: posibilidad de utilizar cualquier modalidad contractual (excepto el trabajo a domicilio), duración del contrato y tiempo de enseñanza (art. 7.1 y 2 a y c); duración del contrato y período de prueba (art. 10.1 y 2); jornada, descansos, horas extraordinarias y vacaciones (art. 13); regulación de la extinción del contrato (art. 16.2).

7ª.- Real Decreto-Ley 2/1986 de 23 de Mayo sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques. La relación laboral que regula esta disposición no se encuentra expresamente citada por el art. 2 ET sino que encuentra acomodo en su apartado 1 g) y a su amparo la Disposición Adicional Primera de la Ley 32/1984 declaró el carácter especial de la relación laboral de los estibadores portuarios. El Real Decreto-Ley citado regula tanto la relación laboral común (arts. 9 a 12 ambos inclusivos) como la especial (arts. 13 a 19 ambos inclusivos), referida esta última a la existente entre un trabajador portuario y la correspondiente Sociedad Estatal. En general cabe destacar una regulación flexible de carácter organizativo en la actividad portuaria, y concretamente los siguientes preceptos: la distinción entre relación laboral común y especial y los requisitos para que esta segunda sea posible (art. 10); duración indefinida del contrato y causas de extinción además de las previstas por el art. 49 ET (art. 14); dirección y control de la actividad laboral y facultades disciplinarias (art. 17).

8ª.- La relación laboral especial de los penados en las instituciones penitenciarias (art. 2.1 c) ET), se encuentra regulada en los arts. 26 a 35 de la Ley Orgánica 1/1979 de 26 de Septiembre, General Penitenciaria y más detalladamente por los arts. 182 y siguientes del Real Decreto 1201/1981 de 8 de Mayo por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario. Responde al mandato del art. 25 de la Constitución, pero de hecho sus peculiaridades le apartan en gran medida del interés que pudiera suscitar para cualquier estudioso de la flexibilidad laboral, fundamentalmente por la ausencia en estos contratos de un empresario empleador.

CAPÍTULO V

FLEXIBILIDAD CONTRACTUAL

PARTE TERCERA

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

SUMARIO

1. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO LABORAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXCEDENCIA. REGULACIÓN LEGAL. 335
2. ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA EXCEDENCIA. 337

1. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO LABORAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXCEDENCIA. REGULACIÓN LEGAL.

El art. 45.1 ET enumera el conjunto de causas generadoras de la suspensión del contrato de trabajo, cuyo efecto principal señala el apartado 2: *"La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo"*. Esa suspensión en el intercambio de prestaciones no es absoluta en todos los casos puesto que, por ejemplo, durante la situación de incapacidad laboral transitoria la empresa continúa en la obligación de cotizar la Seguridad Social (art. 70.4 de la Ley General de la Seguridad Social); en cambio, cuando el desempeño de cargo público o de representación sindical da lugar a la excedencia y con ello a la suspensión contractual, dicha obligación de cotizar desaparece (art. 70.2 de la Ley General de la Seguridad Social).

El art. 48.1 ET establece que *"al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, en todos los supuestos a que se refiere el número 1 del artículo 45, excepto en los señalados en los apartados a) y b) del mismo número y artículo, en que se estará a lo pactado"*. Prolongando el ámbito de la libertad de pacto en esta materia a los efectos de la suspensión contractual, ese precepto resulta coherente con los apartados a) y b) del art. 45, que admiten como causa de suspensión el mutuo acuerdo de las partes y las consignadas válidamente en el contrato, en cuyo caso habrá de atenderse a lo pactado individualmente a la hora de determinar la situación y derechos del trabajador al finalizar la causa de la suspensión.

Se advierte que la suspensión con reserva de puesto de trabajo concurre, con la excepción señalada, en todos los supuestos que establece el art. 45.1 ET; el apartado k) cita como causa la excedencia forzosa, pero no la excedencia voluntaria que regula el art. 46.2 ET; en este último caso el trabajador tendrá el derecho que señala el apartado 5 de ese precepto, esto es, *"sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa"*, y no en cambio el derecho a la reserva de puesto.

Por otra parte, el art. 47 ET contempla la posibilidad, ya prevista por el art. 45.1 i) y j) ET, de la suspensión por causas tecnológicas, económicas o derivadas de fuerza mayor. Su régimen es similar al regulado por el art. 51 ET para las extinciones contractuales basadas en esas

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Tercera: LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

mismas causas, con la peculiaridad de que no existirá indemnización en favor de los trabajadores, reduciéndose a la mitad los plazos establecidos en el art. 51 ET y siendo la documentación justificativa la estrictamente necesaria a juicio de la autoridad laboral. No se impone plazo máximo alguno de duración de la suspensión, permitiendo con ello que se prolongue el tiempo necesario que permita superar o hacer desaparecer la causa de la misma.

Los mecanismos prácticos bajo los que habitualmente se suelen desarrollar los diferentes supuestos de suspensión contractual no plantean especiales problemas ni dan lugar a conflictos abundantes. En general, las medidas flexibilizadoras que pudieran introducirse en la regulación legal de la suspensión de los contratos no serían especialmente relevantes ni centran la atención de las exigencias de las empresas sobre esa materia. Lógicamente contribuiría a ello una ampliación de los supuestos en los que las empresas pudieran decidirse por proceder a la suspensión del contrato tanto individual como colectivamente, y el mismo efecto produciría la reducción de los supuestos en los que los trabajadores tienen derecho a la suspensión con reserva del puesto de trabajo. En todo caso, es indiscutible que también en este punto las empresas han de aportar una dosis impuesta de colaboración al tener que observar las obligaciones legales ante los trabajadores excedentes forzosos por razones de designación o elección para cargo público o de representación sindical, y han de continuar efectuando las cotizaciones de los trabajadores en situación de incapacidad laboral transitoria. Esta última exigencia pudiera suavizarse, pero resulta más difícil hacer lo propio con las correspondientes a los excedentes para cargo público o sindical en razón a lo ilegítimo de toda merma o recorte de los derechos que garanticen el normal desempeño de esos puestos. No obstante este conjunto de problemas y teóricas soluciones expuestas, no puede olvidarse que los perjuicios que a las empresas puede causar la desatención de determinadas labores desarrolladas por el trabajador que se encuentra en alguno de los supuestos legales de suspensión contractual pueden ser resueltos, cuando existe derecho a reserva del puesto y quepa la posibilidad legal de sustituir al trabajador, mediante la contratación de otro trabajador al amparo de un contrato temporal de interinidad regulado en el Real Decreto 2104/1984 de 21 de Noviembre.

La Ley 3/1989 de 3 de Marzo, por la que se amplió a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecieron medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, dio nueva redacción al art. 46.3 ET estableciendo dos claros períodos en los que sucesivamente se asigna a los trabajadores el derecho de excedencia con reserva del puesto de

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Tercera: LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

trabajo y el derecho de excedencia bajo el régimen de la modalidad de excedencia voluntaria: *"Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia, no superior a tres años, para atender el cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, a contar desde la fecha de nacimiento de éste. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo período de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando. Cuando el padre y la madre trabaje, sólo uno de ellos podrá ejercer este derecho."*

Durante el primer año, a partir del inicio de cada situación de excedencia, el trabajador tendrá derecho a la reserva de supuesto de trabajo y a que el citado período sea computado a efectos de antigüedad. Finalizado el mismo, y hasta la terminación del período de excedencia, serán de aplicación, salvo pacto colectivo o individual en contrario, las normas que regulan la excedencia voluntaria".

La misma Ley 3/1989 ha modificado el art. 48.4 ET ampliando y dando nueva regulación a la suspensión por razón de parto y, ahora, también por adopción. Esta ampliación goza, al igual que la redacción precedente, en razón a su inclusión en el art. 48, del derecho a la reserva del puesto de trabajo en favor de quien se beneficie de la misma.

Como punto final de este repaso a la regulación legal de la suspensión de los contratos y en especial de la excedencia, cabe llamar la atención sobre el art. 46.6 ET que permite fijar y regular nuevos supuestos de excedencia, distintos a los expresamente previstos por la Ley estatutaria, mediante la negociación colectiva; la literalidad del precepto no permite aceptar la idea de que la negociación pueda introducir un régimen de excedencia distinto al legal, sino que partiendo del mínimo indisponible que el régimen legal impone, puede ampliarse a otros supuestos, lo cual puede constituir un instrumento de negociación utilizable dentro de la dinámica negociadora general como instrumento de mutuas contraprestaciones que pueden ofrecer ambas partes. Dice el precepto: *"La situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean"*.

2. ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA EXCEDENCIA.

Se ha dicho anteriormente que la litigiosidad que genera la suspensión del contrato de trabajo es porcentualmente escasa en relación al total de pleitos que se resuelven por el Orden Social de la Jurisdicción, siendo la excedencia la que más relevancia suele tener al respecto, lo que

permite destacar los criterios más importantes que los Tribunales vienen manteniendo; problemas como la carga de la prueba, los efectos de la negativa empresarial a la reincorporación, la negociación colectiva de algunos aspectos de la excedente, etc. muestran la interpretación que observan los órganos judiciales y, con ello, el grado de flexibilidad que aportan sobre esta materia.

Respecto a la acción ejercitable por el excedente para obtener su reincorporación y sobre la reparación de perjuicios sufridos por la negativa empresarial a la reincorporación, la sentencia de 27 de Octubre de 1988 TS manifestó: *"La jurisprudencia, como sintetizaba la sentencia de esta Sala de 25 de Enero de 1988, obtenida en todas las demás que en ella se citaban, ha perfilado la doctrina en orden a la actuación del excedente voluntario de su pretendido derecho a obtener su reincorporación a la empresa con criterios que pueden considerarse suficientemente consolidados, según los cuales hay que partir de cuál es la acción ejercitable, pues si a la petición de reincorporación del trabajador ha seguido una negativa rotunda e incondicional del empresario a acceder a ella, tal negativa equivale, sin duda, a una ruptura unilateral por parte del empresario del vínculo laboral, en suspenso, pero vigente, que ha de ser valorada como un despido y, consiguientemente, la acción que procede contra dicha conducta empresarial es la de despido, con las consecuencias legalmente inherentes en el supuesto de que fuera declarado nulo [...]".* Poco después añade: *"pero, en cambio, cuando la negativa empresarial a la reincorporación del trabajador se funda en la no existencia de vacante de igual o similar categoría a la del solicitante en el momento de la finalización de su situación de excedencia, no se está negando la subsistencia del contrato, sino la procedencia de poner término a la suspensión que le afecta y, por tanto, la acción que asiste al trabajador para combatir la postura empresarial es la tendente a obtener de los tribunales el reconocimiento de su derecho que, injustificadamente a su juicio, se le niega, aunque la satisfacción del derecho, si fuere estimada la pretensión, no puede limitarse a la reincorporación a la empresa sin más, puesto que la demora en realizarse impuesta por la injusta negativa empresarial puede haber producido al trabajador -y normalmente así habrá sido- unos perjuicios económicos cuya reparación puede ser exigida por éste, siempre que pruebe su existencia, y cuya cuantía obviamente ha de ser la correspondiente a los salarios que indebidamente dejó de percibir, en cuanto ganancia dejada de obtener, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1106 del Código Civil, como razona la sentencia de 24 de Enero de 1987, llevando hasta sus lógicas consecuencias la doctrina que se deriva de las de 22 de Junio de 1985, 17 de Febrero de 1986 y 19 de Abril del mismo año".*

Sobre el lugar o centro de trabajo en el que debe producirse la reincorporación, la sentencia de 12 de Diciembre de 1988 TS se pronunció en los siguientes términos: "[...] la solución interpretativa más ajustada a derecho parece ser la de que el reingreso debe producirse en un puesto de trabajo de la misma localidad en la que prestaba sus servicios, ya que la pretensión unilateral de la empresa de que aquél reingrese en localidad distinta obstaculizarla gravemente el ejercicio del derecho del excedente a su reincorporación, alterando sustancialmente su situación original y posibilitando la asignación a éste de un puesto en el lugar que le fuera más gravoso a fin de hacerle desistir de su propósito de reingreso". Dice a continuación: "De lo expuesto no puede deducirse que la negativa del actor a optar por ninguno de los puestos de trabajo que le fueron ofrecidos que implicaban un cambio de residencia lleve implícita una renuncia al derecho que le corresponde como excedente voluntario, ni produzca, en consecuencia, la extinción del contrato de trabajo por dimisión del trabajador, al amparo del art. 49.4 del Estatuto de los Trabajadores, como erróneamente entendió el magistrado sentenciador, sino que aquél queda, ante la inexistencia de vacante, en una situación de expectativa hasta que la vacante procedente se produzca, situación que equilibra las posibilidades de empleado y empresario, ya que el primero no se ve obligado a trasladar su domicilio con los perjuicios que ello siempre acarrea y el segundo no se encuentra obligado a readmitir de momento al excedente, que quedaría en situación expectante por tiempo indeterminado [...]".

La sentencia de 7 de Mayo de 1992 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Galicia dio validez a la regulación de la excedencia voluntaria acordada en la negociación colectiva que se apartaba del Estatuto de los Trabajadores. Decía así: "[...] no cabe hablar ahora de una renuncia de derechos consagrados en la legislación laboral e impedida por el art. 3.5 ET pues si bien el acuerdo o cláusula referida dispone la efectiva concurrencia de determinadas condiciones conforme a las que ha de desenvolverse la situación de excedencia voluntaria que resultan más gravosas que las previstas en el texto estatutario (así, se requieren tres años de antigüedad en la empresa para obtener tal clase de excedencia frente al plazo de un año previsto a tal fin en el ET, y mientras éste prevé como duración máxima la de cinco años la norma pactada la reduce a dos años, estableciendo una limitación cuantitativa no prevista legalmente de modo que el otorgamiento de tal situación excedente se condiciona a que los trabajadores que se encuentren ejercitándola no sobrepasen el 10% de la plantilla), no es menos cierto que la simple lectura de la cláusula discutida pone de relieve la existencia de evidentes compensaciones a aquellos requisitos restrictivos, y que se traducen a) de modo especial y dada

su trascendencia, en el reingreso incondicionado y automático de los operarios que hubieran permanecido en tal situación no sólo en la propia empresa sino además en el puesto de trabajo que les era propio con anterioridad al ejercicio de aquel derecho, sin que en consecuencia tal reincorporación se subordine a la existencia de vacante que sí prevé la legislación ordinaria (art. 46.5), circunstancia que al tiempo que elimina toda la compleja problemática que de ordinario se pone judicialmente de manifiesto (naturaleza y clase de la acción a ejercitar, plazo de la misma, etc.) cuando el trabajador excedente trata de volver a la empresa para que preste servicios, que por su parte suele negar la existencia de vacante impidiendo la reincorporación laboral, procura también la defensa del principio de estabilidad en el empleo constitucionalmente protegido (art. 35) finalidad a la que también conllevan tanto las reglas de interpretación genéricas consagradas en el art. 3 del Código Civil como el conjunto de principios rectores de la política económica y social previstos en el art. 55.3,c (sic) que informan la práctica judicial, o b) la reducción del plazo mínimo de tal situación convencionalmente acordado (seis meses) frente al establecido en igual concepto por la legislación laboral (dos años) que viene a compensar las diferencias entre los plazos máximos antes referidos, así como la facultad de renuncia al resto de la excedencia que pudiera quedar por cumplir al operario en tal situación con reintegro así mismo incondicionado al puesto de trabajo respectivo, posibilidad que si bien puede tener efecto en el ámbito de lo laboralmente legislado viene subordinada al cumplimiento de otras condiciones tales como la inexistencia de perjuicios tanto para el empresario como para el trabajador contratado que sustituya a aquél y que, en definitiva, la hacen de difícil efectividad (así, STS de 4 de Octubre de 1988)".

CAPÍTULO V

FLEXIBILIDAD CONTRACTUAL

PARTE CUARTA LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

SUMARIO

1. FLEXIBILIDAD DE LA JUBILACIÓN.	343
2. LA EXTINCIÓN POR CAUSAS TECNOLÓGICAS O ECONÓMICAS Y FUERZA MAYOR. LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO.	347
2. 1 Planteamiento.	347
2. 2 La extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor.	350
2. 3 La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas.	354
2. 4 Adecuación del art. 51 ET a la Directiva 75/129 CEE en materia de despidos colectivos.	356
2. 5 Reivindicaciones empresariales y posición de los sindicatos.	358
3. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS.	361
3. 1 Introducción.	361
3. 2 Las causas de extinción.	362
3. 3 Forma y efectos de la extinción.	364
4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR.	366
4. 1 Consideraciones generales.	366
4. 2 Las modificaciones de las condiciones de trabajo.	369
4. 3 La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario.	370
4. 4 Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones del empresario.	374
4. 5 El ejercicio de la acción resolutoria.	375
4. 6 Efectos de la resolución del contrato.	377
5. EL DESPIDO DISCIPLINARIO.	378
5. 1 Introducción.	378
5. 2 Las causas del despido disciplinario.	380
5. 3 Los requisitos formales.	387
5. 4 Ámbito del despido nulo. El despido discriminatorio.	389
5. 5 Calificación del despido disciplinario.	395
5. 6 La ejecución de la sentencia de despido.	406

1. FLEXIBILIDAD DE LA JUBILACIÓN.

Ésta constituye una causa de extinción contractual, prevista por el art. 49.6 ET, en la que las medidas flexibilizadoras pueden interesar por igual a empresarios y trabajadores puesto que, al estar vinculada con el cumplimiento de una determinada edad, esas medidas no han de perseguir exclusivamente una mayor facilidad para que las empresas se desprendan de un trabajador por esa causa sino que el adelantamiento de la jubilación o la prolongación de la vida laboral, así como los derechos económicos correspondientes a la pensión de jubilación, puede reportar beneficios para el trabajador afectado.

El tratamiento de la cuestión debe tener presente que si bien el cumplimiento de una edad como causa de extinción del contrato de trabajo y como requisito para obtener una pensión de jubilación son dos conceptos distintos, no puede negarse que el factor temporal desempeña una función esencial y conecta ambos conceptos⁽⁴¹⁾. A tal punto esa relación existe que los problemas fundamentales surgen cuando no coincide el cese en el trabajo por razón de la edad y el acceso a la pensión. Este problema ha aparecido especialmente durante los últimos años como consecuencia de un conjunto de circunstancias económicas y de política de empleo, que han coincidido con el retraso de envejecimiento biológico. La solución a esas circunstancias puede ser un adelantamiento de la edad de jubilación, pero ello traería unos costos que harían inviable de solución; otro remedio, más realista que el anterior, sería la flexibilidad de la jubilación, no de la edad solamente sino de todo el conjunto de la regulación de esta causa extintiva contractual. En este sentido la flexibilidad de la jubilación puede abarcar desde la simple flexibilidad de la edad para cesar en el trabajo hasta la creación de variadas situaciones intermedias entre el cese radical y el acceso a la pensión completa. Se trataría de modificar el actual sistema rígido en base al cual gira todo el mecanismo de cese en el trabajo y acceso a la pensión de jubilación a cargo de la Seguridad Social, asentado en una única edad como regla general.

Si habitualmente la flexibilidad laboral se relaciona con las facultades empresariales para organizar la plantilla tanto internamente como respecto a su dimensión, la flexibilidad de la

(41) M. RODRIGUEZ-PINERO: "Flexibilización y anticipación de la edad de jubilación". *Relaciones Laborales - La Ley*, tomo I (1992), pág. 39.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

jubilación ha de vincularse a las posibilidades de cesar a los trabajadores en sus puestos al amparo de un margen flexible que se vea acompañado de una correlativa flexibilidad para la obtención de la pensión de jubilación.

Desde el punto de vista de la relación laboral, la jubilación se produce como consecuencia del acogimiento del trabajador al cumplimiento de una edad y al subsiguiente acceso a una pensión de jubilación con plenitud de derechos económicos. Otras veces es el convenio colectivo aplicable el que impone la obligación de jubilación al llegar a una edad concreta. Pues bien, tanto la Ley laboral como las normas pactadas pueden establecer edades flexibles de retiro.

Desde el punto de vista de los derechos provenientes de la Seguridad Social, el acceso a los mismos de forma satisfactoria para el trabajador suele resultar decisivo a la hora de animarse el trabajador a cesar definitivamente en su vida laboral, por lo que la flexibilidad del tratamiento de la pensión es imprescindible para conectar los dos aspectos que presenta esta figura⁽⁴²⁾. Actualmente es indudable que ese tratamiento es rígido porque se parte de una única edad para que el trabajador pueda acceder a la jubilación, y aunque se prevé que el Gobierno fije edades distintas para determinados grupos, esa edad será menor, pero también única y rígida, al igual que ocurre con los regímenes especiales de la Seguridad Social que admiten edades de jubilación por debajo de los 65 años (artistas, profesionales taurinos, ferroviarios, trabajadores del mar, etc.). Si las estadísticas indican un importante número de pensionistas de jubilación menores de 65 años, es que una revisión de la actual rigidez podría contentar a muchos trabajadores.

La anticipación de la edad de jubilación puede lograrse principalmente a través de dos formas. Según la primera, si el trabajador cesa antes de cumplir la edad reglamentaria y sin derecho a la correspondiente pensión, hay que implantar un sistema que compense al trabajador la pérdida de los ingresos salariales y le garantice la pensión completa cuando cumpla la edad para ello. El mecanismo de la prejubilación trata de asegurar el tránsito desde el cese prematuro en el trabajo a la pensión de jubilación. Durante ese período el trabajador percibirá unas retribuciones sustitutorias del salario, a cargo de la empresa o una entidad o fondo público o privado. Esas retribuciones de jubilación pueden ser complementarias de las prestaciones por desempleo derivadas del cese en el trabajo. Este sistema se aplica normalmente en el marco de las medidas

(42) M. RODRIGUEZ-PIÑERO: "Flexibilización y anticipación...". Obra citada, págs. 40 y ss.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

de reestructuración por reducción de plantillas.

La segunda forma es la jubilación anticipada propiamente dicha, es decir, el cese en el trabajo antes del momento legalmente previsto y el simultáneo devengo de la pensión a cargo de la Seguridad Social antes de la edad prevista.

El Real Decreto 1194/1985 de 17 de Julio sobre normas de anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo dispone en el art. 1: *"La edad mínima de sesenta y cinco años, que se exige con carácter general en el sistema de la Seguridad Social para causar derecho a la pensión de jubilación, se rebaja a los sesenta y cuatro años para los trabajadores por cuenta ajena cuyas empresas los sustituyan, simultáneamente a su cese por jubilación, por otros trabajadores, en las condiciones previstas en este Real Decreto"*. También existen fórmulas de jubilación anticipada para trabajadores ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, mineros, etc. En todo caso, la jubilación anticipada no se suele plantear como una flexibilización de la edad de jubilación conforme a los intereses individuales de cada trabajador sino como medida para alcanzar la extinción del contrato de trabajo.

Un supuesto intermedio es el de las ayudas equivalentes a la jubilación anticipada, prestación a cargo de la Seguridad Social, calculada de forma similar a la jubilación anticipada, aplicando a la base reguladora de la pensión de jubilación un porcentaje en función de la edad y los períodos de ocupación cotizados. Es una situación transitoria o pensión-puente entre el cese de la actividad laboral y la pensión de jubilación, que sustituye tanto a las prestaciones por desempleo como a la pensión de jubilación propiamente dicha, continuando el trabajador en alta y cotizando a la Seguridad Social hasta la obtención de la auténtica pensión de jubilación. Las ayudas se complementan con otras ayudas especiales que garanticen al trabajador una percepción económica en relación a la que percibía antes del cese, y con el límite de la cuantía de la pensión de jubilación que cobraría si tuviera edad para ello. Tanto la ayuda equivalente como la ayuda especial se dejan de percibir en el momento que el trabajador cumple 65 años y comienza a lucrar la auténtica pensión de jubilación. Este mecanismo está previsto para los procesos de reconversión y por consiguiente su objetivo es el reajuste del personal por razones organizativo-económicas, pero no un uso flexible de la edad de jubilación en favor del trabajador. El sistema de ayudas equivalentes, como puede intuirse, es complejo; constituye una situación intermedia entre la prejubilación (concedida por la empresa o regulada en los convenios colectivos con la finalidad

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

de reducir la plantilla amortizando puestos de trabajo) y la jubilación anticipada propiamente dicha; las ayudas equivalentes compensan la pérdida del trabajo hasta que llega la edad de jubilación o se cumplen los requisitos para la obtención de la pensión, pero son a cargo y operan como prestación de la Seguridad Social, lo que les separa de las otras dos figuras.

Por otra parte, se han arbitrado una serie de fórmulas que también poseen una naturaleza intermedia. Así ocurre con el subsidio que regula el Real Decreto-Ley 3/1989 de 31 de Marzo de Medidas Adicionales de Carácter Social, por el que se permite que desde los 52 años un trabajador desempleado perciba una cuantía asistencial y se mantenga la cotización por la contingencia de jubilación hasta los 65 años. Está destinado a un grupo concreto de trabajadores (los que carecen de rentas superiores al salario mínimo interprofesional) y en el que no juega la voluntariedad sino la imperiosa necesidad de dar amparo económico a quienes carecen del mismo y no han alcanzado la edad de jubilación, pero poseen una edad que hace presumible la dificultad de obtener un nuevo empleo.

En la misma línea puede citarse la Orden de 18 de Julio de 1991 por la que se regula el Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social.

El panorama descrito indica que los problemas que suscita la anticipación de la jubilación han sido resueltos más desde fuera que desde dentro del sistema de la Seguridad Social, cuya rigidez en esta manera viene siendo fundamentalmente un obstáculo. Las aportaciones, en forma de prestaciones, de la Seguridad Social se han producido normalmente en el curso de los planes de reconversión, pero en los restantes supuestos su colaboración ha sido muy escasa o inexistente, razón por la cual las empresas han tenido que hacer esfuerzos económicos para llevar a la práctica las medidas de reducción de personal⁽⁴³⁾.

El adelantamiento de la edad de jubilación ha generado el consiguiente rejuvenecimiento de las plantillas, que a su vez ha dado lugar a la incorporación de otros trabajadores que han venido a ocupar las vacantes creadas; sin embargo, lo habitual ha sido que las jubilaciones sirvan para amortizar puestos de trabajo y que el alcance cuantitativo de las mismas haya dependido de las ayudas con que las empresas hayan contado para proceder a la reducción de personal a través

(43) M. RODRIGUEZ-PINERO: "Flexibilización y anticipación...". Obra citada, págs. 44 y ss.

de esa vía. Ha habido intentos (por ejemplo, en el Acuerdo Nacional de Empleo) de concebir la jubilación anticipada como una medida de fomento del empleo, pero la cobertura de las vacantes así creadas ha tenido poca relevancia, siendo escasos tanto los contratos de sustitución (Real Decreto 1194/1985) como los contratos de relevo (Real Decreto 1991/1984). En consecuencia, no se ha conectado debidamente la flexibilización de la edad de jubilación y la creación de empleo o la reducción del número de desempleados, siendo esa conexión la que, según la sentencia de 2 de Julio de 1981 TC (que declaró inconstitucional de la Disposición Adicional Quinta ET como norma que incondicionalmente incapacitaba para trabajar a los sesenta y nueve años) justificaba el establecimiento forzoso de una edad de jubilación.

Ante esta situación, resulta intrascendente que la edad de jubilación se adelante o se retrase si la reforma consiste nuevamente en fijar una regla única para todos los trabajadores, tal y como ha ocurrido tradicionalmente en la función pública. La solución vendrá dada por el adelanto o por el retraso de la edad de jubilación cuando en cada caso convenga ese adelanto o atraso, o bien mediante el establecimiento de un margen de edad de jubilación, mirando en cualquiera de los casos no sólo el interés de la empresa o el sector sino también el del trabajador. La flexibilidad ha de proyectarse no sólo en los sistemas mediante los cuales se pasa de una jubilación antes del tiempo normal al acceso a la pensión correspondiente sino también en la edad reglamentaria de jubilación, creando incentivos que permitan tanto adelantar esa edad cuando así convenga como alargarla más allá de los 65 años cuando también así convenga. Ambas proyecciones imponen una incidencia en una doble regulación legal: la extinción de la relación laboral por esa causa y el derecho a la pensión de jubilación con cargo a la Seguridad Social, con la peculiaridad de que respecto a esta última concurren algunos problemas financieros que requirieran una mayor cautela en su tratamiento.

2. LA EXTINCIÓN POR CAUSAS TECNOLÓGICAS O ECONÓMICAS Y FUERZA MAYOR. LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO.

2.1 Planteamiento.

Las peticiones de medidas de flexibilidad laboral hechas tradicionalmente por cierto sector doctrinal y especialmente por las organizaciones empresariales están encontrando eco en los últimos tiempos en medios allegados al Gobierno de la nación e incluso en algún miembro del

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

mismo y de manera confusa y a veces contradictoria esos altos cargos políticos están abordando en sus manifestaciones públicas el problema de la liberalización de los despidos, la flexibilización de las plantillas y la oportunidad o conveniencia de suprimir la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo, actualizándose de nuevo un debate que ya surgió en la doctrina iuslaborista española en el momento de promulgarse en 1980 la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Nuevamente hay que repetir que desde el punto de vista empresarial la legislación española adolece de un alto grado de rigidez en la regulación del procedimiento de reducción de plantillas por causas tecnológicas o económicas. Para conseguir este fin, las empresas topan con la exigencia de la autorización administrativa, obstáculo este que parece concentrar la gran mayoría de las críticas provenientes de los defensores de la flexibilidad en general y de esta materia en particular. Las propuestas que se formulan al respecto pueden resumirse de la siguiente manera⁽⁴⁴⁾: 1º.- La eliminación de todo tipo de intervención administrativa. 2º.- Reducir los controles administrativos con el fin de que se resuelva rápidamente la necesidad de ajuste de la plantilla de las empresas que atraviesan una situación de dificultad económica, evitándose cualquier lentitud que en la actualidad pueda producirse; constituye esta segunda propuesta una opinión más moderada que la anterior, cuya eficacia sería también relevante si se conjugara con otras medidas tendentes a flexibilizar el mercado laboral.

En cualquier caso, la cuestión planteada se encuentra estrechamente vinculada con el proceso de adaptación de la legislación nacional a las directivas de la Comunidad Económica Europea, que más adelante se expondrá. Sin duda alguna la posibilidad de suprimir la previa autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo se enmarca en la reforma del mercado laboral planteada en el programa del Convergencia. No obstante, resulta aceptable otorgar fiabilidad al temor de los sindicatos respecto a la posibilidad de que la supresión del mencionado requisito genere una avalancha de expedientes, especialmente en estos momentos de reagudización de los problemas económicos; más discutible sería, en cambio, aceptar el convencimiento de los sindicatos sobre la pretensión de algunas empresas de utilizar la facilidad de acometer despidos colectivos con el fin de sustituir a trabajadores fijos por contratados

(44) B. BLASCO SEGURA: "En torno a los expedientes de regulación de empleo". Puntal, Boletín del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales, nº 17, Diciembre 1992, pág. 31.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

temporales con posterioridad a la aplicación del expediente de regulación de empleo.

El conjunto de la regulación legal de la rescisión contractual hace que España tenga el despido más caro de Europa. Las trabas que encuentran en la legislación los empresarios en situación de dificultad económica hace que se vean obligados a aceptar condiciones gravosas impuestas por los sindicatos a la hora de negociar las rescisiones contractuales, en razón a la tardanza o incertidumbre de la resolución administrativa que autorice la rescisión, lo que vendría a incrementar los problemas e incluso abocar al cierre de la empresa.

Desde un punto de vista extralegal suele afirmarse, especialmente por los empresarios, que únicamente se autorizan los expedientes de regulación de empleo pactados. No es ello enteramente cierto, pero sí en cambio que la mayoría de los expedientes que se autorizan se encuentran pactados. Las razones son varias⁽⁴⁵⁾: 1ª.- El concepto de crisis empresarial es indeterminado; unas veces constituye un hecho evidente y otras veces se utilizan un conjunto de datos indicadores del futuro inmediato de la empresa, que puede ser atajado anticipadamente negociando acuerdos con los trabajadores. 2ª.- La tendencia cada vez más deseable de que las relaciones laborales se encaucen por medio de la negociación entre las partes. 3ª.- La dificultad de numerosas empresas de demostrar las causas económicas que padecen. Las pequeñas y medianas empresas superan el 90% del censo español y su contabilidad es frecuentemente escasa o deficiente. 4ª.- En el precedente período de fuerte crisis económica (años 1978 a 1984) la Administración demostró el criterio de aprobar solamente los expedientes que hubieran sido pactados. Ese precedente ha llegado a crear en las empresas la convicción de que el pacto previo es conveniente puesto que en la aprobación administrativa hay un alto componente de discrecionalidad y ante situaciones de tensión social, generadas con todos los factores que agreden la estabilidad en el empleo, la Administración endurece sus exigencias.

Las propuestas de reforma de la actual regulación legal son simples y a la vez confusas; simples porque propugnan la desaparición de la autorización administrativa y confusas porque las razones que se aportan para ello, queriendo justificar dicha propuesta, son poco concretas y mayormente coyunturales. Así, se dice que no es preciso eliminar la intervención de la Administración sino que esa intervención no constituya un obstáculo que impida una posible

(45) B. BLASCO SEGURA: "En torno a los expedientes...". Obra citada, pág. 32.

reinversión empresarial, o una reconversión o el mantenimiento de la empresa e incluso su adaptación y modernización para que sea competitiva. Al margen de soluciones teóricas, el objetivo esencial es alcanzar la flexibilización del despido colectivo adaptando la regulación del art. 51 ET y normas concordantes a la legislación europea, introduciendo las reformas previstas en el plan de Convergencia con los restantes países de la Comunidad Económica Europea, lo cual requiere una armonización respecto a los intereses de los trabajadores en un momento en que casualmente concurre una situación de fuerte recesión económica, lo que obliga a materializar esa adaptación a través de una negociación de la contratación laboral en la que intervengan empresarios, sindicatos y Gobierno.

2. 2 La extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor.

El art. 49.8 ET dice que el contrato de trabajo se extinguirá *"por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo"*. El art. 51.1 ET dispone: *"La existencia de fuerza mayor, para que produzca la extinción de las relaciones de trabajo, habrá de ser constatada por la autoridad competente. La resolución de la autoridad laboral que autorice la extinción producirá, en todo caso, sus efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor"*.

La Ley de 10 de Marzo de 1980, como se ve, no define al concepto de fuerza mayor en la rama social del Derecho, aunque le atribuye el efecto de extinguir el contrato. La sentencia de 22 de Diciembre de 1986 TS manifestó que *"es bien sabido que, en realidad, en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra definición alguna de la fuerza mayor, constando igualmente que es difícil hallar alguna rama de tal ordenamiento en la que, de modo expreso, no se aluda a la fuerza mayor, siempre, naturalmente para derivar de ello alguna liberación de responsabilidad de sujetos afectados o para justificar y legitimar algo que de otro modo no podía dejar de ser exigible"*.

La delimitación del concepto hace necesario acudir al art. 1105 del Código Civil: *"fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran"*

inevitables⁽⁴⁶⁾.

La Ley de Contrato de Trabajo de 26 de Enero de 1944 da una vez más muestras de calidad cuando en su art. 76.6 ejemplificaba la fuerza mayor, orientando así sobre los supuestos encuadrables en ese concepto: *"fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las causas siguientes: incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumulto o sediciones y, en general, cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previstos, no se hayan podido evitar"*⁽⁴⁷⁾.

Entrando ya sobre el controvertido aspecto de la intervención de la autoridad laboral, los arts. 49.8 y 51.1 y 10 apartado 2º del ET y los arts. 6 y 7 del Real Decreto 696/1980 de 14 de Abril (aplicación del ET a los expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo) imponen que para que la fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo determine la extinción de las relaciones laborales es preciso la intervención de la autoridad laboral.

Lo ratifica el art. 124 de la Ley de Procedimiento Laboral: *"El órgano judicial declarará nulo, de oficio o a instancia de parte, el acuerdo empresarial de extinción de contratos de trabajo por causas tecnológicas o económicas, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa, legalmente prevista"*.

En consecuencia, la intervención de la autoridad laboral no se limita a la constatación o verificación de la existencia de la fuerza mayor sino que se extiende a la autorización de extinción consiguiente de los contratos de trabajo.

La autoridad laboral competente es la consignada en el art. 6.1 del Real Decreto 696/1980: *"A los efectos que establece el art. 51 ET es autoridad competente para constatar la existencia de fuerza mayor con virtualidad para extinguir las relaciones de trabajo, el Delegado de Trabajo -hoy Director Provincial de Trabajo- de la provincia donde se hubiesen producido el hecho o hechos"*

(46) M. ALONSO OLEA: "Derecho del trabajo". Editorial facultades de Derecho; Universidad Complutense. 12ª Edición revisada 1991, pág. 421.

(47) I. ALBIOL MONTESINOS: "Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores". Revista de Derecho Privado, tomo IX (1988), volumen 2º, pág. 222.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

constitutivos de fuerza mayor, que imposibiliten definitivamente la prestación de trabajo, y si se hubiesen originado en dos o más provincias, la Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo".

Respecto a los efectos de la resolución administrativa expresa positiva, no genera por sí sola la extinción de los contratos sino que representa una autorización para que el empresario pueda resolver los contratos en atención a la fuerza mayor apreciada.

El art. 20.2 del Real Decreto 696/1980 (introducido por el Real Decreto 2732/1981 de 30 de Octubre) establece que *"en el caso de que el empresario no abonara la referida indemnización (que conforme al art. 51.10 ET será de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades; o aquella que resulte superior, admitido por el art. 20.1 del mismo Real Decreto) o existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador podrá, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.2-g) ET, demandar ante la Magistratura de Trabajo (Juzgado de lo Social) el pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir, mediante acción cuyo ejercicio seguirá las normas del procedimiento laboral ordinario, y en el que las afirmaciones de hecho de la resolución de la autoridad administrativa gozarán de presunción de certeza salvo prueba en contrario".*

Resulta incontrovertible que la empresa y los trabajadores pueden pactar unas indemnizaciones superiores al mínimo legal que establece el art. 51.10 ET. En estos casos es importante tener presente el art. 19.1 del Real Decreto 696/1980: *"En el supuesto de que las indemnizaciones recaídas en los procedimientos que regula el presente Real Decreto hubieran de ser abonadas por el Fondo de Garantía Salarial, en ningún caso podrán exceder aquéllas de la cuantía prevista para cada caso en el Estatuto de los Trabajadores, y de conformidad con las normas de dicho Fondo".*

Sobre la responsabilidad a cargo del Fondo de Garantía Salarial y recordando lo que antes se dijo respecto al elevadísimo porcentaje de empresas que son calificables como medianas o pequeñas, es relevante el art. 33.8 ET, que dispone: *"En empresas de menos de 25 trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente*

instruido en aplicación del art. 51 de esta Ley". La repercusión económica de este precepto es importante para las empresas que pretendan instruir un expediente de regulación de empleo y lo expuesto es aplicable tanto a los despidos colectivos basados en la fuerza mayor de la que ahora se está tratando como de los basados en causas económicas o tecnológicas de los que se tratará seguidamente. Sobre esta cuestión es significativa la sentencia de 27 de Junio de 1992 TS dictada resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina, sentando un criterio beneficioso para las pequeñas y medianas empresas. Dice así aquella resolución: "Dados los términos del art. 33.8 ET y partiendo del ámbito de referencia del mismo (empresa de menos de veinticinco trabajadores y extinción de relaciones laborales conforme al art. 51), la responsabilidad que establece con cargo al Fondo de Garantía Salarial es pura, directa y limitada: a) no está sujeta a condición o término, de modo que puede exigirse sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario (art. 2.2 del Real Decreto 505/1985 de 6 de Marzo, y en el mismo sentido el art. 33, apartado octavo, en relación con los apartados primero y segundo «a contrario sensu»); b) los términos imperativos del precepto, al igual que los del precitado Real Decreto, explícita y exclusivamente referidos al Fondo, ponen de manifiesto que éste tiene el carácter de obligado, directo e inmediato ante los trabajadores; c) la significación económica de dicha obligación se traduce en un mínimo, un porcentaje (el cuarenta por ciento) de la indemnización legal, no de la pactada". Añade a continuación: "A lo expuesto ha de añadirse que la mentada responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial constituye propiamente (en la ratio de la norma) no tanto una garantía de cobro para el trabajador, pues su efectividad no se supedita a supuestos de insolvencia de la empresa, cuanto una medida de apoyo o protección de las pequeñas empresas (han de tener menos de veinticinco trabajadores) que, sea por causas económicas sea por motivos tecnológicos (empleando los términos del art. 51), precisan de una reestructuración de la plantilla. Debe resaltarse, en relación con tal extremo, la objetivación de los datos en que se enmarca el nacimiento de la comentada obligación del Fondo, y que son los que acaban de mencionarse, fuera, por lo tanto, de todo análisis individualizado o particularizado de la situación de la empresa o de las empresas a que, en su caso, pudiera afectar la aplicación del precepto". Finalmente dice: "La referencia que hace el art. 33.8 del Estatuto de la extinción de los contratos de trabajo como consecuencia del expediente instruido en aplicación del art. 51 de esta Ley (del mismo modo el art. 2.2 del Real Decreto 505/1985) debe entenderse en el sentido de que sus previsiones han de aplicarse también a aquellos casos en que el primer período, el consultivo, concluya con acuerdo de las partes, pues el concepto de «expediente» (tanto por los propios términos de la Ley como por la esencial unidad

del procedimiento regulado) abarca tanto a la fase de consultas previas (los apartados segundo y tercero del art. 51 hablan también de «expediente»), como al acuerdo que subsigue, en su caso, a éstas (art. 51.5), como igualmente a la tramitación ante la autoridad laboral y a la resolución por ésta en supuesto de desacuerdo (art. 51.1 y apartados siguientes). Tal conclusión, que posibilita la consecución de mejoras económicas para los trabajadores, es acorde con la finalidad propia del expediente regulado por el mencionado art. 51, ya que facilita con ello la obtención de acuerdos referidos a la pretendida extinción de las relaciones laborales. A todo ello no obsta lo dispuesto por el art. 12 in fine del Real Decreto 696/1980, de 14 de abril, ya que la obligación del Fondo de Garantía Salarial, que prescribe el art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, surge de una norma posterior y de superior rango a aquélla, cual la Ley 32/1984, de 2 de Agosto, modificadora del Estatuto».

2. 3 La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas.

El art. 49.9 ET prevé como causa de extinción del contrato de trabajo la *"cesación de la industria, comercio o servicio de forma definitiva, fundada en causas tecnológicas o económicas, siempre que aquélla haya sido debidamente autorizada conforme a lo dispuesto en esta Ley"*.

Las causas económicas o los motivos tecnológicos que menciona ese precepto y el art. 51.2 ET vienen siendo entendidos de la siguiente manera: a) Causa económica es aquella que genera la inviabilidad de la empresa como consecuencia de las continuas pérdidas. La doctrina lo describe como la serie de acaecimientos en virtud de los cuales la empresa está produciendo continuamente a pérdidas pese a los esfuerzos que se hayan podido hacer, faltando los recursos, o siendo inútil la inversión de los que pudieran obtener para la prosecución de la actividad productiva⁽⁴⁸⁾. La sentencia de 4 de Noviembre de 1981 TS lo definió así: *"cualquier modalidad de un estado desequilibrado y crítico en la estructura económica y financiera de la empresa"*. b) Motivo tecnológico es la necesidad de reestructurar o reconvertir la organización empresarial para que siga funcionando o produciendo en mejores condiciones. Así, existe causa tecnológica cuando la empresa procede a adaptar la forma de producción a los cambios tecnológicos operados en el sector de que se trate y, como consecuencia, necesite reducir los efectivos de mano de obra,

(48) M. ALONSO OLEA: "Derecho del trabajo". Obra citada, pág. 422.
I. ALBIOL MONTESINOS: "Comentarios...". Obra citada, pág. 276.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

debiendo existir una relación causal directa e inmediata entre la adaptación tecnológica y la reducción de personal. c) En relación a las causas tecnológicas la sentencia de 17 de Enero de 1985 TC dijo: *"Son aquellas que implican modificación o alteración del proceso de producción, introduciendo nuevos métodos que conllevan reestructuración de los servicios o especializaciones precisas"*.

Nuevamente aparece para estos supuestos el requisito de la autorización administrativa que se fundamenta, en palabras de la sentencia de 29 de Enero de 1987 TS, *"en la voluntad del legislador de la exclusión de la resolución contractual unilateral por el empresario de los contratos fundados en estas causas"*.

La iniciativa del procedimiento para la solicitud de la autorización administrativa corresponde al empresario interesado (art. 51.2 ET), por lo que no cabe la iniciación de oficio. Subsidiariamente el art. 51.2 párrafo 2º ET establece que *"los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar la autorización si racionalmente se presumiera que la no incoación del expediente por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación"*.

Es obligatorio que antes de solicitar la autorización administrativa el empresario abra un período de 30 días naturales de consultas y negociaciones con los representantes legales de los trabajadores, salvo en los casos en que las extinciones previstas lo sean por causa de fuerza mayor, debiendo facilitar a aquéllos la información y documentación acreditativa (art. 51.3 ET). El incumplimiento de esta obligación permite aplicar el art. 7.6 de la Ley 8/1988 de 7 de Abril sobre infracciones y sanciones de orden social, que considera infracción grave *"la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos"*.

El acuerdo que se alcance suele prever las indemnizaciones que con cargo a la empresa habrán de percibir los trabajadores que vayan a ser despedidos, pudiendo ser aquella indemnización superior, aunque nunca inferior, a la dispuesta por el art. 51.10 ET, que no es una norma imperativa; no obstante, al provenir de un pacto voluntario no serán abonadas totalmente por el Fondo de Garantía Salarial si el empresario es insolvente porque el Fondo efectúa el pago dentro de los límites que señala el art. 33 ET.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Si se autoriza la resolución de los contratos, dejando a salvo el derecho de prioridad a permanecer en la empresa que asiste a los representantes legales de los trabajadores (art. 51.9 ET), ni el empresario al despedir ni la resolución administrativa al autorizar la extinción están obligados a respetar cualquier orden de prioridades que la legislación prestatutaria estableció, como han declarado las sentencias de 12 de Septiembre de 1990 y 26 de Diciembre de 1988 (ésta de la Sala de conflictos) TS. En la práctica, la selección de los trabajadores afectados por la resolución de sus contratos suele ser conforme al orden inverso de antigüedad. En todo caso el criterio de selección no puede ser discriminatorio a la luz del art. 17.1 ET⁽⁴⁹⁾.

La resolución administrativa firme que autorice la resolución de los contratos corresponde ejecutarla al empresario, según reconoció la sentencia de 30 de Octubre de 1989 TS, pudiendo aquella resolución fijar un plazo para esa ejecución, según admitió la sentencia de 13 de Septiembre de 1990 TS. En cualquier caso la resolución no dispone el mecanismo de su cumplimiento sino que se limita a crear las condiciones para el ejercicio de un derecho (Auto de 21 de Marzo de 1988 de la Audiencia Nacional).

2. 4 Adecuación del art. 51 ET a la Directiva 75/129 CEE en materia de despidos colectivos.

Las diferencias más radicales entre la Directiva 129 de 17 de Febrero de 1975 de la CEE sobre despidos colectivos y el ordenamiento español se encuentran en el aspecto procedimental. No obstante, la Directiva deja poco claro si lo que deben establecer las legislaciones nacionales es un procedimiento de consulta o de negociación colectiva; el art. 2.1 es ambiguo al decir que el empresario *"deberá consultar a los representantes de los trabajadores con vistas a un acuerdo"*. Por lo tanto se delega en los ordenamientos internos la regulación de las formas de las consultas, el número de las mismas, etc. Tampoco especifica las consecuencias de un eventual incumplimiento de esa obligación de consultar, por lo que los estados miembros podrán optar entre abstenerse de fijar alguna sanción a dicha inobservancia o declarar la invalidez de los despidos que se produzcan sin respetar el procedimiento de consulta, pudiendo declarar esa invalidez los

(49) M. ALONSO OLEA: "Derecho del trabajo". Obra citada, pág. 430.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Tribunales o la autoridad competente, a efectos de conceder o no la pertinente autorización⁽⁵⁰⁾.

En cualquier caso la diferencia de procedimiento entre la Directiva comunitaria y la legislación española es evidente en lo que atañe a la intervención de la autoridad administrativa. Según el art. 3.1 de aquélla, el empresario *"estará obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido a la autoridad pública competente"*; los despidos colectivos cuyo proyecto se haya notificado surtirán efectos a partir de los 30 días posteriores a la notificación (art. 4.1). En consecuencia la Directiva no exige la autorización administrativa para proceder a la extinción colectiva de los contratos laborales por causas económicas o tecnológicas. Sin embargo, el art. 5 introduce una salvedad: *"La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores"*. Al amparo de este precepto se puede sostener que el art. 51 ET representa una mayor garantía y protección en favor de los trabajadores al exigir la autorización administrativa previa a las extinciones contractuales, ya que de esa manera se establece un obstáculo a la práctica de libres decisiones empresariales⁽⁵¹⁾.

Por consiguiente la Directiva comunitaria no establece el requisito de la intervención de la autoridad laboral, pero tácitamente contempla la posibilidad de que la misma se produzca por resultar ello más favorable para los trabajadores en los ordenamientos internos en que así se disponga⁽⁵²⁾. Sin embargo, cuando se habla de flexibilidad y se aborda el problema de los despidos colectivos en el ordenamiento español, se hace constante y casi única la alusión a la eliminación de la autorización administrativa que prevé el art. 51 ET, aunque por el momento se desconoce si en el caso de que se eliminara el controvertido requisito se mantendría o no algún mecanismo de control de la decisión empresarial que contentara a los sindicatos que se oponen a cualquier medida en esa línea de eliminación de trabas. Como se apuntó al inicio, la reforma que pudiera introducirse también podría venir determinada a través de una modificación del grado y naturaleza de la intervención administrativa. Con más detalle se expondrá en el siguiente apartado las

(50) B. BLASCO SEGURA: "La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: El expediente de regulación de empleo". Actualidad Laboral, tomo XLI (1992), pág. 599.

(51) F. SUAREZ GONZÁLEZ: "El espacio social europeo". En "Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo (Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles al profesor Alonso Olea)". Madrid 1990, pág. 124.

(52) J.M. RAMIREZ MARTINEZ: "Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas: Normas comunitarias y régimen español". Actualidad Laboral, n° 33 (1987), págs. 1811 y ss.

propuestas reformativas al abrigo de la Directiva comunitaria comentada y el Convenio nº 158 de la O.I.T.

2. 5 Reivindicaciones empresariales y posición de los sindicatos.

Las peticiones de los empresarios respecto a la regulación legal de los expedientes de regulación de empleo se concretan sobre las siguientes materias⁽⁵³⁾: 1ª.- La derogación de los arts. 49.9 y 51 ET sobre extinción de la relación contractual por causas tecnológicas o económicas. 2ª.- La sustitución de la necesidad de la previa autorización administrativa por el sistema imperante en otros países europeos de consultar con los representantes de los trabajadores y notificar la decisión empresarial a la autoridad competente. 3ª.- La separación en el régimen de los despidos individuales por causas económicas o tecnológicas y de los despidos colectivos. Para los primeros, en cuanto motivo legítimo de extinción contractual, la única obligación importante con cargo a la empresa sería la de preavisar al interesado, pudiendo sustituir el período de preaviso por una compensación económica acorde con las circunstancias afectantes a la empresa y las características del trabajador. 4ª.- Las pequeñas empresas debieran ser objeto de normas específicas en el caso de los despidos individuales y quedar exoneradas del procedimiento en el caso de despidos colectivos o bien beneficiarse de reducciones en las indemnizaciones, en los trámites y en los plazos y ver facilitada la demostración de la causa económica o tecnológica. 5ª.- El control de la extinción contractual por estos motivos debiera ser jurisdiccional, mediante un procedimiento ágil y especial. 6ª.- Desestimar los pactos por los que se acuerdan indemnizaciones superiores al módulo legal que se establezca.

A la vista de estos planteamientos y exceptuando lo reseñado respecto a la extinción individual en las pequeñas empresas, no se aprecia la reivindicación del despido libre, puesto que la causa económica o tecnológica ha de existir en todo caso y ello sería controlable, inmediatamente después de producida la extinción contractual, por los Tribunales conforme a la petición que expresamente se hace sobre este punto. Por el contrario, se aprecia que en aquellos planteamientos subyace el deseo de que la Directiva comunitaria de 17 de Febrero de 1975 se aplique en lo que contiene como regla general, esto es, la previa autorización administrativa y

(53) T. SALA FRANCO: "Flexibilidad del mercado de trabajo y derecho del trabajo en España". Revista del Colegio de Abogados de Vizcaya, nº 35 (Marzo-Abril 1987), pág. 56.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

posterior control judicial en vía contencioso-administrativa quedaría sustituido por la consulta a los representantes legales de los trabajadores y el control a posteriori de los Tribunales en vía laboral y, posiblemente, admitiendo que la extinción sea indemnizada.

Por otra parte, los empresarios reclaman una diferenciación no prevista actualmente por el art. 51 ET: el trato separado de los despidos individuales por causas económicas o tecnológicas y los despidos colectivos por idénticas causas. Para los primeros solicitan un auténtico despido libre si el trabajador afectado lo es de una empresa pequeña y para las restantes empresas la aspiración consiste en sustituir el procedimiento actual por un preaviso sustituible por una indemnización y con un control judicial posterior de la causa concurrente que movió a la empresa a la extinción.

Ante esas reivindicaciones cabe preguntarse si la regulación actual en el Derecho español es tan rígida como pudiera pensarse al examinar aquéllas. La respuesta tendría un importante grado de subjetivismo porque una cosa son los datos objetivos concurrentes en comparación a otros ordenamientos y otra cosa es la conclusión que cada observador o parte interesada alcance sobre este problema. Con el fin de facilitar la conformación de opiniones, es interesante tener presente las siguientes circunstancias: 1ª.- La mayoría de los expedientes de regulación de empleo son autorizados administrativamente. 2ª.- No se critican los plazos que ha de cumplir la Administración puesto que habitualmente no se excede del límite legal. 3ª.- Resulta habitual que los expedientes se hayan pactado previamente entre la empresa y los representantes legales, con lo que la Administración ratifica lo previamente pactado. 4ª.- También es habitual que las indemnizaciones negociadas superen el módulo legal de 20 días de salario por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades.

Por consiguiente, no parece que sea relevante el protagonismo asignado por la Ley a la autoridad administrativa laboral, por lo que aparentemente las reclamaciones empresariales serían exageradas. No obstante, la justificación de las mismas pudieran ser algunas o quizá todas las siguientes⁽⁵⁴⁾: 1ª.- La aspiración a que en las relaciones laborales impere la negociación y la autonomía colectiva, excluyendo los intervencionismos administrativos. 2ª.- El temor a que se produzca un "dumping social" que perjudique a las empresas españolas en comparación a las de

(54) T. SALA FRANCO: "Flexibilidad del mercado...", Obra citada, pág. 58.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

otros países europeos que poseen legislaciones más flexibles. 3ª.- La sospecha de que el alto porcentaje de expedientes autorizados se deba a que éstos ya se encuentran previamente pactados y lo están porque las indemnizaciones son superiores al mínimo legal, con lo cual los despidos colectivos resultan para las empresas más caros de lo que el ordenamiento establece y aquéllas temen que un cambio de orientación en esta realidad generaría un incremento de expedientes rechazados por la autoridad laboral. 4ª.- Otro temor de las empresas: proporcionar a la Administración laboral la documentación necesaria que, por diversos motivos, prefiere guardar con reserva.

La primera razón expuesta es absolutamente defendible en atención a razones que son aplicables con generalidad a la regulación legal de las relaciones laborales y que, por su extensión y naturaleza, desborda la presente cuestión y se enlaza con el concepto de flexibilidad laboral. La segunda razón también es admisible, aunque pudiera ser cualitativamente reducida si se tiene presente que el Fondo de Garantía Salarial abona unas cantidades importantes en el caso de que la empresa no pueda pagar las indemnizaciones e incluso abona directamente un porcentaje en caso de extinción en pequeñas empresas (art. 33.2 y 8 ET); así mismo el art. 52 c) ET admite la amortización de un puesto de trabajo por causas de necesidad objetivamente acreditada en empresas pequeñas y medianas; y también se puede destacar las posibilidades de sustituir la readmisión por la indemnización en los despidos disciplinarios. Respecto a la tercera razón, pudiera contraargumentarse que si el partido político dominante fuera sustituido por otro, también cambiarían las autoridades laborales encargadas de autorizar los expedientes de regulación de empleo, con lo que la sospecha de que en un determinado momento esas autoridades mantienen un criterio "*pro operario*" pudiera ser cambiado por la misma sospecha, procedente de los sindicatos. La última razón expuesta es realmente la más frágil de todas porque la documentación que se temiera exhibir a la Administración habría que entregarla en todo caso a la autoridad judicial que a posteriori examinara la legitimidad de la decisión empresarial e incluso previamente a los representantes legales de los trabajadores en cumplimiento de la Directiva comunitaria que se invoca en apoyo de las reivindicaciones comentadas.

Desde el otro punto de vista, es llamativo que los sindicatos se opongan tenazmente a la modificación del art. 51 ET si se tiene presente que las empresas ni reclaman un despido libre ni se oponen al control judicial posterior promovible por los afectados. Las razones que pueden

explicar el criterio de los sindicatos pueden ser las siguientes⁽⁵⁵⁾: 1ª.- Que efectivamente sea cierto que la Administración solamente autoriza los expedientes pactados en los que se hayan negociado indemnizaciones superiores a las legales, y los sindicatos conozcan esa realidad. Posiblemente ocurra también que a los sindicatos les resulta más cómodo que el control del expediente lo realice la Administración en lugar de tomar la iniciativa y plantear dicho control ante los Tribunales. 2ª.- El temor de los sindicatos a la autonomía colectiva, bien por falta de afiliación o bien por falta de apoyo a las movilizaciones que propugne, especialmente en las pequeñas empresas. Es posible también que crean carecer de los medios humanos y materiales precisos para comprobar la certeza de la causa económica o tecnológica alegada por la empresa. 3ª.- El temor al control judicial, tanto por no poder defender adecuadamente la inexactitud de la causa que intenta hacer valer la empresa o por el recelo de que los juzgadores carezcan de la experiencia necesaria para enjuiciar técnicamente el problema, como por la desconfianza a que los Tribunales posean el mismo grado de sensibilidad que la Administración ante sus problemas laborales colectivos. 4ª.- Razones de política sindical; fundamentalmente la imagen de rígida oposición que los sindicatos ofrecen a los trabajadores respecto a cualquier aspiración de los empresarios, les mueve a inadmitir las propuestas de éstos especialmente cuando se trata de medidas flexibilizadoras.

3. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS.

3.1 Introducción.

Con esta denominación los arts. 52 y 53 ET regulan un conjunto de supuestos en los que la empresa puede proceder a la extinción del contrato de trabajo. Esas causas, previstas genéricamente en el art. 49.12 ET y desarrolladas por aquellos preceptos, suelen pasar desapercibidas en razón a la escasez de su aplicación en comparación a otras causas extintivas, posiblemente por la estrechez de su ámbito. Su mera presencia en el ordenamiento laboral es positiva y su regulación, bastante pormenorizada, puede ser objeto del examen que va a exponerse a continuación siguiendo el orden de la misma Ley, es decir, comenzando por las causas de extinción y finalizando con el procedimiento de extinción.

(55) T. SALA FRANCO: "Flexibilidad del mercado...". Obra citada, pág. 60.

3. 2 Las causas de extinción.

El art. 52 ET señala las siguientes causas:

1ª.- La ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. No puede esgrimirse válidamente esta causa si hubiera mediado un período de prueba, que ha de servir para comprobar la aptitud del trabajador, pero si la ineptitud es posterior a dicho período podrá aplicarse este precepto. La carga de probar la ineptitud es siempre de la empresa, correspondiendo en último término su apreciación a la autoridad judicial, que habrá de estimarla no sólo cuando la ineptitud sea absoluta sino también cuando el rendimiento sea muy escaso, esto es, económicamente insostenible para la empresa, bien se aprecie esta circunstancia de manera directa o bien en comparación con el rendimiento medio de los demás trabajadores que ostenten la misma categoría. El grado de exigencia que en la apreciación de esos hechos aplique el órgano judicial determinará a su vez el aporte de flexibilidad de aquél, de cuya decisión dependerá que la empresa pueda extinguir el contrato con un trabajador cuyo rendimiento es escaso o casi nulo o, por el contrario, haya de mantenerlo entre los recursos humanos destinados a la producción.

2ª.- Falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación. Constituye ello una legítima exigencia al trabajador de que, lejos de cualquier anquilosamiento profesional, se adapte a los cambios técnicos que en medida variable es lógico esperar que se produzcan a lo largo de su dilatado período de servicio a la empresa, supuesto este que, a diferencia de los contratos temporales, es el más susceptible de suscitar la aplicación de esta causa. El precepto no establece el grado de dificultad del proceso de adaptación sino que se limita a señalar que el cambio ha de ser razonable, es decir, el exigible a todo trabajador dotado de una capacidad media. El otro requisito es que haya transcurrido como mínimo dos meses; este período podría ser más reducido con el fin de instar un incremento del esfuerzo de adaptación; la generosidad del plazo -que tampoco es extremada- permite ampliar indirectamente el concepto de cambio razonable puesto que durante dos meses puede producirse una adaptación a modificaciones que exceden del calificativo de simples o accidentales.

Por otra parte, el precepto establece que la adaptación puede realizarse a través de un curso de reconversión o perfeccionamiento. Durante ese período el contrato quedará en suspenso,

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

con el límite de tres meses, que lógicamente es incompatible con el período de dos meses indicado en el inciso inicial del precepto. Aunque el contrato quede en suspenso, el trabajador mantiene el derecho a percibir el salario medio que viniera devengando, con lo cual estamos en presencia de una suspensión contractual cuyos efectos son peculiares. Habrá que entender en relación a los citados cursos: a) Que son de cumplimiento obligatorio, de tal manera que la negativa del trabajador daría lugar a la extinción del contrato por falta de adaptación al cambio técnico operado, e incluso puede sostenerse que esa negativa implica tácitamente la provocación de una extinción indemnizada que la empresa no ha de soportar, por lo que resulta defendible que dicha negativa diera lugar a un despido disciplinario. b) La ineptitud evidenciada a lo largo del curso y a su finalización dará lugar a la extinción contractual sin necesidad de que aquella se ponga de manifiesto tras la reincorporación al puesto de trabajo y la consiguiente manifestación de ineptitud. Este derecho de la empresa, al igual que la posibilidad apuntada de imponer un despido disciplinario, es la contrapartida al ofrecimiento empresarial del curso de adaptación que redundará no sólo en beneficio de la empresa sino también del trabajador al que se le facilitan los medios para la conservación de su puesto de trabajo.

3ª.- En las empresas de menos de cincuenta trabajadores, por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado, cuando no proceda utilizar los servicios del trabajador afectado en otras tareas de la empresa en la misma localidad. Claramente este precepto constituye una ayuda a las pequeñas y medianas empresas, cuyas posibilidades de movilidad funcional, en razón a la escasa dimensión de su plantilla y la capacidad productiva, son muy limitadas y precisan por ello de un mecanismo legal de amortización de un puesto de trabajo concreto. La empresa ha de acreditar la necesidad objetiva de suprimir el puesto, que, dados los términos literales del precepto, siempre habrá de ser uno sólo; la Ley no admite que la amortización afecte a mayor número de trabajadores aun cuando éstos sean escasos, por ejemplo dos o tres, por lo que en estos supuestos habrá que acudir a un expediente de regulación de empleo por causas económicas o tecnológicas.

El segundo inciso del precepto prevé un supuesto de movilidad geográfica en forma de traslado: si la empresa contase con un puesto vacante en otro centro de trabajo en distinta localidad, el trabajador podrá ocuparlo, solicitando el traslado con derecho a las compensaciones económicas legales. Estas últimas son las que señala el art. 40.2 ET, y sin embargo el art. 52. c) ET no exige que para esos traslados la empresa solicite el permiso de la autoridad laboral en los términos que regula el apartado 1 del art. 40 ET.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

4ª.- Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por 100 en los mismos período de tiempo.

Este supuesto constituye propiamente una causa objetiva de extinción contractual. Pueden destacarse las siguientes circunstancias: a) Las causas de asistencia pueden dar lugar a la extinción del contrato aun siendo justificadas, toda vez que, excluidas las causas que señala el párrafo siguiente como irrelevantes a estos efectos, toda ausencia acumulada o frecuente origina un incontrovertible perjuicio a la empresa por razón de la desatención del puesto de trabajo. b) El precepto establece una cifra objetiva de inasistencias, que podría ser más reducido, con el consiguiente beneficio para las empresas y el mayor grado de exigencia a los trabajadores propensos a incurrir en tales irregularidades que alteran el normal desenvolvimiento de la relación laboral. c) Parece que el precepto sustrae gran parte de relevancia a las ausencias comentadas en el supuesto de que el absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo durante el período computable no supere el 5 por 100 porque en caso contrario la concurrencia de los otros requisitos devendría intrascendente. La exigencia se convierte en un extraño intento de compeler al conjunto de trabajadores del centro a limitar las faltas de asistencia, creando un principio de solidaridad que impide enjuiciar conductas aisladas como si el objetivo del precepto fuera resguardar a la empresa de los perjuicios de un absentismo masivo en lugar de facilitar a la misma un medio de acabar con la presencia de trabajadores que incurren en dichas faltas de asistencia, los cuales quedan ajenos a la aplicación del precepto si el absentismo en el centro de trabajo no supera el porcentaje señalado, por lo que sería deseable para las empresas la eliminación de ese obstáculo.

3. 3 Forma y efectos de la extinción.

El art. 53.1 ET señala los requisitos que ha de cumplir la empresa a la hora de extinguir el contrato por alguna de las causas que enumera el precepto anterior. Esos requisitos formales son imperativos e indisponibles, generando su inobservancia la declaración de nulidad de la extinción conforme prevé el art. 122.2 LPL. La expresión de la causa conlleva la prueba de la misma a cargo de la empresa en vía judicial, según dispone el art. 122.1 LPL.

La indemnización que hay que poner a disposición del trabajador simultáneamente a la comunicación escrita es de 20 días de salario por año de servicio y con un máximo de doce

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

mensualidades. Pudiera propugnarse una reducción del costo de la extinción e incluso defender la supresión de la indemnización puesto que la extinción no procedería de una causa atribuible a la empresa por razón del ejercicio de las facultades disciplinarias o por las causas económicas que hacen inviable su continuidad para los titulares de la misma (excepto en el caso de amortización en pequeñas y medianas empresas en las que las razones económicas son comprensibles con facilidad), sino que procedería de alguna de las causas legales comentadas que legitiman a la empresa a tomar esa decisión, que sería la reacción, amparada legalmente, ante una conducta del trabajador al que se le exige un grado razonable de diligencia y adaptabilidad para que su presencia en la empresa continúe siendo rentable para la otra parte contratante.

Durante el período de preaviso (variable según la antigüedad del trabajador afectado, criterio éste que difícilmente concuerda con la finalidad de dicho período, salvo que se invocaran razones éticas de consideración respetuosa en favor del trabajador ganada a lo largo de su prestación laboral para la empresa), el interesado dispondrá de una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo, sin pérdida de retribución; con ello se produce un incremento en el costo de la extinción, lógicamente con cargo exclusivo a la empresa.

El apartado 4 del art. 53 ET establece que aunque en principio el incumplimiento de los requisitos formales determinará la nulidad de la extinción, la no concesión del preaviso no anulará la decisión extintiva, si bien el empresario, con independencia de los demás efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho período. De esta manera se concede a la empresa la posibilidad de que, aun sin evitar costo salarial alguno, proceda a la inmediata extinción del contrato del trabajador cuya continuidad provisional le ocasiona un perjuicio grave. En todo caso el derecho al período de preaviso queda salvaguardado puesto que, si la extinción se declara nula o improcedente, no se deducen los salarios correspondientes al período de preaviso en la cantidad que deba percibir el trabajador en concepto de salarios de tramitación (art. 123.2 LPL).

Finalmente, el apartado 5 del art. 53 ET regula los efectos de la calificación judicial de la decisión extintiva, que podrá ser de nulidad, procedencia o improcedencia al igual que en el caso de despido disciplinario. Se pueden destacar dos circunstancias sobre este punto: 1ª.- La declaración de nulidad no procederá por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador (art. 122.3 LPL). 2ª.- La indemnización que

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

habrá de pagar la empresa si, declarada la improcedencia de la extinción, aquélla opta por la compensación económica sustitutoria de la readmisión, es la dispuesta por el art. 56.1 a) ET, es decir, 45 días de salario por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Este costo es muy elevado y su rebaja se enmarca en el ámbito de las propuestas de flexibilidad laboral, siendo posiblemente la defendida con más contundencia en materia de despidos. Será examinado este aspecto de la extinción contractual nuevamente y con mayor detenimiento en el apartado dedicado al despido disciplinario. Por otra parte, ha de considerarse defendible que la declaración judicial firme de nulidad de la extinción por causas objetivas se ejecute gozando la empresa de las posibilidades que respecto al ámbito de la efectiva readmisión contempla la Ley de Procedimiento Laboral, que se examinarán igualmente con ocasión de referirse al despido disciplinario.

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR.

4.1 Consideraciones generales.

El art. 50 ET regula la extinción por voluntad del trabajador, señalando el apartado 1 las causas justas para que el trabajador pueda solicitarla y estableciendo el apartado 2 que en tales casos el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.

Un sector de la Doctrina opina que el art. 50 ET es una manifestación específica del régimen general de resolución de los contratos previsto por el art. 1124 del Código Civil⁽⁵⁶⁾; si conforme a este precepto el contrato puede resolverse como consecuencia del incumplimiento cometido por una de las partes, también el contrato laboral, al amparo del art. 50 ET, puede ser resuelto por iniciativa del trabajador ante un incumplimiento cometido por el empresario. Las peculiaridades del precepto estatutario radican en que el mismo especifica los incumplimientos contractuales que merecen generar el efecto extintivo y fija una indemnización a cargo de la empresa incumplidora que sustituye a la indemnización por daños y perjuicios, los cuales no han

(56) E. BORRAJO DACRUZ: "Reinterpretación jurisprudencial del art. 50 ET". Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos a Manuel Alonso Olea. Mº de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1990, pág. 18.
M. GARCÍA FERNÁNDEZ: "La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador". Universidad de Palma de Mallorca, 1983, pág. 83.
I. ALBIOL MONTESINOS: "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador". Revista de Trabajo, 93/1989, pág. 21.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

de ser acreditados por el trabajador evitándosele la carga de la prueba, al tiempo que se elimina la facultad del juzgador para apreciar y valorar la reparación en favor del trabajador. Esta teoría es discutible y no compartida por la totalidad de la Doctrina, pero no se encuentra carente de una importante fundamentación.

Por otra parte, puede apreciarse un paralelismo entre el art. 50 ET y el art. 54 ET. El primero se refiere a la extinción contractual basada en el incumplimiento del empresario y el segundo se refiere a la decisión extintiva tomada por el empresario en razón a un incumplimiento del trabajador. Ello justifica una similitud de los criterios aplicables en la valoración de los hechos que en cada caso se invoquen para la aplicación de uno y otro precepto, porque resulta equitativo que los requisitos que se exigen para que la conducta de un trabajador merezca el despido han de ser semejantes a los que ha de exigirse a la conducta empresarial para que el trabajador inste legítimamente la resolución contractual.

Ante un concreto incumplimiento empresarial, el trabajador puede optar entre reclamar el cumplimiento de la obligación con cargo al empresario o solicitar la extinción contractual con derecho a ser indemnizado, siempre que, en el segundo caso, el incumplimiento sea encuadrable en el art. 50 ET. Si ese encaje no es posible o si la reclamación consiste en hacer cumplir a la empresa su obligación, tácitamente el trabajador estará mostrando la intención de proseguir la vigencia del contrato; si por el contrario, el trabajador entiende que puede optar por pedir la resolución del contrato, ello no le impedirá la simultánea o sucesiva petición de cumplimiento de la obligación empresarial, siendo el ejemplo más evidente el del continuado retraso en la percepción o el impago de los salarios.

Ante la regulación legal de esta materia, la medida flexibilizadora más relevante que puede reclamarse es nuevamente la del abaratamiento del costo, esto es, de la indemnización a que tiene derecho el trabajador en caso de ser estimada su reclamación, que en la actualidad es idéntica a la de un despido improcedente. Por otra parte, el rigor o el nivel de exigencia de los Tribunales en el enjuiciamiento de las causas alegadas al amparo del art. 50 ET marca el grado de contribución de aquéllos en la tarea de conseguir no una modificación del régimen legal sino que se dispense un trato igualitario en compensación al que reciben los trabajadores en asuntos de despidos disciplinarios.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Hay que partir de la idea de que el principio de conservación de los contratos obliga a limitar la aplicación del art. 50 ET a los casos en que la conducta del empresario revela la intención de no cumplir sus obligaciones esenciales y, ante la falta de una declaración expresa en ese sentido por parte de aquél (lo que se traduciría en un despido directo) se debe exigir por ello que dicha conducta empresarial se manifieste mediante actos concluyentes en los que concurren las notas de gravedad y, para algunos autores⁽⁵⁷⁾ y una parte de la Jurisprudencia, también de culpabilidad.

La Jurisprudencia no se muestra contundente a la hora de ofrecer una teoría general sobre el alcance cualitativo del art. 50 ET sino que se limita a interpretar el precepto conforme a las concretas circunstancias de hecho concurrentes en cada caso. Entre las escasas formulaciones generales se encuentran las de las sentencias de 2 de Julio de 1987 y 27 de Julio y 19 de Septiembre de 1988 TS en las que se dice que ha de rehuirse la aplicación terminante y mecanicista de los incumplimientos empresariales tipificados, procurando que la buena fe y la lealtad, singularmente exigibles en la relación laboral por su intrínseca naturaleza, queden potenciadas al máximo y se eviten así las exigencias abusivas y atentatorias al orden ético y humano en que el empresario y el trabajador pueden incurrir; por ello, han de valorarse las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, a fin de no conculcar el criterio finalista de la norma, que no es susceptible de interpretación extensiva. Es evidente que tras la declaración genérica reseñada, las resoluciones judiciales citadas insisten en las peculiaridades de cada caso concreto, manteniendo un paralelismo con la interpretación de las causas de despido disciplinario y los criterios restrictivos con los que la Jurisprudencia aborda esa labor, así como con respecto a la valoración de las circunstancias objetivas y subjetivas, evitando de esa manera, como señalan las sentencias de 20 de Enero de 1987 TS y 17 de Octubre de 1984 TCT, tanto la actuación objetiva y automática de las causas de despido como la actuación sorpresiva del empresario en el ejercicio de sus poderes disciplinarios.

También es común en la Jurisprudencia exigir que la aplicación del art. 50 ET precise de un incumplimiento de los deberes contractuales del empresario, o de una situación objetiva ante la que se encuentre el trabajador, caracterizados por la nota de la gravedad, eludiendo en cambio habitualmente el tema de la culpabilidad.

(57) E. BORRAJO DACRUZ: "Reinterpretación jurisprudencial...". Obra citada, pág. 38.

Finalmente, debe hacerse otra consideración que se desarrollará más adelante. La resolución contractual que contempla el art. 50 ET se refiere a incumplimientos de las obligaciones a cargo del empresario respecto a un trabajador o un grupo reducido de trabajadores, quedando excluida su aplicación a situaciones colectivas motivadas por circunstancias económicas o tecnológicas o derivadas de fuerza mayor. Esta situación puede darse en caso de impago de salarios o retraso continuado del abono, habiéndose pronunciado la Jurisprudencia en el sentido de que el trabajador no puede ampararse en el precepto legal comentado cuando se ha iniciado un expediente de regulación de empleo (Sentencia de 12 de Mayo de 1988 TS) o cuando disminuye la actividad de la empresa como consecuencia de un convenio alcanzado en una situación de suspensión de pagos (Sentencia de 17 de Marzo de 1988 TS). Con mayor motivo, la autorización administrativa para proceder a la extinción colectiva de las relaciones laborales, priva de viabilidad a las acciones individualmente deducidas que parten del desconocimiento de dicho pacto y de la autorización administrativa, dotada de inmediata ejecutividad (Sentencia de 27 de Julio de 1989 TS).

4. 2 Las modificaciones de las condiciones de trabajo.

Esta causa resolutoria del contrato de trabajo exige dos requisitos concurrentes simultáneamente: 1º.- Que la modificación sea sustancial, es decir, que sea notoria por incidir en la esencia del contrato. 2º.- Que la modificación cause un perjuicio a la formación profesional del trabajador o menoscabe su dignidad. Ejemplos de esta exigencia conjunta aparecen en las sentencias de 4 de Noviembre de 1988 y 14 de Julio de 1989 TS. La sentencia de 1 de Febrero de 1989 TCT manifestó que la *"disminución salarial, basada en el hecho de reducir su jornada laboral en un 25%, resulta claro que si bien se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a que se refiere el art. 41.2 a) ET, tal modificación no puede quedar encuadrada en el art. 50.1 a) ET, al no haber redundado la misma en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad de la trabajadora demandante, como ella misma implícitamente reconoce, al no alegar tales circunstancias en su demanda ni haber presentado prueba sobre las mismas; por lo que, aun admitiendo que la variación del horario se hubiera llevado a cabo por decisión unilateral de la empresa, sin previa autorización administrativa y sin la conformidad de la demandante, ello sólo genera a favor de ésta los derechos e indemnizaciones previstos en el art. 41.3 ET, pero nunca podría dar lugar a la resolución del contrato por la causa regulada en el art. 50.1 a) ET, que es precisamente la acción que aquí se ejercita y que ha sido*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

estimada en la sentencia, porque es indudable que tal modificación de horario, con la consiguiente reducción del salario, ni redundó en perjuicio de la formación profesional de la trabajadora demandante ni en menoscabo de su dignidad, requisitos indispensables para que resulte aplicable el referido art. 50.1 a) ET, en el que la recurrida funda su derecho".

La forma correcta de interpretar el art. 50.1 a) ET es considerar que se refiere a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, debidamente autorizadas, que redunden en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad del trabajador. En efecto, la alusión que hace el art. 41.3 ET consiste en que la modificación autorizada, si perjudica al trabajador, da derecho a la resolución indemnizada por el cauce regulado en aquel precepto; si además de causar un perjuicio acreditado, afecta a su formación profesional o a su dignidad no por motivo de una conducta empresarial sino por causa de la modificación autorizada, el trabajador tendrá derecho a la resolución contractual y a la superior indemnización que señala el art. 50.2 ET. Por el contrario, toda modificación de las condiciones de trabajo que no hayan sido aceptadas por los representantes de los trabajadores o no hayan sido autorizadas por la autoridad laboral, si son sustanciales y revisten la suficiente gravedad darán lugar al posible ejercicio legítimo de la acción resolutoria por voluntad del trabajador no al amparo del apartado 1.a) del art. 50 sino del apartado 1.c), es decir, por haber incurrido la empresa en el incumplimiento de las formalidades encaminadas a obtener la correspondiente autorización, sustituyendo ésta por su decisión unilateral⁽⁵⁸⁾.

4. 3 La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario.

Habitualmente la Jurisprudencia no exige que el impago o la demora se conecten a un factor de culpabilidad de la empresa, pero sí exige la gravedad, es decir, que se dé una falta total de pago o que la demora sea prolongada, sin que basten los retrasos menores que pueden ser reclamados con el recargo correspondiente. Así se han pronunciado las sentencias de 15 de Diciembre de 1986 y 4 y 11 de Abril de 1988 TS y la de 20 de Abril de 1988 TCT. Así mismo, es preciso que el montante de la deuda sea exigible puesto que cualquier controversia respecto a la cantidad impagada excluye la aplicación del art. 50.1 b) ET, siendo ejemplo de este criterio las

(58) F. DURAN LÓPEZ: "Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido". Relaciones Laborales - La Ley, tomo I, págs. 367-370.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

sentencias de 14 de Julio de 1984 TS y 2 de Diciembre de 1987 TCT. Por el contrario, algunas resoluciones de los Altos Tribunales sostienen que hay que valorar las circunstancias de los retrasos, exigiendo que el incumplimiento sea grave y culpable; también numerosas sentencias afirman que el retraso en el pago justifica la resolución contractual aunque no sea grave y culpable, bastando con su reiteración (Sentencias de 21 de Marzo y 3 de Noviembre de 1988 TS); en esta línea atípica, otras sentencias, como la de 16 de Junio de 1988 TS, consideran que el mero retraso en el pago del salario integra la culpa del empresario, debiendo éste, en evitación de ver prosperar la petición de resolución, acreditar la existencia de algún hecho impeditivo o abrumadoramente dificultoso para cumplir puntualmente con sus obligaciones.

No obstante, la línea jurisprudencial indicada al inicio es la preponderante y resulta interesante dejar constancia de la misma a través de las siguientes reseñas. La sentencia de 1 de Junio de 1989 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid manifestó que *"como ya ha venido declarando la sentencia de 13 de Febrero de 1984 TS, para que se conceda la resolución del contrato, con fundamento en la falta de pago o retraso en el abono de los salarios, al amparo del art. 50.1 b) ET, no se exige que el impago o el retraso sea debido a culpabilidad de la empresa, ya que tal falta de pago de salarios constituye justa causa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato, pues tiene por sí misma, sin precisar otra matización que su simple constatación objetiva, la condición de incumplimiento grave a que se refiere el precepto aludido, sin que puedan valorarse otras circunstancias, como la aquí alegada, relativa a la difícil situación económica de la empresa, o bien su buena o mala fe o si afecta a mayor o menor número de trabajadores, por cuanto la redacción del precepto que se estudia no permite subjetivar las motivaciones del concreto incumplimiento a que se refiere, siempre naturalmente que se trate de un incumplimiento grave, excluyente por tanto de tal condición aquellos retrasos o falta de pago que por sus carácter episódico, mínima cuantía o referidos a un derecho controvertido, deban ser objeto de una acción procesal tendente a su abono o reconocimiento y no a la extinción contractual, conforme a lo establecido en esta Sala en sentencias de 12 de Abril y 17 de Mayo de 1983 y 15 de Marzo de 1984 [...]".*

Por su parte, la sentencia de 24 de Marzo de 1992 TS dictada resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina, expuso: *"Para que el art. 50.1 b) ET fundamente una resolución contractual a instancia del trabajador es preciso que el impago de los salarios no sea un mero retraso esporádico, sino un comportamiento continuado y persistente; esto es, que tenga*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

verdadera trascendencia por constituir un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales del empresario. El art. 29 del Estatuto le obliga -deber de remunerar el trabajo prestado, prestación básica del empresario exigible por razón del sinalagma contractual- al pago puntual del salario; y la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos.

En orden al incumplimiento empresarial que atribuye al trabajador la acción para instar en su provecho la resolución del contrato, esta Sala ha precisado que no es bastante un retraso aislado y ocasional (Sentencia de 7 de Julio de 1983); que no constituye este incumplimiento el mero retraso de un solo mes (Sentencia de 21 de Junio de 1986), sino que es preciso el incumplimiento continuado, que no se da cuando sólo hubo un retraso de Enero y Febrero (Sentencia de 16 de Junio de 1987); ni cuando la demora sea debida a un acuerdo formal o informal de las partes (Sentencias de 13 de Febrero de 1984 y 16 de Junio de 1987). Salvo algún supuesto, como el resuelto por la sentencia de 4 de Diciembre de 1986, para la que es preciso un incumplimiento grave y culpable, pues hace una paridad que dice obligada con las causas originadoras del despido disciplinario, que permite al órgano jurisdiccional atender a las circunstancias objetivas y subjetivas que en cada caso concurren; que se matiza más en la de 20 de Enero de 1987, que exige que el retraso sea grave y culpable, continuado y persistente; y salvo también la de 21 de Marzo de 1988, que entiende no exigirse en el art. 50.1 b) que el incumplimiento sea grave y culpable, la doctrina ya reiterada de esta Sala, al examinar el alcance de la causa de resolución del art. 50.1 b), entiende que el requisito legal de la gravedad del comportamiento es el que modela y perfila en cada caso la concurrencia del incumplimiento contractual; y así mismo, que no es preciso que el impago o demora sea debido a culpabilidad de la empresa (sentencias de 13 de Febrero y 14 de Julio de 1984, 23 de Junio, 14 de Octubre y 3 de Noviembre de 1986).

La extinción del contrato por esta causa del art. 50 no se produce por el dato de que el incumplimiento empresarial sea culpable, sino que la culpabilidad no es requisito para generarlo [...]. Si el empresario puede amparar sus dificultades económicas, a efectos de la suspensión o de la extinción del contrato de toda o de parte de su plantilla, en el seguimiento del expediente administrativo del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, no puede aludir el deber principal que le incumbe con base en la difícil situación económica por la que atraviesa. Sino que es indiferente dentro del art. 50 que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial".

Respecto a la improsperabilidad de la acción ejercitada en situaciones anómalas y coyunturales de la empresa, la sentencia de 2 de Julio de 1987 TS ya citada y que cita a su vez otras a las que se ha hecho mención con anterioridad, señaló: "[...] es de aplicación la reiterada doctrina de esta Sala, según la cual en forma semejante a como lo ha hecho respecto a los incumplimientos contractuales de los trabajadores en los supuestos de despidos disciplinarios, ha cuidado de rehuir la aplicación terminante y mecanicista de los tipificados incumplimientos de los empresarios regulados en el art. 50 ET -aunque manteniendo las correspondientes diferencias entre unos y otros-, procurando en ambos casos que la buena fe y la lealtad, singularmente exigentes en la relación laboral por su intrínseca naturaleza, queden potenciadas al máximo y se eviten así exigencias abusivas atentatorias al orden ético y humano en las que el empleador y trabajador puedan incurrir (Sentencias de 5 de Mayo y 14 de Octubre de 1986), valorando las circunstancias concurrentes en cada caso concreto a fin de no conculcar el criterio finalista en la interpretación de la norma, que no es susceptible de aplicación extensiva, y teniendo presente, muy singularmente, las situaciones difíciles, anómalas y coyunturales que puedan atravesar las empresas en el plano económico (Sentencias de 26 de Marzo y 30 de Noviembre de 1985 y 14 de Octubre de 1986), como ocurre en los supuestos de suspensión de pagos o de expedientes de regulación de empleo en los que debe predominar el principio de solidaridad entre los trabajadores, principio que quedaría afectado de manera muy negativa si fuesen amparables jurídicamente las pretensiones de quienes disienten, encaminadas sin otra consideración a su propio beneficio con quebranto de los derechos de sus restantes compañeros de trabajo, también integrantes de la empresa (Sentencias de 14 de Julio de 1984, 2 de Julio y 26 de Marzo de 1985 y 21 de Junio de 1986), doctrina la expuesta que conduce, sin más, a la desestimación del recurso, de conformidad con la tesis Fiscal, por cuanto los incumplimientos atribuidos al empresario demandado no merecen la concepción de contravenciones contractuales con trascendencia suficiente para legitimar el ejercicio de la acción esgrimida en la demanda extintiva del contrato por voluntad del trabajador mediante indemnización, amparada en el precitado art. 50 del Estatuto, al no mediar una imputabilidad inmediata o voluntariedad del patrono en tal incumplimiento que, por el contrario, viene impuesto por las adversas condiciones económicas empresariales, que en todo caso aminorarían los efectos de dicho incumplimiento y que, en último extremo, por su carácter de generalización, deben repercutir equitativa y compartidamente sobre todos los trabajadores de la empresa, sin que sean lícitas posiciones de privilegio como la que los demandantes pretenden le sea reconocida [...]"

4. 4 Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones del empresario.

La característica determinante de la aplicabilidad del apartado 1.c) del art. 50 ET es que el incumplimiento contractual del empresario sea grave, y nuevamente sobre este punto la apreciación corresponde en cada caso al órgano judicial encargado de resolver el litigio que se plante. Se observa así mismo una tendencia jurisprudencial objetivizadora, en particular respecto al incumplimiento empresarial consistente en la infracción del deber de dar al trabajador ocupación efectiva. Resulta frecuente comprobar que las reclamaciones judiciales amparadas básicamente en el art. 50.1 c) ET tengan su antecedente fáctico en una medida organizativa decidida por la dirección de la empresa en el marco de cualquier reajuste de mínimo alcance y sujeto al art. 39 ET; lo que el demandante suele alegar en estos casos no suele ser la violación de derechos por parte de una actuación empresarial grave y conculcadora de los mismos sino el deseo de mantener algunos privilegios e incluso comodidades en el desarrollo de su quehacer laboral, jurídicamente carentes de toda protección; esas demandas suelen encerrar la aspiración, lógicamente silenciada, de obtener una rescisión indemnizada (normalmente en cuantía copiosa en razón a la notable antigüedad del interesado) ante la próxima jubilación del mismo, que cubriera sus necesidades hasta ese momento mediante las prestaciones por desempleo; es esta una realidad que los Tribunales han de detectar, y de hecho lo hacen, al examinar los acontecimientos que el trabajador califica en su demanda como graves incumplimientos contractuales de la empresa merecedores de la resolución reclamada.

El último inciso del apartado 1.c) introduce una excepción al incumplimiento empresarial grave susceptible de causar la resolución contractual: los supuestos de fuerza mayor. El adecuado examen que conduzca a la apreciación de esa situación (esto es, la verificación de que el hecho configurador de la fuerza mayor era imprevisible o, aunque previsto, fuera inevitable) ha hecho que algunas resoluciones judiciales vuelvan a abordar el requisito de la culpabilidad junto con el típico requisito de la gravedad; no falta, en cambio, decisiones de los Tribunales que también en estos supuestos evitan pronunciarse sobre la exigencia o no de la culpabilidad, lo que evidentemente beneficia a la empresa al tomar el concepto de fuerza mayor en el puro sentido civilista⁽⁵⁹⁾.

(59) F. DURAN LÓPEZ: "Resolución del contrato de trabajo...", Obra citada, págs. 370.

4.5 El ejercicio de la acción resolutoria.

Son varios los criterios jurisprudenciales que delimitan el correcto ejercicio de la acción resolutoria del art. 50 ET.

El fundamental sea posiblemente la necesidad de que la relación laboral esté viva en el momento de ejercitar la acción, no siendo raro comprobar que en el momento de formular la demanda de conciliación el trabajador esté interpretando equivocadamente lo que considera un incumplimiento contractual del empresario, cuando en realidad ello se debe a la previa extinción del contrato que el trabajador no impugnó oportunamente. La sentencia de 6 de Diciembre de 1983 TCT abordó esta cuestión en los siguientes términos: *"[...] el empresario tenía la obligación de continuar dando efectiva ocupación al trabajador y de abonarle puntualmente los salarios y que al no haber cumplido una y otra nunca pudo entenderse, como hace el Magistrado a quo, como extinguida la relación laboral que persiste hasta que el trabajador, fundándose en tales incumplimientos, solicita la resolución del contrato de trabajo al amparo del art. 49.10, que es la acción aquí ejercitada, porque [...] las mencionadas obligaciones empresariales sólo subsisten y son exigibles durante la persistencia del contrato de trabajo, el cual se extingue no sólo por el despido expreso, documentado o no, en que el empleador hace expresa manifestación de su voluntad de tener por extinguida la relación laboral existente, sino también cuando la inequívoca conducta de aquél evidencia tal intención y voluntad rescisoria, debiendo valorarse como tal el hecho, no combatido, de que desde varios meses antes a la presentación de la demanda el actor no realizase trabajo alguno para la empresa ni percibiese remuneración de ningún tipo de ella; por lo que hay que concluir que ya desde aquella fecha se había producido el despido del trabajador y por consiguiente quedó rota la relación laboral que hasta entonces les ligaba; decisión que si el demandante estimaba no ajustada a derecho pudo impugnar ejercitando la acción de despido nulo o improcedente en el plazo anterior a su caducidad, conforme al art. 59.3 ET, pero no reservarse la acción de resolución del contrato después de caducada ampliamente la de despido, pues aquélla por su propia naturaleza, según el art. 50.1 ET, exige el que se mantenga viva y actuante la relación laboral que por la motivación causal que se alega se pretende extinguir, incluso con la permanencia en el puesto de trabajo durante la tramitación de la demanda salvo supuestos de grave riesgo físico o notorio agravio a la dignidad del trabajador que hagan imposible la continuación de la convivencia laboral y que aquí obviamente no se dieron, sin que pueda el trabajador, como recogen las sentencias de esta misma Sala de 20 de*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Mayo y 15 de Octubre de 1981, entre otras muchas, convertirse en definidor de su propio derecho, relativo a si existe o no el incumplimiento empresarial grave bastante para motivar la resolución, ejercitando tal acción desde una posición previa de ruptura bien por decisión del empresario, despido, o propia, abandono [...]". En idénticos términos se pronunciaron las sentencias de 11 de Marzo, 9 y 29 de Abril, 27 de Mayo y 13 de Diciembre, todas ellas del 1983, del TCT.

No sólo el contrato tiene que estar en vigor en el momento de pretenderse la resolución del mismo sino que la relación laboral tiene que permanecer vigente durante la tramitación del procedimiento, pudiendo pronunciarse el órgano judicial únicamente si al momento de dictar la sentencia el contrato permanece vivo puesto que nunca se puede examinar la posible resolución de un contrato ya inexistente. Por consiguiente el art. 50 ET no contiene una facultad resolutoria del trabajador que le conceda la posibilidad de decidir la extinción del contrato sino el derecho a reclamar del órgano jurisdiccional la declaración de extinción.

El requisito que se comenta es tan relevante que algunas sentencias, como la de 7 de Noviembre de 1989 TS, ha considerado que la mera noticia llegada al trabajador sobre la voluntad empresarial de despedirle impide el ejercicio de la acción resolutoria; así, abierto un expediente disciplinario al trabajador y durante el transcurso del mismo la empresa anuncia la pretensión de despido, la acción resolutoria deviene inviable aún cuando se ejercite antes de producirse formalmente el despido.

Por otra parte, tal y como indicó la sentencia del TCT última reseñada, el ejercicio de la acción no justifica que el trabajador pueda ausentarse de su puesto sino que ha de continuar prestando su trabajo en tanto no obtenga un pronunciamiento judicial. La ausencia injustificada, es decir, en razón a la interposición de la demanda o incluso de la papeleta de conciliación podrá ser calificado como abandono del puesto o sancionado disciplinariamente. El trabajador no puede instituirse en definidor de su propio derecho. No obstante, en determinados supuestos el abandono del puesto con posterioridad o simultáneamente al ejercicio de la acción puede estar justificado, admitiendo los Tribunales los siguientes supuestos: cuando concurre un impago total de los salarios; si el incumplimiento empresarial implica un atentado a la dignidad del trabajador; cuando exista peligro para su integridad física; y en general en los casos en que el incumplimiento genere

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

una situación insoportable para el trabajador⁽⁶⁰⁾. Existen situaciones evidentes justificadoras del abandono del puesto antes de obtener el trabajador una sentencia favorable, siendo sencillo encontrar un apoyo jurisprudencial; pero en otros numerosos casos la apreciación de la justificación del abandono depende del criterio del Tribunal, no existiendo para estos otros supuestos un claro apoyo jurisprudencial, por lo que el abandono prematuro del puesto conlleva una dosis de riesgo que, de no lograrse una sentencia favorable, hará recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que fije la resolución judicial, que básicamente serán o apreciar que ha habido abandono del puesto o pérdida de los salarios y las cotizaciones a la Seguridad Social durante el período de indebido abandono.

4. 6 Efectos de la resolución del contrato.

La sentencia estimatoria de la pretensión resolutoria es constitutiva, no declarativa, es decir, produce efectos tan sólo desde la fecha en que se dicta. La Jurisprudencia es inequívoca al respecto, siendo muestra de ello la sentencia de 18 de Septiembre de 1989 TS.

Si la sentencia es desestimatoria, el trabajador ha de continuar atendiendo su puesto de trabajo como lo viniera haciendo hasta ese momento, con independencia de que interponga recurso contra la sentencia desestimatoria, por lo que ésta, por su naturaleza, no es susceptible de ejecución provisional.

En el supuesto de que la sentencia de instancia sea estimatoria de la pretensión del trabajador, puede ocurrir que ante el recurso que interponga la empresa, aquél decida continuar trabajando hasta que la sentencia alcance firmeza o, en base a la sentencia constitutiva obtenida en su favor, decida dejar de prestar sus servicios. En el primer caso no surgen especiales problemas, pero si el trabajador opta por la segunda posibilidad ocurrirá lo siguiente: 1º.- Si la sentencia de instancia es confirmada, se consolida la situación ganada en principio por el trabajador, sin que éste tenga derecho a los salarios de tramitación por el tiempo que haya durado la tramitación del recurso. 2º.- Si la sentencia de instancia es revocada, la Jurisprudencia afirma (por ejemplo, sentencia de 3 de Junio de 1988 TS) que el trabajador no está obligado a prestar servicios durante la sustanciación del recurso. La solución más correcta es que el trabajador se

(60) F. DURAN LÓPEZ: "Resolución del contrato de trabajo...". Obra citada, págs. 374-375.

reincorpore a su puesto sin derecho alguno correspondiente al tiempo de tramitación del recurso. Por el contrario, la sentencia de 12 de Julio de 1989 TS sostuvo implícitamente la obligación del trabajador de permanecer prestando sus servicios durante la tramitación del recurso de casación interpuesto por la empresa contra la sentencia que estimó la pretensión resolutoria del contrato, considerando que si durante ese período el trabajador se niega a trabajar, el contrato se extingue por su dimisión o por la sanción de sus faltas de asistencia.

En relación con lo anterior, la sentencia ya citada de 3 de Junio de 1988 TS confirmó la línea jurisprudencial vigente hasta entonces y subsistente en la actualidad, conforme a la cual *"el sistema de ejecución provisional que consagra el invocado art. 227 (en la actualidad sería el art. 295 LPL), no resulta aplicable a sentencias que, acogiendo la pretensión del trabajador, declaren resuelto el vínculo laboral por incumplimiento contractual del empresario, con condena al abono de la indemnización correspondiente"*. Por consiguiente, la alusión del referido precepto a las acciones de decisión extintiva de las relaciones de trabajo no engloba a las acciones del art. 50 ET, sino que la ejecución provisional en estos casos tiene los límites reseñados.

5. EL DESPIDO DISCIPLINARIO.

5.1 Introducción.

Cuando las organizaciones empresariales, los sindicatos, los políticos y en general todos aquellos que participan en diversa medida de los intereses derivados de las relaciones laborales, abordan el problema de la flexibilidad, uno de los aspectos en el que más se centra la atención de las propuestas que se formulan es el de los despidos. Bajo esta denominación se suele comprender en el lenguaje corriente todo supuesto legal de extinción contractual, siendo en realidad, desde un punto de vista técnico-jurídico, una de las causas de extinción que señala el art. 49 ET entre las numerosas que figuran en ese precepto. Por consiguiente, el despido disciplinario constituye solamente una parte de un fenómeno más extenso cuyas manifestaciones más sobresalientes se han expuesto hasta este momento, siendo la parte que ahora va a desarrollarse el final de un listado de situaciones susceptibles de generar la terminación de un contrato.

La apreciación de la estadística judicial de los procedimientos sobre extinción contractual que se deben a despidos disciplinarios permite afirmar que éstos son escasos en comparación a

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

otras causas de extinción, predominando los pleitos sobre finalización supuestamente indebida de contratos temporales así como, por el número de trabajadores afectados (aunque la mayor parte no se resuelvan judicialmente) los despidos colectivos o expedientes de regulación de empleo por causas económicas. Sin embargo, el despido disciplinario resulta relevante por tres razones fundamentales: 1ª.- Porque su regulación en el Estatuto de los Trabajadores se aplica a todo supuesto de extinción contractual que no tenga una regulación legal específica. 2ª.- Porque el proceso especial para el despido disciplinario previsto por la Ley de Procedimiento Laboral se aplica a todos los litigios sobre extinción del contrato laboral que no cuenten así mismo con su regulación específica. 3ª.- Porque la indemnización legal, fijada para el supuesto de que la empresa pueda optar por abonarla al trabajador cuyo despido se haya declarado improcedente en lugar de readmitirle en su puesto, es la más elevada de los mínimos indisponibles que la Ley fija en comparación a otras causas extintivas.

Por ello, cuestiones de general interés para toda extinción contractual cuales son los requisitos formales del ejercicio de las facultades extintivas de la empresa, la calificación de la decisión empresarial, la ejecución provisional y definitiva de la sentencia, etc. se encuentran reguladas expresamente para el despido disciplinario.

La propuesta flexibilizadora más llamativa que suele hacerse en materia de despidos suele ser el abaratamiento de los mismos, es decir, la rebaja de la indemnización que la empresa tenga que llegar a pagar al trabajador por razón de su despido. Prescindiendo de la reivindicación del despido libre, en cuanto aspiración teórica alejada de toda posibilidad de éxito o de apoyo serio por los defensores de una flexibilidad que no se traduzca en una desregulación de las relaciones laborales, el abaratamiento de los despidos es fundamental para, logrando un equiparamiento con otros países europeos, contribuir a la competitividad de las empresas españolas, que hasta el momento vienen soportando uno de los despidos más caros de su entorno económico. Pero junto a ese aspecto, cuya solución es sencilla y directa, la regulación legal ofrece numerosas muestras de rigidez que también sería preciso remediar, y a las cuales se hará referencia en las próximas líneas, toda vez que el abaratamiento de los despidos es una solución insuficiente si se mantiene todo un entramado de derechos y garantías en favor de los trabajadores, que se traducen en la imposibilidad de que las empresas dispongan de un mecanismo ágil para prescindir de los trabajadores a los que no les asiste el derecho a permanecer en la empresa. Finalmente, y como viene siendo habitual a lo largo del presente estudio, ha de exponerse la contribución que la

Jurisprudencia puede prestar a una aplicación más flexible de la actual normativa; para ello, téngase en cuenta simplemente y a modo de ejemplo que la amplitud con la que los Tribunales interpreten las causas por las que las empresas puedan acordar un despido disciplinario determinará el ámbito de las mismas, es decir, si la decisión empresarial de despedir subsiguiente a una concreta conducta imputada al trabajador cuenta o no con el amparo legal que legitime aquella decisión y puedan además conocer *a priori* las empresas y los trabajadores el alcance general de la aplicabilidad de las causas legales de despido disciplinario.

5.2 Las causas del despido disciplinario.

El art. 54.2 ET enumera los incumplimientos contractuales merecedores teóricamente de ser castigados mediante la imposición de la máxima sanción. No es preciso entrar en la polémica referente al carácter abierto o cerrado de la mencionada enumeración puesto que el tenor literal de la misma permite encuadrar en alguno de los supuestos legales la práctica totalidad de las conductas susceptibles de ser sancionadas; supuestos como las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad y la embriaguez o toxicomanía son causas muy acotadas, pero coexisten con conceptos muy generales como son la indisciplina o desobediencia y la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza. Por esta razón, el empresario no encontrará grandes dificultades para acomodar los hechos que pretenda sancionar en alguna de las causas que el precepto citado enumera. Así mismo, la empresa puede, y ello es habitual, tanto imputar al trabajador varios hechos encuadrables en más de una de las causas que señala el art. 54.2 ET como imputar un sólo hecho al que es de aplicación más de una de dichas causas. En todo caso, la correcta aplicación del precepto en cualquiera de las posibilidades que ofrece requiere la concurrencia de los requisitos que indica el apartado 1 del precepto: el incumplimiento cometido por el trabajador ha de ser grave y culpable; de ahí deriva el primer factor que la Jurisprudencia ha configurado como teoría general aplicable a la totalidad de los supuestos de despido disciplinario, aunque también existen excepciones indirectamente establecidas por el Alto Tribunal que así mismo se expondrán. Esa teoría general se compone de otras dos: la gradualista y la personalizadora.

La sentencia de 17 de Noviembre de 1988 TS señaló que "[...] el fundamento procedente nos lleva a recordar cuál sea la doctrina de esta Sala en lo que se refiere a la valoración de los hechos constitutivos de infracciones laborales que puedan o no ser merecedores de la sanción de

despido. Esta doctrina ha establecido la teoría llamada gradualista, desde el punto de vista de la aplicación de la sanción, y personalizadora, desde la óptica del sujeto autor de la infracción. Con arreglo a esta teoría, es obligado el examen individualizado de cada caso en concreto, en que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él, tanto subjetivos como objetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, posibilidad de la existencia de provocación previa, etc., de tal manera que sólo cuando la conducta del trabajador, valorada teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituye una infracción de la máxima gravedad, resultará procedente la sanción de despido, que es también la más grave prevista en la escala de las que pueden ser impuestas por la comisión de faltas en el trabajo. Sería prolijo detenerse en el examen de cada una de las sentencias que van perfilando esta teoría y que -esto sí es digno de destacar- no presenta desviaciones en su formulación integral. Baste citar algunas de las más recientes que se hacen eco de ella, como las de 13 de Noviembre de 1987, 27 de enero de 1988 -que, a su vez, cita las de 28 de enero de 1984, 12 de Marzo de 1985 y 13 de Noviembre de 1986- y 17 de Febrero de 1988". También puede citarse como ejemplo de esta línea jurisprudencial la sentencia de 10 de Diciembre de 1991 TS en la que se considera merecedora de una sanción inferior a la del despido la conducta de un trabajador que "propinó una bofetada a su interlocutor" (un compañero de trabajo), encontrándose el agresor sumido en una "crisis de ansiedad".

Las causas legales de despido disciplinario son:

1ª.- El art. 54.2 a) ET considera incumplimiento contractual *"las faltas reiteradas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo"*. Habrá que entender por falta injustificada toda aquella que no esté prevista por la Ley o el convenio colectivo o, en su caso, el contrato, como situación carente de la condición de incumplimiento contractual por responder a una necesidad razonable del trabajo y amparada legal o contractualmente. Respecto a la reiteración de la conducta, ha de tenerse presente que la misma tiene que haberse desarrollado durante un lapso de tiempo homogéneo, esto es, concurriendo una proximidad temporal en la cadena de impuntualidades o ausencias, y sin que estas últimas se produzcan aisladamente a lo largo de períodos prolongados; por esta misma razón no es preciso, aunque pueda hacerse por la empresa, que se sancione cada incumplimiento sino que, al ser una conducta que por su naturaleza se pone de manifiesto durante un período en el que se evidencia la reiteración, la empresa puede esperar a constatar la conducta pertinaz del trabajador para imponerle la sanción de despido, en cuyo caso la conducta enjuiciada constituye un todo compuesto por un conjunto de actos, por lo que esa

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

sucesión de incumplimientos acumulados impide que se produzca la prescripción de alguno de ellos por aplicación de lo dispuesto en el art. 60.2 ET. Finalmente, en relación a la impuntualidad, no es preciso que sea notable sino que basta con que sea cuantitativamente pequeña, porque esos retrasos también causan perjuicio a la actividad de la empresa y su tolerancia representaría un trato de favor en comparación a los trabajadores cumplidores, no pudiéndose olvidar así mismo que lo que el precepto permite sancionar no es el retraso o impuntualidad en sí mismo sino la reiteración indicadora de una conducta pertinaz.

2ª.- El art. 54.2 b) ET trata de la segunda causa de despido disciplinario: la indisciplina o desobediencia en el trabajo. El alcance y contenido del precepto lo expuso con gran claridad la sentencia de 9 de Julio de 1987 TS al decir que sobre el concepto jurídico de la indisciplina y desobediencia en el trabajo *"se ha pronunciado esta propia Sala en repetidas sentencias de las que deben destacarse las siguientes consideraciones: a) Que para que la indisciplina y desobediencia se erija en justa causa de despido debe manifestarse como resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de órdenes precisas emanadas del empresario en el ejercicio normal y regular de sus facultades de dirección que el trabajador está obligado a obedecer, y presentar la suficiente gravedad y trascendencia (Sentencia de 24 de Octubre de 1985); b) Que concebida la empresa como un todo unitario y coherente, en la que inciden fuerzas de distinto signo, resulta absolutamente indispensable un comportamiento leal de cuantos en la relación de trabajo intervienen -empresarios y trabajadores- y se quebranta dicha exigencia cuando se desobedecen las órdenes recibidas (Sentencia de 21 de Septiembre de 1985); c) Que hasta que el trabajador, con intención dolosa o culpable y con plena conciencia, quebrante los deberes de disciplina y de obediencia, implícitos en toda prestación de servicios y que no son sino reflejo del deber de fidelidad que ha de observar para no defraudar los intereses de la empresa, siendo irrelevante a estos efectos el menor o mayor daño que haya sufrido la empleadora (Sentencia de 12 de Junio de 1985); y d) Que, en principio, el trabajador no puede desatender, bajo pretexto de improcedencia, las órdenes de quien, en la empresa, tiene el poder para cursarlas en razón a la facultad de dirección que le incumbe, recogida en el art. 20 ET, sino que debe ante todo acatarlas, subordinando su apreciación subjetiva a la necesaria dependencia de la jerarquía empresarial, sin perjuicio de reclamar a los organismos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos (Sentencias de 20 de enero y 12 de Febrero de 1981, 2 de Noviembre de 1983 y 26 de febrero de 1985)".* En relación a este último apartado, se admite lógicamente que el trabajador se niegue a cumplir una orden que manifiestamente sea ilegal o represente un peligro

evidente para su integridad física o la de los restantes trabajadores.

3ª.- La tercera causa de despido disciplinario se encuentra recogida en el art. 54.2 c) ET: *"Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos"*. Por consiguiente este apartado contempla tres grupos susceptibles de ser destinatarios de las ofensas verbales o físicas: el empresario, las personas que trabajan en la empresa (cualquiera distinta al empresario) y los familiares de ambos grupos que convivan con ellos. Ninguna persona vinculada económica o laboralmente con la empresa queda fuera del precepto.

Teóricamente toda ofensa verbal o física es generadora de responsabilidad disciplinaria, pero la imposición legítima de la sanción de despido dependerá de la aplicación al caso de la teoría gradualista y personalizadora ya expuesta. Si la ofensa es verbal, es preciso que se haya manifestado directamente al ofendido por medio de la palabra o el escrito o también que la ofensa no se dirija directamente, pero sí en cambio con la publicidad suficiente para que llegue a conocimiento del ofendido o de las personas que actúan en el entorno empresarial; por el contrario, no constituye ofensa verbal el comentario o el escrito dirigido a persona distinta del ofendido y sin publicidad, siempre que con ello no se persiga algún objetivo en perjuicio del empresario y demás personas amparadas por el precepto que se comenta pues en este caso la conducta sería sancionable como una transgresión de la buena fe contractual. Por otra parte, la ofensa física no precisa que sea objeto de denuncia penal (al igual que ocurre con la ofensa verbal) ni que el afectado ejercite la acción en el procedimiento penal correspondiente si éste se sigue a instancia del Ministerio Fiscal. En cualquier caso, la condena o la absolución penal no conlleva necesariamente la estimación o rechazo, respectivamente, de los mismos hechos enjuiciados por el Orden Social de la Jurisdicción puesto que, aún siendo iguales los hechos, cada Orden Jurisdiccional persigue objetivos distintos y maneja el material probatorio de diferente manera.

4ª.- El apartado d) del art. 54.2 ET cita una causa de amplio contenido y frecuente uso por parte de las empresas: *"La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo"*. La delimitación de estos conceptos, fácilmente utilizables cuando la conducta irregular de un trabajador no es directamente encuadrable en alguna de las restantes causas de despido, la ofrece la Jurisprudencia. La sentencia de 5 de Mayo de 1987 TS señaló: *"Los conceptos de transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo que se recogen en el art. 54.2 d) ET como incumplimientos contractuales*

graves y culpables del trabajador que justifican la extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario, responden a un principio fundamental que informa todo el sistema de derechos y obligaciones que disciplina la conducta del hombre en sus relaciones jurídicas con los demás, el de la bona fides que, entroncado con el honestere vivere del derecho clásico, se concreta en la exigencia de un obrar acorde con las reglas naturales y comúnmente recibidas de la honestidad y de la rectitud conforme a los criterios morales y sociales imperantes, principio general de inexcusable observancia que preside la contratación al estar implícito en el nacimiento, perfección y desarrollo de todo negocio jurídico acorde con la Ley, lo que ha motivado que tanto la doctrina científica como la jurisprudencial pongan su acento -en la interpretación del aludido precepto- en el sentido de valorarlo como causa genérica de despido que cubre todas las violaciones de las normas de buena fe y fidelidad y que se conecta directamente con la significación fundamental que en la relación de trabajo alcanzan tales normas como expresión de probidad en el cumplimiento del servicio encomendado, que debe desempeñarse con todo celo y lealtad en aras del buen orden laboral y de los intereses patronales, calificando los conceptos de transgresión de la buena fe y abuso de confianza, atentatorios ambos a deberes éticos jurídicamente protegidos al afectar al elemento espiritual de la contratación de trabajo, como especificaciones de la genérica vulneración de la obligación profesional del trabajador de guardar fidelidad a la empresa cuyos intereses y confianza en él depositada no puede defraudar, ya que, en definitiva, lo que se sanciona -con independencia del perjuicio económico que pudiera o no producirse- es la conducta intencional del empleado contraria a la buena fe contractual, como trasunto al ámbito del contrato de trabajo de los arts. 7.1 y 1258 del Código Civil".

La sentencia del 28 de Mayo de 1987 TS enjuiciando un caso de concurrencia desleal indicó que el art. 54.2 d) ET es un "precepto glosado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala en el sentido de que en el mismo se puede incurrir tanto de forma intencional, dolosa, con ánimo deliberado y consciente de faltar a la lealtad depositada en el trabajador, como por negligencia o descuido imputable a aquél [...]". Añadiendo después: "[...] lealtad exigible con mayor rigor a quienes desempeñan cargos de confianza y máxima responsabilidad que por lo mismo están obligados a no defraudarla, sin que para la procedencia del despido disciplinario, y extinción de la relación laboral por tal causa, sea necesario y exigible la existencia de ánimo de defraudar, puesto que esta Sala en su Sentencia de 29 de Marzo de 1985 y las en ella citadas, declaró que tampoco es trascendente a los efectos debatidos -supuesto de despido por transgresión de la buena fe- que no se haya causado perjuicio económico alguno a la empresa, al no ser requisito indispensable para estimar la comisión de la falta apreciada, que se configura por la ausencia de

valores éticos en quien comete la transgresión, sin que por último la Sentencia de 17 de Octubre de 1985 evidencie falta de aplicación de doctrina legal puesto que en la misma lo que se declara es que el derecho disciplinario laboral es una modalidad del derecho penal, siéndole de aplicación los principios generales que lo informan, entre ellos el de la interpretación más favorable para el trabajador, pero en este caso concreto no cabe otra interpretación que la de haber incurrido en la causa de despido enunciada en el tan repetido art. 54.2 d) [...]". Sobre el elemento intencional como característica de la concurrencia desleal calificable de transgresión de la buena fe contractual existen otras sentencias, por ejemplo la de 8 de Junio de 1987 TS.

Respecto a la irrelevancia del valor económico de una sustracción como causa encuadrable en el precepto comentado, puede reseñarse la sentencia de 19 de Noviembre de 1991 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por ser un breve resumen de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso: "[...] que el día 5 de Mayo de 1990 la actora cogió una lata de espárragos por valor de 450 pts., siendo sorprendida cuando intentaba sacarla del cuarto de trabajo envuelta entre su ropa de trabajo sin abonar su precio, concordante con la imputación contenida en la carta de despido con el fin de apropiarse de dicha mercancía (objeto de comercio a que se dedica la demandada) de la sala de ventas, tratando de eludir los controles existentes, para lo cual la escondió entre su ropa de trabajo de limpiadora siendo sorprendida cuando intentaba marcharse con dicha mercancía, conducta que el juzgador de instancia considera correctamente incardinada en la justa causa de despido a que se refiere el art. 54.2 d) ET, independientemente del valor de lo sustraído conforme a reiterado criterio jurisprudencial, reconociendo que ha existido transgresión de la buena fe contractual y, sin embargo considera desproporcionada la sanción de despido, con olvido de la reiterada jurisprudencia y doctrina de esta Sala en idénticos supuestos en que lo determinante es la conducta del trabajador, su ánimo defraudatorio, su voluntad de apropiarse de algo que no es suyo abusando de la confianza otorgada necesariamente por la empresa para la realización de su labor, con independencia del valor de lo sustraído, ya que la falta se configura por la ausencia de valores éticos en quien comete la transgresión, según ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de Diciembre de 1986, lo que constituye el incumplimiento grave y culpable que requiere el art. 54 ET como determinante de la extinción de la relación laboral sin que la gravedad de los hechos deba medirse por la cuantía económica de lo sustraído, integrando la causa de despido disciplinario procedente por transgresión de la buena fe contractual recogida en el apartado d) del nº 2 del citado precepto legal [...]".

5ª.- El apartado e) del art. 54.2 ET establece otra causa más de despido disciplinario: *"La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado"*. La disminución de rendimiento ha de reunir la doble condición de ser continuada y voluntaria; una disminución esporádica no será razón suficiente para despedir al trabajador, siendo en última instancia la autorizada judicial la que aprecie la concurrencia de ese factor; así mismo, la disminución ha de ser voluntaria, esto es, dolosa o buscada de propósito, con lo que la influencia de alguna circunstancia ajena a la voluntad del trabajador excluiría la aplicabilidad de esta causa. Por otra parte, y aquí radica la mayor dificultad para que la empresa pueda acreditar los hechos encuadrables en este precepto, la disminución de rendimiento ha de recaer sobre la proporción que sea normal o sobre la pactada; en algunos supuestos, el tipo de producción o de servicio que realiza el trabajador será fácilmente medible y por consiguiente la apreciación de la disminución de rendimiento resultará sencilla, y lo mismo cabe decir respecto de los supuestos en que esta característica haya permitido hacer constar en el contrato un determinado rendimiento; por el contrario, el concepto de rendimiento normal, cuando éste no es fácilmente cuantificable, presenta habitualmente problemas para demostrar no sólo su realidad sino también la continuidad del mismo y la voluntariedad del trabajador, siendo conveniente recordar en este momento que el art. 60 LCT impone al empresario el deber de conocer las facultades y peculiaridades del trabajador, de las que se derivará la diligencia exigible que, mantenida durante un período suficientemente prolongado, marcará la pauta para el empleo de los medios probatorios evidenciadores de la disminución de rendimiento que la empresa pueda imputar a un trabajador.

Esta causa de despido, que constituye la justa correspondencia con uno de los fundamentales deberes de los trabajadores (el previsto por el art. 5 a) ET), es esencial para la legítima defensa de los intereses empresariales y las dificultades que plantea su ejercicio (y así lo indica la escasez de supuestos en los que se imputa por sí sola y sin el apoyo de otras causas del art. 54.2 ET al trabajador despedido) hace precisa la implantación de un mecanismo que contribuya a su efectividad por la vía del equilibrio o igualdad entre las partes contrapartes, que impida la frecuente inviabilidad de esta causa de despido por razón de la muchas veces insuperable carga de probar por parte de la empresa las exigencias que requiere el precepto aludido.

6ª.- Finalmente, el art. 54.2 ET señala como incumplimiento contractual merecedor del despido *"la embriaguez habitual o toxicomanía si repercute negativamente en el trabajo"*. Dado el rechazo social de esas conductas, pueden constituir justa causa de despido aunque sean anteriores al inicio de la relación laboral, si fueron lógicamente ocultadas por el trabajador y no

fueron descubiertas hasta después de concertado el contrato. Los requisitos esenciales de la aplicabilidad del precepto son dos: la habitualidad y la repercusión negativa en el trabajo, por lo que la conducta esporádica o habitual, pero sin incidencia en el rendimiento o conducta mostrada en el desarrollo de la actividad laboral, no es sancionable.

No obstante, ha de tenerse presente que alguna embriaguez o toxicomanía no habitual puede perjudicar los intereses de la empresa aunque no repercuta directamente de forma negativa en el trabajo, en cuyo caso la causa de despido podría articularse al amparo del apartado d) del art. 54.2 ET. Piénsese por ejemplo en el caso del conductor-repartidor que cuenta con permiso de la empresa para llevar el vehículo a su domicilio después de finalizada la jornada laboral y hacer uso del mismo para dirigirse a su quehacer al comenzar la siguiente jornada; si el trabajador, tras acabar la jornada, se embriaga y conduciendo el camión provoca un accidente que causa daños al vehículo, inutilizándolo o no temporalmente, no estaremos en presencia de una embriaguez habitual que incide negativamente en el trabajo, pero sí ante una transgresión de la buena fe contractual porque el permiso concedido por la empresa para que el trabajador use el vehículo fuera del horario laboral hace que el deber de conservación de aquel bien a cargo del trabajador se prolongue también fuera del horario laboral y deba comportarse además con la prudencia que impone el hecho de que el vehículo lleve pintadas las referencias de la empresa propietaria.

5.3 Los requisitos formales.

El art. 55.1 ET dispone: *"El despido regulado en el artículo anterior deberá ser notificado por escrito, en el que han de figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto"*. Estos requisitos tienden a evitar cualquier indefensión en perjuicio del trabajador, asistiéndole el derecho de conocer los hechos que se le imputan con el fin de que pueda defenderse, así como la constancia escrita de esos hechos por cuanto en vía judicial la empresa no podrá hacer valer hechos distintos en apoyo de su decisión (art. 105.2 LPL).

No es preciso que la descripción de los hechos en la carta de despido sea pormenorizada o minuciosa sino que es suficiente con una descripción o referencia que dé noticia adecuada al trabajador, por lo que cualquier deficiencia en esa descripción no es motivo para declarar la nulidad del despido por inobservancia del art. 55.1 ET. Por otra parte, la fecha de efectos del despido puede ser un día determinado posterior a la comunicación del mismo, o el mismo día de la recepción por el trabajador de la carta de despido, o incluso un día previo si durante el período

que medie hasta la entrega de la carta de despido existe alguna circunstancia que justifique el retraso, sin merma en este caso para los derechos del trabajador.

Tanto el ET como la LPL establecen numerosos requisitos formales para el ejercicio de las facultades disciplinarias empresariales. Puede destacarse el art. 55.3 de la primera de aquellas leyes, que concede a la empresa un plazo de siete días siguientes a la declaración de nulidad del despido para que el empresario cumpla con los requisitos establecidos en el número 1 de este artículo, ampliando el art. 113.2 LPL esta posibilidad a los casos de omisión del expediente disciplinario y audiencia previa al Delegado Sindical si el trabajador está afiliado a un sindicato.

Otra cuestión destacable para lo que interesa al presente estudio es la exigencia de la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera, cuando el despido afecta a un trabajador afiliado a un sindicato. El problema lo menciona el art. 104 d) LPL con ocasión de enumerar los requisitos especiales de las demandas por despido y figura en el art. 108.2 c) LPL como causa de nulidad del despido en los siguientes términos: *"El despido de los trabajadores afiliados a un Sindicato, realizado sin la previa audiencia de los Delegados Sindicales, si los hubiera, siempre que al empresario le conste su condición de afiliado"*. La importancia del precepto es notable por las consecuencias que del mismo pueden derivarse; no radica el problema para las empresas en la audiencia de los Delegados Sindicales, cuyo informe no es vinculante en ningún sentido, sino en la carga de la prueba de que a la empresa le conste la condición de afiliado del trabajador. La sentencia de 5 de Febrero de 1992 de la Sala de lo Social de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía es esclarecedora: *"La Ley de Procedimiento Laboral de 1990 introdujo en su art. 108.2 apartado c) la necesaria calificación como nulo del despido de los trabajadores afiliados a un sindicato realizado sin la previa audiencia de los Delegados Sindicales, si los hubiere, siempre que al empresario le conste la condición de afiliado del trabajador, siendo precisas dos condiciones necesarias para la efectividad de este defecto invalidante del despido, la primera que el trabajador debe haber alegado esta circunstancia relativa a la posible invalidez del despido, dado que no es posible apreciar de oficio por el Juez esta deficiencia, y la segunda la necesidad de que, si el trabajador alega la ineficacia del despido por esta causa, y el empresario niega su conocimiento de la circunstancia de estar afiliado el trabajador, recae sobre éste la carga de probar por cualquier medio ese conocimiento del empresario, sin cuya prueba la operatividad de esta causa de nulidad del despido queda neutralizada. Pues bien, en el presente caso, según se desprende del hecho probado que se ha adicionado, el actor se encuentra afiliado*

a la central sindical de Comisiones Obreras y al Organismo demandado necesariamente debía de constarle dicha condición de afiliado del trabajador, pues en las nóminas mensuales le efectuaba la retención correspondiente a su cuota sindical, de conformidad con lo estipulado en el art. 11.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical que establece que el empresario procederá al descuento de la cuota sindical sobre los salarios y a la correspondiente transferencia a solicitud del sindicato del trabajador afiliado y previa conformidad siempre de éste". Los supuestos problemáticos pueden ser diversos, pero la resolución transcrita es indicadora del criterio de que la carga de probar la condición de afiliado del trabajador y que este hecho es conocido por la empresa corresponde al propio trabajador, pues en caso contrario se impondría a la empresa la carga de probar un hecho negativo.

Aunque no constituye estrictamente un requisito formal, se deduce del art. 55.6 ET que el despido no puede ser decidido por la empresa encontrándose el contrato suspendido por alguna de las causas que establece el art. 45 ET o por otras causas pactadas individual o colectivamente. Sin embargo aquel precepto admite la posibilidad de que aún encontrándose suspendido el contrato, el despido no se califique como nulo si, acreditados los hechos por la empresa, aquél resulta procedente. Ello es muestra de que durante el período de suspensión de un contrato, el trabajador puede incurrir en hechos merecedores del despido, lo cual no es infrecuente.

5. 4 Ámbito del despido nulo. El despido discriminatorio.

En razón a la mayor onerosidad que la declaración de nulidad de un despido produce para la empresa en comparación con la declaración de improcedencia (esencialmente, la obligatoria readmisión no sustituible por una indemnización simultánea a la resolución contractual) es interesante contemplar los supuestos de nulidad que el art. 108.2 LPL establece, ampliando el ámbito del art. 55.3 ET y tomando con ello el texto procesal un rumbo diametralmente opuesto a la flexibilidad en materia de despidos que vendría dada tanto por un incremento de los supuestos de resolución indemnizada (y consiguiente eliminación de los casos en que la readmisión es ineludible) como por la disminución de la cuantía de la indemnización.

El art. 108.2 LPL dice que *"será nulo el despido en los siguientes casos: a) Cuando el empresario no hubiese cumplido los requisitos exigidos en el número 1 del art. 55 ET. b) El realizado con omisión o defectos en el procedimiento disciplinario establecido legal o*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

convencionalmente. Si se trata de despido de los representantes legales de los trabajadores o de Delegado Sindical, necesariamente deberán haber sido oídos los restantes miembros de la representación a que el trabajador perteneciera, si los hubiere. c) El despido de los trabajadores afiliados a un Sindicato, realizado sin la previa audiencia de los Delegados sindicales, si los hubiera, siempre que al empresario le conste su condición de afiliado. d) El que tenga como fundamento alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o la violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. e) El de los trabajadores con contrato suspendido, para el caso de que no se declare su procedencia".

En los apartados anteriores se ha hecho referencia a las situaciones descritas por los apartados primero, segundo, tercero y quinto del precepto, por lo que es preciso detenerse en el apartado cuarto. A partir de la sentencia de 23 de Noviembre de 1981 TC, se fue construyendo la figura del despido radicalmente nulo que el texto estatutario no reconoce y tampoco el actual texto procesal laboral, pero parece que el art. 108.2 d) de este último ha querido incorporar a la letra de la ley, aunque sin denominarlo por su nombre, el despido nulo radical que en su día, conforme a la doctrina del TC, y en la actualidad, conforme al art. 279.1 b) LPL, conlleva el efecto de la efectiva readmisión del trabajador sin alternativa posible; si la figura tenía sentido en razón a la elusión que de la readmisión efectiva del trabajador, cuyo despido hubiera sido declarado nulo, podía hacer la empresa al amparo de los arts 208, 209, 210 y 211 LPL de 1980 (que sobre este punto contenía un exceso en relación al texto estatutario promulgado unos meses antes), en la actualidad la aplicación conjunta de los arts 108.2 d), 113.2 y 279.1 b) LPL cubre el objetivo que persiguió el TC. Sin embargo, es conveniente examinar el grado de coincidencia entre aquella doctrina y la regulación legal actual, comenzando por concretar la primera, para lo que la sentencia de 20 de Febrero de 1989 TS es adecuada por su certeza y brevedad: *"La nulidad radical del despido -construcción jurisprudencial, pues tal tipo no aparece en el ET- se dará en supuestos en que exista infracción a un derecho constitucionalmente reconocido al trabajador -normalmente suele tratarse de despido discriminatorio por motivos sindicales- o bien por entrañar un fraude claro y patente sin que exista base alguna para imputación que se considere totalmente inaceptable y violadora del principio de buena fe que ha de presidir la relación jurídica y con mayor motivo la laboral (art. 1258 C.C. y art. 20.2 ET), mas para que se produzca tan drástica nulidad no basta con deficiencias en la carta de despido -que darían, cual ocurrió en el supuesto de autos, lugar a la nulidad ordinaria-, sino que es preciso un plus de anticonstitucionalidad, que no aparece acreditado en el supuesto concreto, en que el actor no recabó inicialmente sino nulidad*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

de despido y fue en el acto del juicio cuando, en ampliación de la demanda, conforme al art. 76 LPL, y aunque se entienda, como lo hace el Juez a quo, que la ampliación consistente en pedir la declaración radical de nulidad no entraña sustancial variación de una demanda que postulaba simplemente nulidad, no se da en el concreto supuesto, en que se alega como motivo del despido disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo (art. 54.2 d) ET) y se articula prueba al respecto, no se da la circunstancia que permita llevar a la conclusión de que el despido ha de ser calificado como radicalmente nulo, bien que la defectuosa carta del mismo haya llevado al Juzgador a decretar la nulidad ordinaria según el art. 55 ET. La jurisprudencia de la Sala (Sentencias de 1 de Febrero de 1984, 26 de Marzo de 1985 y 2 de Junio de 1986) entiende que la nulidad radical sólo procede en supuestos de vulneración de derechos constitucionales del trabajador o en que se pruebe la total inexistencia de motivo para despedir y el fraude".

El actual texto procesal, art. 108.2 d), se refiere a las causas de discriminación previstas en la constitución y en la Ley, o en la violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Cabe preguntarse si el despido fraudulento o en fraude de ley, que cita esa sentencia, tiene cabida en este precepto. La respuesta daría lugar a múltiples argumentaciones en favor y en contra; por su interés y por constituir un criterio calificable como flexible, puede reseñarse el siguiente:⁽⁶¹⁾ *"En orden al llamado despido fraudulento o en fraude de ley, nulo radical en el tenor de la jurisprudencia que lo creó (no se plasmaba en la anterior normativa sustantiva y procesal), por falsedad o inexistencia de causa, como fraude claro y patente, contrario a la buena fe, encubriendo las verdaderas causas del despido, etc. (TS: 10 y 18.03.86, 11.12.86, 20.02.89, 11.03.89), es palmario que no se recoge en el elenco legal del art. 108.2, lo que plantea a la doctrina la duda acerca de su subsistencia. Sala Franco la admite por vía jurisprudencial, reconociendo no estar expresa en la Ley. Durán López se halla vacilante, para propugnar acaso una calificación de nulidad ordinaria, es decir, que no determine cumplimiento de la sentencia en sus propios términos. Pero ambos criterios son forzados, cuando verdaderamente la norma no establece este motivo de nulidad y ya se ha dicho que la lista es cerrada. Otros autores piensan que solamente si encaja en la causa d) del art. 108.2 puede mantenerse la figura. Esto no es discutible, y no entraña el supuesto en debate. En mi opinión no subsiste ya -ante el texto expreso y claro de la nueva ley procesal- este tipo de despido nulo. Y*

(61) J.M. ORDEIG FOS: "Impugnación de despidos y sanciones: tramitación procesal". Actualidad Laboral, tomo V, Febrero 1992, pág. 67.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

en consecuencia el despido será improcedente. La jurisprudencia ya se mostró siempre restrictiva en la admisión de la figura, pero desde 1990 se decanta de modo ostensible por restringirla al máximo indicando es figura excepcional y extrema, que requiere grandes dosis de arbitrariedad en la empresa y una ilegalidad muy intensa, violentando los más elementales principios del orden laboral, y sin que baste una conducta ilícita de la empresa, pues el despido improcedente supone este caso (TS: 11.04.90, A. 3462; 05.06.90, A. 5017 y 5018; 12.11.90, A. 8565; etc.). Y en esta línea se mantiene en 1991, destacando la sentencia del mismo T. Supremo de 04.02.91 que la aplicación ha de ser muy restrictiva, y que esa restricción llega al máximo en atención al art. 108.2 TA.

El sentido de esta marcha jurisprudencial es evidente. La interpretación es sumamente restrictiva, y a partir de la vigencia de la nueva Ley esta restricción llega al máximo; lo que viene a significar la no subsistencia de esta nulidad en adelante".

La solución apuntada cuenta con la ratificación de la sentencia de 30 de Noviembre de 1991 TS en la que se dice que la calificación de nulidad radical, respecto a despidos fraudulentamente realizados, fue la que esta Sala vino considerando adecuada, en línea jurisprudencial que ya se apunta en la sentencia de 14 de Octubre de 1985 y que se reitera en otras posteriores, como las de 9 de Mayo, 2 de Junio y 8 de Julio de 1986, 28 de Octubre de 1987, 14 de Marzo y 22 de Noviembre de 1988, 20 de Febrero y 21 de marzo de 1989. La Sala declaró, sin embargo, que el fraude aducido por el demandante no se beneficiaba con presunción alguna, por lo cual para su apreciación resultaba necesario que la actividad probatoria desplegada por dicha parte hubiera dado lugar a demostración cumplida (sentencia de 13 de Junio de 1990 y 4 de Febrero de 1991). Pese a la anterior línea jurisprudencial, la doctrina más reciente de la Sala (sentencias de 11 de Abril, 16 de Mayo y 5 de Junio de 1990, y 18 de Junio de 1991) se ha manifestado restrictiva respecto de la admisión de la nulidad radical para despido fraudulento, declarando que constituye figura excepcional y extrema, en tanto que no contemplada por el Estatuto de los Trabajadores, requiriéndose para que proceda dicha calificación que la decisión extintiva se hubiera producido no sólo de manera antijurídica, pues las de nulidad e improcedencia también corresponden a despidos producidos por actuaciones empresariales que son contrarias a Derecho, sino, además, con dosis de arbitrariedad especialmente intensa, atentatorio de los más elementales principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, buscando inadecuado amparo en normas que autorizan despido causal para lograr un resultado contrario al ordenamiento jurídico, cual es obtener una declaración de improcedencia para despido carente de causa, por ser

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

inventada la que dolosamente se adujo. La reciente sentencia de 2 de Noviembre de 1993 TS ha dado un paso definitivo en la evolución reseñada al declarar que el despido radicalmente nulo por fraudulento carece actualmente de apoyo legal ya que el art. 108.2 LPL enumera de manera cerrada los casos en que el despido es nulo, sin que en ninguno quepa incluir la referida figura.

Esta doctrina jurisprudencial separa el despido simulado o sin causa y el despido fraudulento, siendo en realidad una conducta fraudulenta intentar la extinción contractual ofreciendo la apariencia de que ha existido un hecho motivador de la misma. De cualquier forma, el despido sin causa, aunque no sea considerado fraudulento y no figure en alguno de los supuestos de nulidad que señala el art. 108.2 LPL, habrá de ser calificado como radicalmente nulo, siendo muestra de la supervivencia parcial de esta figura no incorporada en su totalidad al apartado d) de aquel precepto procesal.

Hecha la precedente descripción breve de lo que puede ser el contenido de la discriminación y la violación de derechos fundamentales como causa determinante de la nulidad del despido, a continuación es conveniente indicar tanto el mecanismo de la carga de la prueba como la solución que debe darse a la concurrencia simultánea de una posible discriminación y de hechos susceptibles de motivar un despido disciplinario; es curioso comprobar respecto a la carga de la prueba la aplicación del principio según el cual al trabajador corresponde acreditar la existencia de un indicio de discriminación y a la empresa compete demostrar seguidamente que su proceder es ajustado a Derecho; la fórmula se encuentra en el art. 178.2 LPL referida al procedimiento de tutela de los derechos de libertad sindical: *"[...] una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"*; también en el art. 96 LPL sobre despidos: *"En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"*.

Esta materia la trata, por citar una resolución reciente, la sentencia de 18 de Enero de 1993 TC: *"[...] como señala el recurrente en las Sentencias que cita, este Tribunal viene declarando que cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido (SSTC 38/1981, 55/1983, 104/1987, 114/1989, 135/1990 y 21/1992).

No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada. Dicha entidad ha de ser interpretada no en el sentido de que la actividad o comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar la sanción de despido, sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia, en el bien entendido que no cualquier motivo sirve para justificar el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales".

Más adelante añade: "En consecuencia, cuando se ventila un despido «pluricausal», en el que confluyen, una causa, fondo o panorama discriminatorio, y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado.

Subsiste, no obstante, la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, de que los hechos motivadores de la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedezcan a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. En otras palabras, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo".

Para terminar el presente apartado del ámbito del despido nulo, debe darse respuesta a la pregunta de si las causas de nulidad del art. 108.2 LPL son una lista cerrada o un muestrario

ejemplificativo⁽⁶²⁾. La respuesta ha de ser favorable a la primera posibilidad. Utilizando un criterio hermenéutico elemental (el sentido propio de las palabras), el precepto se refiere a *"los siguientes casos"*, lo que indica que los enumerados son los únicos casos en los que el despido se calificará como nulo. Además, la nulidad representa el mayor reproche jurídico a la decisión sancionadora y las más graves consecuencias para la empresa, por lo que no cabe hacer una interpretación extensiva. Por otra parte, la nulidad del despido es un supuesto excepcional puesto que la calificación normal es de procedencia o improcedencia, permitiéndose en numerosos supuestos que el despido declarado nulo por defectos formales sea subsanado para proceder a un nuevo despido basado en los mismos hechos que el precedente; en otras palabras, el despido nulo sería residual, es decir, sería el despido que no es ni procedente ni improcedente, y por consiguiente la admisión de causas de nulidad fuera del precepto citado crearía inseguridad jurídica. Ello no es obstáculo para que esas causas de nulidad se apliquen a despidos no disciplinarios: despido sin causa, contratos temporales, cese por período de prueba ilegal, no llamamiento del trabajador fijo discontinuo, etc.

El criterio expuesto puede ser el objetivo de opiniones más restrictivas que censurarían el mismo, pero indudablemente constituye la interpretación más flexibilizadora de la normativa vigente.

5.5 Calificación del despido disciplinario.

Conforme a los arts. 55.2 ET y 108.1 LPL el despido podrá ser calificado como procedente, improcedente o nulo. Se van a exponer los aspectos relacionados con la calificación que más vinculación tienen con la flexibilidad, en el presente caso tomada en el sentido de medios al alcance de las empresas para ejercitar sus facultades disciplinarias sin costo alguno o con el mínimo costo. Las cuestiones que se van a plantear son las más relevantes para el cumplimiento de esos objetivos empresariales, por lo que no por ello puede llegarse a conclusiones optimistas para las empresas puesto que los instrumentos con que cuentan son con los que han de luchar en medio de una regulación legal muy incómoda.

1º.- La procedencia. Esta calificación se produce *"cuando quede acreditado el*

(62) J.M. ORDEIG FOS: "Impugnación de despidos...". Obra citada, pág. 66.

incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación" (art. 55.3 ET). La carga de la prueba de los hechos corresponde a la empresa según dispone al art. 105.1 LPL, que así mismo impone al demandado (empresa) la intervención en primer lugar durante el desarrollo del juicio tanto en las alegaciones como en la fase probatoria y las conclusiones: "Ratificada, en su caso, la demanda, tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones, corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar. Así mismo, le corresponderá la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo".

El apartado 2 del mismo artículo introduce una importante limitación tendente a no crear indefensión al trabajador: *"Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido".*

La empresa puede valerse de cualquier medio de prueba admitido en Derecho. En materia disciplinaria suele darse el supuesto de que la empresa necesite realizar una investigación tendente a la constatación de los hechos merecedores del despido que, lógicamente, el trabajador oculta, por lo que esa investigación suele practicarse a través de agencias de detectives o modernos medios mecánicos de reproducción del sonido o la imagen. El art. 90.1 LPL dispone: *"[...] admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas"*. Resulta evidente que los derechos constitucionales no deben ser vulnerados a la hora de obtener esas pruebas, pero tampoco pueden admitirse interpretaciones que entorpezcan el legítimo derecho de las empresas de averiguar las conductas de sus trabajadores que perjudiquen los intereses de aquéllas legalmente protegidos, pues ello contribuiría a dar impunidad a hechos supuestamente merecedores del despido. Habitualmente los Tribunales están admitiendo la eficacia de los informes de detectives privados, que son ratificados en el acto del juicio por los investigadores que los elaboran.

A modo ejemplo de esta línea interpretativa puede reseñarse la sentencia de 6 de Noviembre de 1991 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia: *"Respecto al derecho aplicado el recurso denuncia la infracción por violación del art. 90 LPL, en relación con los arts. 18 y 24 CE al entender que se había incurrido en violación clara del*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

derecho fundamental de la intimidad al haberse gravado la conversación del actor y del empresario, sin conocimiento de aquél, y utilizar luego dicha prueba en el juicio, cuando, además, había tres testigos ocultos para oír dicha conversación y cuidar que fuese gravada. Respecto al medio probatorio concreto de la grabación referida no cabe duda alguna que es de los expresamente admitidos en el aludido art. 90 que acepta como tal prueba los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido. Y por lo que atañe a la alegación de ataque al derecho de intimidad procede tener en cuenta que ya el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de Julio de 1989 estableció que el respeto a la dignidad o intimidad del trabajador no puede enervar el derecho de vigilancia que incumbe al empleador y es imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial, siempre y cuando se limite estrictamente la vigilancia a la constatación del cumplimiento de las obligaciones laborales, sin inquirir sobre la vida privada del trabajador ni hacer otro uso que el necesario a la motivación que la autoriza sin trascender a otros ámbitos extraños a la relación laboral. Y el que tal prueba se consiga sin el conocimiento de la parte vigilada forma parte de su propia naturaleza pues en caso contrario es seguro que no produciría resultado alguno".

La admisión de las cintas magnetofónicas como medio de prueba en los despidos disciplinarios es importante; a la sentencia que acaba de reseñarse puede añadirse otra que aborda concisamente, pero con gran exactitud, el tratamiento jurídico del problema; se trata de la sentencia de 1 de Diciembre de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que dice así: "El derecho a un proceso con todas las garantías implica que el rechazo de un medio de prueba propuesto por las partes ha de ser motivado y previa la valoración de su idoneidad. La pertinencia de la prueba se define por un triple requisito. La relación con el tema objetivo del proceso, la capacidad para formar la convicción del tribunal y la idoneidad del medio en sí. En el caso presente el rechazo de la cinta magnetofónica presentada se produce sin su valoración intrínseca y sin justificación alguna del rechazo, lo que se traduce en una indefensión de la empresa demandada.

Una cinta magnetofónica en la que se graba una conversación entre el investigador privado y el trabajador despedido no es por sí mismo un medio de prueba ilegítimo o inusual. Está previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 230), en el texto articulado de la presente Ley de Procedimiento Laboral (art. 90) y ha sido admitido reiteradamente por la jurisprudencia (STS 28 de Septiembre de 1989).

En un proceso de despido la empresa corre con la carga de la prueba de los hechos

imputados dada la presunción de inocencia (en los términos rigurosos desarrollados por las jurisprudencia constitucional STC 28 de Abril de 1988), lo que implica que correlativamente no se puede privar a la empresa del empleo de todos los medios legítimos de prueba de los hechos imputados en la carta de despido, ni imponer una carga desmesurada, que impida efectivamente el despido (en relación con los medios ordinarios de prueba de los hechos imputados) dado el carácter privado y dependiente de la prestación laboral.

En el caso presente constatando la empresa que el empleado trabajaba durante una baja de I.L.T., ha utilizado todos los medios jurídicamente legítimos para probar la conducta ilegítima del trabajador. Y no se le puede impedir el ejercicio de su derecho de despido, en las circunstancias legales, con exigencias procedimentales desorbitadas.

El hecho de que en la cinta se grabe una conversación entre el investigador y el empleado no es atentatorio contra los derechos de intimidad personal. La STC 114/1984 de 24 de Noviembre fijó los límites al empleo de los medios de reproducción técnica de la imagen y el sonido en el proceso en dos fundamentales: el secreto de los medios públicos de comunicación (art. 18.3 CE) y su intromisión por terceros. Y ninguna de ambas condiciones se cumplen en el presente caso, pues se trataba de grabar una conversación privada entre las partes, en que la cinta magnetofónica presta verosimilitud y precisión a la declaración testifical de su contenido, y por otra parte por ser lo grabado una conversación privada no está cuestionado el secreto de los medios públicos de comunicación.

Las SsTS de 19 de Julio de 1989 y 10 de Marzo de 1990 daclaran la ineficacia probatoria de cintas magnetofónicas en las que se graban conversaciones telefónicas entre el trabajador y terceras personas, pero su doctrina no es aplicable al caso de autos".

Por otra parte, la procedencia del despido puede lograrse mediante el acreditamiento de hechos posteriores al despido inicial, imputados también formalmente al trabajador y acaecidos antes del enjuiciamiento de los mismos. La sentencia de 9 de Marzo de 1989 TCT es una muestra de esta posibilidad: "[...] el hecho de que, en protesta por su despido acordado el día anterior, el día 15 de Septiembre, desde las 8'15 de la mañana y hasta las 11 h. se encadenaron a la verja de entrada del centro de trabajo -único punto de acceso al mismo-, interceptándola por completo e impidiendo con ello el pase de personas y vehículos, de forma que los trabajadores del turno de noche no pudieron salir y no pudieron entrar los más de 100 trabajadores que tenían que incorporarse al trabajo a las 9 de mañana, con lo que consiguieron paralizar durante la jornada de la mañana la actividad del centro de trabajo, persistiendo en su actitud, pese a los

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

requerimientos de la empresa, hasta que intervino la policía, es claro que tal conducta, por su persistencia, empecinamiento y gravedad al causar evidentes perjuicios económicos a la empleadora y a terceros -clientes, proveedores, etc.- con ella relacionados, aparte del quiebro de los deberes más elementales exigibles en la relación de trabajo -obediencia, disciplina, buena fe contractual- supone un incumplimiento de tal entidad que, unido a lo injustificable de la actitud descrita, cuando las actoras tenían a su alcance los medios y procedimientos legales para oponerse al despido que estimaban improcedente, hace justa la sanción de despido impuesta".

2º.- La improcedencia. Esta calificación se produce cuando el empresario no acredita los hechos imputados al trabajador en la carta de despido o los hechos acreditados no revisten la suficiente gravedad para merecer la máxima sanción.

A efectos dialécticos pudiera sostenerse que, dado que la triple calificación de procedencia, improcedencia y nulidad se encuentra referida únicamente para el despido disciplinario y éste es una de las causas extintivas del contrato de trabajo que enumera el art. 49 ET, en todos aquellos supuestos distintos al despido disciplinario (y a la extinción por causas objetivas, que también admite aquella triple calificación) si la causa extintiva alegada por la empresa no es reconocida como válida en Derecho por la sentencia judicial, el restablecimiento adecuado de los derechos del trabajador sólo se lograría a través de su efectiva reincorporación al puesto del que indebidamente se le privó, lo cual se logra solamente mediante la declaración de nulidad de la decisión empresarial aun cuando hubiere mediado comunicación escrita con constancia de la causa extintiva y fecha de efectos. El argumento es teóricamente válido porque si no es válida la causa resolutoria hecha valer por la empresa, el contrato ha de recobrar plena vigencia sin posibilidad de sustituir la readmisión mediante una indemnización. No sería sino la aplicación de un criterio civilista al contrato laboral, que redundaría en beneficio exclusivo del trabajador, lo que indica que la aplicación de criterios civilistas no siempre beneficia a la parte empleadora. Sin embargo este criterio no es aceptado por la Jurisprudencia puesto que entiende que la triple calificación prevista legalmente para el despido disciplinario es aplicable a cualquier supuesto de extinción contractual, al igual que el procedimiento especial previsto por la LPL para el despido disciplinario se aplica a toda reclamación judicial derivada de la extinción contractual. Los ejemplos que pueden citarse de este criterio de los Tribunales son numerosísimos; así: las de 10 de Marzo de 1992 y de 1 de Febrero y 4 y 25 de Mayo de 1993 dictadas resolviendo recursos de casación para la unificación de doctrina y las de 19 de Febrero y 18 de Julio de 1990 y 11 de Febrero de 1991 TS; 5 de

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Noviembre de 1991 y 3 de Junio de 1992 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; 20 de Septiembre de 1991 (Sevilla), 2 (Málaga) y 24 (Sevilla) de Abril y 26 (Málaga) de Junio de 1992 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía; 25 de Septiembre y 20 de Diciembre de 1991 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; y 21 y 22 de Agosto de 1992 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Por otra parte, la improcedencia del despido, conforme a los arts. 56.1 ET y 110.1 LPL, otorga al empresario la opción entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones o a resolver el contrato a cambio de una indemnización tasada. Si el despido afecta a un representante legal o sindical, la opción descrita la ejercerá el trabajador, siendo obligatoria la readmisión si opta por ésta (arts. 56.3 ET y 110.2 LPL). Evidentemente ese derecho se enmarca en las garantías de ejercicio de funciones sindicales y protección que el Ordenamiento dispensa a los representantes legales de los trabajadores, siendo su equiparación en esta materia a los restantes trabajadores una cuestión a la que se oponen férreamente los sindicatos. Así mismo, se presume para los trabajadores ordinarios que si el empresario no opta, procede la readmisión (art. 55.2 ET), lo que puede ser evitado, lógicamente, haciendo uso efectivo de la opción legal. No obstante, resulta que en algunos convenios colectivos se suele pactar que el empresario nunca pueda optar en favor de la resolución contractual indemnizada, lo cual constituye una renuncia válida a un derecho, que se corresponderá con algún beneficio obtenido en el curso de la negociación del convenio.

El importe de la indemnización para el supuesto de que la empresa opte por la resolución contractual es la señalada por los arts 56.1 a) ET y 110.1 LPL: se fijará en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Como se dijo en su momento, es una indemnización muy alta en comparación a las vigentes en otros países europeos y su disminución constituye una reivindicación constante de las empresas por la contribución que la actual cuantía hace para el retraimiento de nuevas contrataciones e inversiones. Así mismo, la pronta solución del conflicto, evitando acudir a la vía jurisdiccional, y la incertidumbre de la sentencia que se emitiera, con el consiguiente devengo de salarios de tramitación si se declara la improcedencia, son factores que animan a las partes a fijar indemnizaciones amistosamente negociadas muy por encima de la cuantía legal, lo que agrava el costo para la empresa.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El salario que ha de tomarse para el cálculo de la indemnización legal es el vigente en el momento de producirse el despido, sin que el mismo se revalorice con posterioridad y hasta el momento procesal de efectuar dicho cálculo. Ello es así porque, a diferencia de la indemnización civil que persigue la completa compensación de los perjuicios padecidos por el beneficiario o la total satisfacción del daño emergente o el lucro cesante, la indemnización laboral no tiene presente las concretas circunstancias concurrentes sino que constituye una indemnización tasada impuesta legalmente en su cuantía mínima innegociable y para cuyo cálculo ha de valerse de un dato objetivo cual es el salario que percibía el trabajador al momento de producirse la extinción decidida por la empresa.

Por otra parte, los salarios de tramitación cuentan con un límite favorable a la empresa en razón a que la dilación del trámite judicial no ha de repercutir contra la misma más allá de un plazo fijado legalmente. El art. 56.5 ET posee al respecto una redacción aséptica: *"Cuando la sentencia de la jurisdicción competente que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de sesenta días desde la fecha en que se presentó la demanda, el abono de la percepción económica a que se refiere el apartado b) del número 1 de este artículo, correspondiente al tiempo que exceda de los meses antes señalados, será por cuenta del Estado"*. En desarrollo de esta disposición se promulgó el Real Decreto 924/1982 de 17 de Abril, de cuyo art. 2 parece desprenderse, dejando a salvo el supuesto de que la procedencia del despido sea declarada por el Tribunal superior, que respecto a la reclamación ante el Estado, a través de la Dirección de Trabajo y Seguridad Social de la provincia, la empresa no está obligada a adelantar la cantidad con cargo a aquél. Sin embargo parece ser que el sistema ha cambiado con la actual LPL cuyo art. 116.1 dice: *"Si, desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido, hasta la sentencia del Juzgado o Tribunal que por primera vez declare su improcedencia, hubiesen transcurrido más de sesenta días hábiles, el empresario, una vez firme la sentencia, podrá reclamar al Estado los salarios pagos al trabajador que excedan de dicho plazo"*. No sólo el texto procesal habla de días hábiles, con lo cual se amplía el período de salarios de tramitación con cargo a la empresa en comparación al texto estatutario sino que el empresario ha de pagar la totalidad de los salarios de tramitación al trabajador y después repercutir contra el Estado, que lógicamente tardará en reintegrar a la empresa más tiempo que lo que ésta tardó en pagar al trabajador; éste se evitará el trámite de reclamación, que ahora es a cargo de la empresa; y todo ello sin perjuicio de que la reclamación de la empresa no sea estimada por cualquier motivo o sólo lo sea parcialmente, en cuyo caso podría hacer una petición al trabajador de devolución de lo

indebidamente percibido, que podría dar lugar a un nuevo pleito judicial, con riesgo en todo caso de insolvencia del trabajador. Por lo tanto, el nuevo sistema resulta manifiestamente gravoso para las empresas en comparación con el mecanismo anteriormente vigente. Que ello es así lo confirma el tenor literal de los siguiente apartados del art. 116 LPL; así el 2 dice: *"En el supuesto de insolvencia provisional del empresario, el trabajador podrá reclamar directamente al Estado los salarios [...]".* Y el apartado 3 dice: *"Igualmente, podrá el empresario reclamar los salarios abonados [...]".*

La responsabilidad comentada del Estado frente a los salarios de tramitación no se da en el caso del despido nulo.

Una última cuestión sobre la calificación de improcedencia. ¿Qué sucede cuando la empresa comunica por escrito al trabajador que, tras cumplir éste una condena de privación de libertad, no puede reintegrarse a su antiguo puesto? La respuesta sería inmediatamente favorable a la postura de la empresa en el supuesto de que el volumen de la plantilla de ésta no fuera lo suficientemente amplio para acomodar al trabajador condenado, ya que es probable que la empresa haya cubierto la vacante mediante la contratación de otro trabajador, no pudiéndose exigir que esperara el regreso del condenado o que cubriera la vacante mediante un contratado temporal, ya que la incertidumbre sobre los derechos laborales del trabajador condenado y la imprevisible reclamación del mismo al recobrar la libertad no hacen razonablemente exigible que la empresa previera estas contingencias. Simplemente la enumeración de todas esas posibles situaciones evidencia la multitud de circunstancias de hecho que pueden darse en la persona del trabajador, en la empresa empleadora y en la dinámica de cumplimiento de la condena; por consiguiente, la idea quedará suficientemente expuesta si, con el fin de no adentrarse en argumentaciones que excedan del ámbito de este estudio, se da una respuesta partiendo de un supuesto ideal.

Ese supuesto ideal sería el de un trabajador que haya cumplido una pena de privación de libertad no excesiva, por la comisión de unos hechos que no han incidido en el desarrollo de su trabajo y que pretenda el reingreso en una empresa que cuenta con una vacante adecuada a su categoría profesional. Ante la negativa empresarial, la calificación de procedencia contaría con los siguientes argumentos favorables: 1º) El art. 45.1 g) ET establece como causa de suspensión del contrato la *"privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria"*. Por lo tanto, desde que se dé una sentencia condenatoria desaparece la causa que permite al trabajador, aun estando privado de libertad, mantener el contrato de trabajo en suspensión, por lo cual la

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

desaparición de la causa de la suspensión sin la subsiguiente incorporación al trabajo conduciría a la extinción de la relación laboral. 2º) En relación con lo anterior, ningún precepto concede al trabajador el derecho de suspensión del contrato durante el cumplimiento de la condena ni precepto alguno impone a la empresa el deber de readmitir al trabajador condenado. 3º) Aunque los hechos delictivos no hubieran incidido en el cumplimiento de los deberes laborales, realmente el trabajador dejó de asistir a su puesto y no puede imponerse a la empresa y a los restantes trabajadores el desasosiego de tener en el centro de trabajo a quien cometió un delito. 4º) Al pasar el trabajador a la situación de privación de libertad por condena y no poder realizar su prestación de servicios laborales, con la consiguiente cesación del abono de los salarios por parte de la empresa, desaparece la causa del contrato de trabajo (art. 1275 del Código Civil) y con ello se produce su extinción. 5º) La condena penal en cuanto sanción más grave que puede imponerse a un individuo, engloba todas las consecuencias negativas que se deriven de la pena privativa de libertad, y entre ellas las que afectan su situación laboral, siendo la extinción del contrato un efecto más de la conducta penalmente punible a la que ha de hacer frente el responsable.

Por contra, los argumentos favorables al derecho del penado a reingresar en la empresa se pueden sintetizar en los siguientes: 1º) Ninguna norma sancionadora puede ser interpretada extensivamente, por lo que la ausencia de una autorización legal expresa para que la empresa pueda extinguir el contrato hace que la privación de libertad no tenga otros efectos que los que prevé el art. 45.1 g) ET. 2º) Si los hechos determinantes de la condena penal no guardan relación con las obligaciones laborales a cargo del trabajador, dicha desconexión o falta de incidencia en el contrato de trabajo hace que la empresa carezca de un apoyo legal para extinguir el contrato. 3º) El cese de la asistencia al trabajo y el cumplimiento de los restantes deberes del trabajador no fue voluntario sino impuesto por la autoridad judicial que acordó privarle de libertad, no debiéndose incrementar los efectos de una conducta más allá de la responsabilidad legal derivada del hecho penalmente relevante, pues si así no fuera se impondría realmente una doble sanción: penal y laboral. 4º) El mandato constitucional (art. 25.2) conforme al cual las penas privativas de libertad estarán orientadas a la reinserción social, quedaría en gran parte frustrado si, impidiendo la reanudación del trabajo, al condenado se le impone la pérdida de una vía importante para el logro de su plena rehabilitación.

El problema expuesto es muy puntual y cuantitativamente escaso, pero aun a riesgo de ser tildado de anecdótico, es indudable que la solución jurisprudencial favorable al deseo empresarial

de extinguir el contrato, esto es, en favor de la primera posibilidad, constituiría una interpretación flexibilizadora de las normas aplicables.

3º.- La nulidad. Según los arts 55.4 ET y 113.1 LPL, la calificación de nulidad del despido conlleva el efecto de la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. El art. 55.3 ET y el art. 113.2 LPL admiten que si el despido se declarara nulo por los defectos de forma previstos en los apartados a), b) y c) del número 2 del art. 108 LPL, pueda efectuarse un nuevo despido en el plazo de siete días siguientes a la declaración de nulidad.

Dos son las cuestiones relevantes que pueden ser tratadas en este momento y a las que la Jurisprudencia ha dado una clara orientación: 1º) Aplicable tanto al despido nulo como al improcedente: la revalorización de los salarios de tramitación durante el período de devengo. 2º) El descuento en los salarios de tramitación de lo percibido en otro empleo (previsto por el art. 56.1 b) ET para el despido improcedente) en el despido calificado como nulo.

Respecto al primer punto, es suficiente una resolución judicial para exponer un criterio que está consolidado. La sentencia de 13 de Junio de 1992 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia manifestó que *"el importe de los salarios de tramitación debidos a la actora, que se fijan, son los correctos siguiendo las sentencias que cita del Tribunal Supremo que toman como base de su adeudo el salario fijado en la sentencia que han de permanecer inalterables y sin actualización a consecuencia de sucesivos incrementos salariales que se pueden producir por disposición legal o convenio colectivo salvo que el trabajador continuara prestando sus servicios en ejecución provisional de la sentencia, mientras se tramita el recurso [...]".*

La segunda cuestión es más importante y controvertida. El descuento en los salarios de tramitación de lo percibido por el trabajador en otro empleo se encuentra previsto expresamente en el art. 56.1 b) ET para el despido improcedente; esta circunstancia y el argumento de que las consecuencias del despido calificado de nulo son más gravosas para la empresa que la calificación de improcedencia, y tomando aquella calificación como el equivalente a una sanción impuesta a la empresa, ha servido para que tradicionalmente los Tribunales sostuvieron que lo percibido por el trabajador en otro empleo no se descontaría de los salarios de tramitación. Sin embargo, la importante sentencia de 13 de Mayo de 1991 TS, que tuvo un voto particular en contra, sentó un

criterio distinto; son interesantes las siguientes reseñas de esa resolución: *"La figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente; por ello, si el trabajador de que se trate, ha trabajado para otra empresa en todo o en parte de ese lapso de tiempo y ha cobrado la pertinente remuneración, es obvio que, en cuanto al montante de ésta, no ha existido perjuicio alguno; y si no hay perjuicio, no puede haber tampoco resarcimiento. Así pues, en estos casos desaparece la «ratio legis», el fundamento esencial que justifica la existencia de la obligación de satisfacer los salarios de tramitación; y al desaparecer la causa que la justifica y genera, esta obligación no puede existir, al menos en la cuantía coincidente.*

El único indicio que, en favor de la tesis contraria a la comentada compensación de los salarios de trámite, podría encontrarse en el texto de la Ley, es la circunstancia de que el art. 56.1 b) ET en el despido improcedente limita el abono de los salarios referidos «hasta que haya encontrado otro empleo» el interesado, cosa que no se menciona en el art. 55 n° 4 al tratar del despido nulo. Pero de esta ligera diferencia, de este silencio de la Ley en materia de despido nulo no puede desprenderse, en absoluto, que en el mismo no entre en acción la mencionada compensación o reducción de salarios. De este silencio no cabe deducir tan drástica consecuencia; por el contrario, resulta claro que la figura de los salarios de tramitación es sustancialmente igual tanto en el despido nulo como en el improcedente, salvo algunas diferencias de tratamiento que no afectan a la esencia de esta institución, puesto que responde siempre a la misma «ratio legis» y persigue la misma finalidad y objetivos, y en consecuencia parece lógico concluir que ese silencio únicamente se debe al afán de evitar repeticiones sobre lo mismo, pues en ambos casos de lo que se trata es de abonar «los salarios dejados de percibir», y que, por ende, el art. 55 n° 4 debe ser interpretado a la luz del art. 56.1 b).

Se ha llegado a afirmar, en el empeño de buscar diferencias entre los salarios de trámite del despido nulo de los del despido improcedente, que en el primer caso, es decir en el despido nulo, tales salarios tienen una finalidad sancionadora de la conducta del empresario; pero esta afirmación es totalmente voluntarista, al carecer tanto de apoyatura legal como de base de razón, pues no hay precepto legal alguno ni fundamento jurídico de ninguna clase que permitan sostener tal cosa.

Pero la disparidad que se acaba de dejar indicada, evidencia, con toda nitidez, el

contrasentido que encierra la tesis sancionadora que estamos examinando, toda vez que según los planteamientos de la misma, la existencia o no existencia de sanción no dependería, en puridad de concepto, de la conducta del empresario incumplidor, sino de un hecho ajeno a la voluntad e intenciones de éste cual es el que el trabajador despedido trabaje o no trabaje para otra empresa durante la sustanciación del pleito.

Así se llega a la absurda conclusión de que el ordenamiento jurídico sanciona al empleador cuando el empleado haya prestado servicios para otro, y no le impone sanción alguna en el caso de que tales servicios no se hayan producido, a pesar de que la conducta del empresario es siempre sustancialmente la misma haciéndose depender la imposición de tal sanción de unos hechos completamente ajenos a la voluntad del sancionado, lo que choca frontalmente con numerosos principios jurídicos, en especial el de seguridad jurídica que proclama el art. 9 nº3 de la Constitución Española.

De lo expresado se deduce que no cabe sostener el carácter punitivo o sancionador de los salarios de tramitación en el proceso de despido nulo, sino que únicamente es posible afirmar que tales salarios tienen, en todo caso, una clara finalidad reparadora e indemnizatoria.

Y precisamente en razón de esta naturaleza indemnizatoria o reparadora de los salarios de trámite esta Sala, en sus sentencias de 3 de Julio de 1990 y 16 de Noviembre de 1986, entre otras, ha mantenido que en los casos de despido, bien sea nulo, bien improcedente, si el contrato de trabajo subyacente era de naturaleza temporal y había vencido su plazo de vigencia o concurrido la causa extintiva del mismo mientras estaba en trámite el proceso de despido, los salarios de tramitación correspondientes no pueden extenderse más allá del día en que, de no haberse producido dicho despido, se había extinguido el contrato". El criterio expuesto ha sido confirmado por la sentencia de 2 de Diciembre de 1992 TS dictada en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina.

5. 6 La ejecución de la sentencia de despido.

La regulación procesal de la ejecución de las sentencias por despido constituye un conjunto abundante de normas garantizadoras del efectivo cumplimiento de lo resuelto judicialmente o de lo acordado en conciliación judicial o extrajudicial, tendentes todas ellas a evitar cualquier resquicio por el que las empresas pudieran eludir dicho cumplimiento. No son las normas procesales las más propias para hacer un examen sobre su grado de rigidez y las posibles medidas flexibilizadoras que pudieran introducirse sino que éstas últimas siempre es más conveniente que

sean implantadas en las normas de Derecho sustantivo, en las que ha de quedar claramente determinado el efecto que su aplicación va a tener para los litigantes, siendo las normas procesales de ejecución de sentencias los mecanismos de satisfacción del derecho del litigante vencedor a que esa ejecución se haga en los propios términos de la sentencia. Por consiguiente, es escaso el margen de estudio que esa normativa ofrece; sin embargo, hay dos aspectos relevantes que merecen ser comentados conjuntamente: al grado de onerosidad añadida a la responsabilidad de la empresa declarada en la sentencia y la ejecución de ésta según lo que la LPL denomina "*propios términos*".

El art. 278 LPL regula lo que comúnmente se identifica como "*incidente de readmisión*". El precepto se refiere, como causas generadoras de su señalamiento por el órgano judicial, a la "*no readmisión*" o a la "*readmisión irregular*"; los preceptos inmediatamente anteriores son indicadores de que la controversia que el incidente trata de resolver se deriva de la opción que ha de realizar la empresa, por lo que la declaración contenida en el fallo de la sentencia que se ejecuta tiene que ser de calificación de improcedencia del despido. Las posibles situaciones son fundamentalmente tres: a) Que el empresario no haya optado, en cuyo caso, conforme al art. 56.2 ET, se entiende que prefiere la readmisión antes que la indemnización, pero su pasividad se prolonga hasta el punto de no proceder a la readmisión tácitamente elegida. b) Que la empresa opte expresamente por la readmisión, pero de hecho no readmita al trabajador seguidamente. c) Que la empresa opte expresa o tácitamente por la readmisión y que ésta se produzca, pero de forma irregular.

En el trámite de prueba del incidente regulado por el art. 278 LPL la empresa puede practicar todas aquellas que, siendo pertinentes a juicio del juzgador, bien tiendan a demostrar que la readmisión se ha producido o que la misma ha sido en iguales condiciones a la vigentes con anterioridad al despido o bien se limiten a constatar la realidad concurrente para que el órgano judicial resuelva; en este segundo caso la empresa procederá de esa manera si no tiene interés preferente por la readmisión o la indemnización, e incluso es usual que la empresa no presente prueba alguna con el fin de que, aceptando tácitamente la alegación del trabajador respecto a la no readmisión o la readmisión irregular, se declare extinguida la relación laboral y se fije la indemnización en favor del trabajador, si eso es lo querido por la empresa, que en este supuesto comparecería al trámite del incidente como mera formalidad para lograr la resolución contractual indemnizada, a la que no había optado en el momento oportuno.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El apartado 2.b) del art. 278 LPL concede la facultad al juzgador de, además de fijar la indemnización correspondiente y declarar resuelto el contrato, establecer a cargo de la empresa una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. El ámbito de discrecionalidad judicial es amplio no sólo porque es potestativo del juzgador sino porque su aplicación depende de circunstancias tan subjetivas como las concurrentes en el caso y los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, lo cual es difícil de objetivizar. Posiblemente por esta razón el uso que se ha hecho de la imposición de una indemnización adicional ha sido escaso hasta el momento. En todo caso, este mecanismo puede servir para compensar los perjuicios del trabajador derivados de una conducta intencionada de la empresa, que el juzgador puede medir en relación con el margen flexible que el precepto le concede, puesto que la indemnización adicional tiene un máximo legal, pero puede ser inferior al mismo.

Respecto a las condiciones de la readmisión, impera el criterio de que ha de atenderse a las circunstancias laborales existentes antes del despido y en el momento de la readmisión, no considerándose irregular la readmisión por el hecho de que quede pendiente el cumplimiento de alguna obligación empresarial declarada en la sentencia, cuya ejecución satisfará los derechos del trabajador. El caso más corriente es el del pago de los salarios de tramitación en el momento de la readmisión del trabajador en su puesto. Al respecto la sentencia de 2 de Noviembre de 1989 TS declaró: *"La readmisión realizada habrá de considerarse regular -lo que excluye su sustitución por el pago de la indemnización correspondiente- cuando se hubiera restablecido el vínculo laboral en iguales condiciones que las que reglan antes del despido, sin que afecte a tal realidad fáctica el que no se hubieran satisfecho los salarios de tramitación que pueden y deben hacerse efectivos, cuando voluntaria y tempestivamente no se abonaran por la empresa, a través de la vía ejecutiva adecuada. Tan es así que el art. 211 (texto de 1980), tantas veces citado, para la comparecencia que disciplina, sólo permite aportación de pruebas sobre los hechos concretos de la no readmisión o readmisión irregular y, para el supuesto de acreditarse una u otra circunstancia, ordena que la resolución que se dicte acuerde la extinción del contrato de trabajo, condenando al abono de la indemnización correspondiente, así como al de los salarios dejados de percibir, pero sólo a partir de la fecha de la notificación de la sentencia, pues los anteriores ya hubieron de ser objeto de la condena que ésta hizo y, desde su firmeza, pudo instarse su ejecución por el cauce ordinario".*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Por otra parte, el art. 279 LPL fue realmente novedoso en el momento de promulgarse el nuevo texto procesal en 1990. La expresión de sentencia *"ejecutada en sus propios términos"* está indicando, máxime teniendo en cuenta su ubicación inmediatamente seguida del incidente de no readmisión para los despidos improcedentes, que trata de los despidos nulos, cuyo efecto esencial es el derecho del trabajador a ser readmitido. Como se dijo en su momento, la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 ofrecía la posibilidad, no expresa, de que aun siendo declarada la nulidad del despido, la empresa no readmitiera al trabajador sino que resolviera el contrato a cambio de una indemnización para el trabajador igual a la del despido improcedente; esta posibilidad la ofrecía el art. 211 que, al referirse a la no readmisión o a la readmisión irregular, no hacía distinción alguno sobre la calificación del despido que figurara en la sentencia. La conclusión era muy sencilla: no importaba la calificación del despido si lo que pretendía la empresa era resolver el contrato aun pagando la indemnización. La aparición de la figura del despido radicalmente nulo construida por el TC significó que, calificado así el despido en el que concurrían determinadas circunstancias, la ejecución no podía desarrollarse sino a través de la efectiva readmisión del trabajador. La actual LPL no menciona el despido radicalmente nulo, pero los arts. 279 y siguientes imponen ese deber de readmisión efectiva y fijan las garantías para que así sea. La comparación del art. 279 con el art. 108.2 que establece las causas de nulidad permite llegar a la conclusión que todas las causas de nulidad se benefician del art. 279, es decir, de la ejecución de la sentencia en sus propios términos.

En efecto, el art. 279 establece los siguientes supuestos: a) Cuando el trabajador despedido fuera Delegado de personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado sindical y, declarada la improcedencia del despido, optare por la readmisión. Esta situación es acorde con los arts. 110.2 LPL y 56.3 ET. b) Cuando la declaración de nulidad del despido de cualquier trabajador se fundamente en la causa prevista en el apartado d) del art. 108, es decir, la discriminación contraria a la Constitución y la Ley o la violación de derechos fundamentales y libertades públicas. Estos preceptos son los que han incorporado a la letra de la Ley la figura del despido radicalmente nulo aunque, como también se dijo, subsiste la duda para algunos autores respecto al despido fraudulento. c) Cuando la declaración de nulidad se fundamente en defectos de forma y no se proceda a efectuar el nuevo despido en el plazo de los siete días siguientes a dicha declaración. Este supuesto, conforme al art. 113.2 LPL, comprende las causas de nulidad que citan los apartados a), b) y c) del art. 108.2 LPL: incumplimiento de los requisitos formales que impone el art. 55.1 ET, omisión del procedimiento disciplinario establecido legal o convencionalmente y

de despido de trabajadores afiliados a un Sindicato realizado sin la previa audiencia de los Delegados sindicales, si los hubiera. d) cuando la declaración de nulidad se fundamenta en la suspensión del contrato del trabajador despedido, una vez haya concluido la causa de tal suspensión; ello se corresponde con la causa de nulidad que señala el art. 108.2 - e.

De esta manera la declaración de nulidad conlleva el efecto de la readmisión que le es propio, pero de hecho se limitan las posibilidades de rescisión indemnizada que en numerosos casos puede interesar a las empresas, al tiempo que se amplían las causas determinantes de la nulidad.

El mero enunciado de las medidas que la LPL permite que adopte el órgano judicial es suficientemente expresivo de lo que le puede ocurrir a la empresa incumplidora. Dice el art. 281 LPL: *"Cuando el empresario no diese cumplimiento a la orden de reposición a que se refiere el artículo anterior, el Juez acordará las medidas siguientes: a) Que el trabajador continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de Convenio Colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la fecha de la readmisión en debida forma. A tal fin, el Juez despachará ejecución, en tantas ocasiones como fuere necesario, por una cantidad equivalente a seis meses de salario, haciéndose efectivas al trabajador con cargo a la misma las retribuciones que fueran venciendo, hasta que, una vez efectuada la readmisión en forma regular, acuerde la devolución al empresario del saldo existente en esa fecha. b) Que el trabajador continúe en alta y con cotización en la Seguridad Social, lo que pondrá en conocimiento de la Entidad gestora a los efectos procedentes. c) Que el Delegado de personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado sindical continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo, advirtiéndolo al empresario que, de impedir u oponer algún obstáculo a dicho ejercicio, se pondrán los hechos en conocimiento de la Autoridad Laboral a los efectos de sancionar su conducta de acuerdo con lo que dispone la Ley 8/1988, de 7 de Abril".* Todas estas medidas no son potestativas sino obligatorias, según los términos en que se encuentra redactado el precepto, al igual que el siguiente.

El art. 282 LPL añade otra medida: *"Además de la adopción de las medidas a que se refiere el artículo anterior, el Juez acordará que el empresario ingrese una cantidad que fijará el Juez, atendiendo a las circunstancias en que se produjo el despido, dimensión y situación*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

económica de la empresa y puesto que ocupaba el trabajador, y que no podrá ser inferior al importe del salario diario del mismo, ni superior al de cuatro veces esta cantidad, por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de readmitir en debida forma. Estas cantidades se remitirán al Tesoro Público". Por consiguiente, a las medidas de aseguramiento se une una sanción económica que no repercute en favor del trabajador.

En algunas ocasiones la readmisión efectiva no es materialmente posible. Este problema se planteaba cuando la petición de nulidad radical era estimada y subsidiariamente no se reclamaba efecto distinto a la readmisión efectiva, única alternativa esta última de ejecución de la sentencia dictada en aquellos términos. La solución viene dada actualmente por el art. 284 LPL: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la Empresa obligada, el Juez dictará auto en el que declarará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el número dos del artículo 278".*

En materia de ejecución provisional pueden destacarse tres preceptos procesales: los arts. 295, 297 y 298, todos ellos partiendo de la premisa de la declaración de improcedencia o nulidad en la sentencia de instancia, pues si ésta califica el despido de procedente ninguna ejecución provisional cabe en favor del trabajador o a cargo de la empresa, como así se deduce indirectamente del art. 299 LPL.

Durante la sustanciación del recurso la empresa condenada no queda temporalmente desligada de sus obligaciones para con el trabajador. El art. 295 dispone: *"Cuando en los procesos donde se ejerciten acciones derivadas del despido o de decisión extintiva de las relaciones de trabajo, la sentencia del Juzgado o Tribunal declare su nulidad o improcedencia y el empresario interponga alguno de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que viniera percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos, y continuará el trabajador prestando sus servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna".* Esta última posibilidad no deja de ser una alternativa que favorece a la empresa que prefiere pagar el salario aunque el trabajador no acuda a su puesto, si ello resulta más beneficioso para la marcha de la empresa o a la convivencia en el trabajo con el empresario u otros trabajadores.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO V Parte Cuarta: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Cabe la posibilidad de que la obligación empresarial subsista aun cuando el recurso lo interponga el trabajador por estar en desacuerdo no con la calificación del despido sino con otras circunstancias jurídicamente relevantes. El apartado 2 del art. 295 LPL dice: *"La misma obligación tendrá el empresario si el recurso lo interpusiere el trabajador y la sentencia hubiere declarado la nulidad del despido al amparo de lo que dispone el apartado d) del artículo 108.2 de esta Ley o se hubiere optado por la readmisión"*.

El art. 297 LPL establece una consecuencia lógica ante un uso desviado o abuso que de sus derechos pueda hacer el trabajador en perjuicio de la empresa: *"El incumplimiento injustificado por parte del trabajador del requerimiento empresarial de reanudación de la prestación de servicios acarreará la pérdida definitiva de los salarios a que se refieren los artículos anteriores"*. No aclara este precepto si el incumplimiento injustificado significa la negativa del trabajador a reanudar la prestación laboral, el retraso en la reanudación o la negativa basada en algún motivo carente de fundamento. Lo más lógico es entender que todas esas posibilidades se encuentran comprendidas en el precepto y que el concepto de *"pérdida definitiva"* se refiere a la totalidad de los salarios que podía haber percibido y sin posibilidad de rectificar su conducta inicial, es decir, aunque el trabajador quisiera tardíamente empezar a prestar servicios. La decisión del trabajador ha de ser clara desde el principio, a diferencia del cambio de criterio que puede tener la empresa según se desprende del art. 296. Téngase presente que la conducta omisiva o dubitativa del trabajador puede obedecer a que se encuentre prestando servicios para otra empresa en el momento de dictarse la sentencia de instancia y durante los trámites de ejecución provisional.

Finalmente, hay una norma claramente protectora del trabajador, que afecta a la empresa, aunque el despido acordado por ésta tuviera en todo momento amparo legal; es una derivación de la alternativa que regula el art. 295 LPL, pero pierde gran parte de sentido si, declarándose finalmente la procedencia del despido, la empresa no usó los servicios del trabajador durante la tramitación del recurso; de hecho, la tardanza de la Administración de Justicia en reconocer la legitimidad del despido genera a la empresa unos gastos (los salarios de tramitación) que sólo benefician al trabajador cuyo incumplimiento contractual motivó su despido. Dice el art. 298 LPL: *"Si la sentencia favorable al trabajador fuese revocada en todo o en parte, éste no vendrá obligado al reintegro de los salarios percibidos durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen los devengados durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de la firmeza de la sentencia"*.

CAPÍTULO VI

LAS RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS

SUMARIO

1. RELEVANCIA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	415
2. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO LABORAL.	416
3. EFECTOS DE LAS IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE LA ADMINISTRACIÓN.	418
4. EL ACCESO A LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA DERIVADA DE UNA PREVIA CONTRATACIÓN TEMPORAL.	420
5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.	423

1. RELEVANCIA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La contratación temporal en la Administración Pública y los efectos que se producen con ocasión de la extinción de dichos contratos constituye la cuestión inicial que se abordará en las siguientes líneas para determinar, junto con la negociación colectiva de los funcionarios, el contenido de un somero estudio de la flexibilidad y los poderes del empleador en el ámbito de la Administración.

Sin perjuicio del uso que las Administraciones Públicas pueden hacer de los contratos de trabajo temporales de colaboración social regulados por los arts. 38 y ss. del Real Decreto 1.455/1982 de 25 de Junio por el que se regularon diversas medidas de fomento del empleo, durante los últimos años viene siendo abundante el uso que la Administración hace de las distintas modalidades de contratación temporal previstas, en principio, para el sector privado, con el fin de cubrir vacantes o simplemente necesidades pasajeras de mano de obra que tienen una duración determinada, generándose con ello una gran litigiosidad judicial dimanante especialmente del constante y lógico deseo de los trabajadores de adquirir la condición de fijos en el organismo para el que hayan venido prestando sus servicios, movidos sobre todo por el altísimo grado de estabilidad en esos puestos⁽¹⁾.

En base al argumento de que la Administración siempre ha contado con los mecanismos precisos para cubrir sus necesidades de personal tanto permanente como coyuntural, se ha planteado la duda de si resulta jurídicamente legítimo acogerse a la contratación laboral temporal, pretendiéndose por parte de quienes niegan esa posibilidad alcanzar la nulidad de esas contrataciones y conseguir el carácter de fijo de plantilla⁽²⁾.

Los Tribunales se han mostrado absolutamente favorables a la práctica que se comenta, argumentando que la tardanza en cubrir determinados puestos mediante personal funcionario o

(1) En general A. OJEDA AVILÉS. "El empleo temporal en las Administraciones Públicas (Una aproximación unitaria)". *Reda* n° 56 (1987).

(2) J. GARCÍA MURCIA: "El trabajo atípico en la jurisprudencia más reciente: Notas más destacadas". *Relaciones Laborales*, n° 7-8, Abril 1989, pág. 110.

mediante contratados laborales indefinidos que han superado las correspondientes pruebas, sirve para evitar desatenciones en el servicio. También admiten la contratación temporal como medida de fomento del empleo cuando la Administración precise atender trabajos urgentes que no pueden prestar con funcionarios de plantilla. Son ejemplos de estos criterios las sentencias de 29 de Septiembre de 1986 TS y la de 29 de Octubre de 1985 TCT.

Dos son los supuestos más habituales en que la Administración precisa acudir a la contratación laboral temporal: la cobertura de una vacante ocupada por personal con derecho a reserva del puesto y la acumulación de tareas. Por ello la Jurisprudencia, en coherencia con lo dicho, admite los contratos de interinidad, exigiendo que en los mismos figure la persona sustituida y la causa de la sustitución (Sentencias de 26 de Septiembre de 1988 TS y 24 y 25 de Septiembre de 1985 y 16 de Enero de 1987 TCT); y también se admite cubrir mediante esos contratos las vacantes existentes hasta el momento en que se cubran reglamentariamente por personal funcionario o laboral, en cuyo caso no será exigible, naturalmente, la observancia de los requisitos de constancia de la persona sustituida y causa de la sustitución (Sentencias de 5 de Febrero de 1985, 17 de Noviembre de 1987 y 25 de Febrero de 1988 TCT). Y para la acumulación de tareas, se admite el contrato para trabajos eventuales (Sentencia de 8 de Julio de 1986 TS).

2. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO LABORAL.

Es infrecuente, en relación al total de litigios que causa la contratación en la Administración, el planteamiento de esa disyuntiva, que incide en la competencia jurisdiccional por razón de la materia para conocer de dichos pleitos. La distinción no es clara, pero los Tribunales se han pronunciado con unanimidad sobre este problema. No es preciso realizar argumentación alguna al respecto porque las resoluciones judiciales han sido muy ilustrativas.

La sentencia de 11 de Junio de 1987 TS manifestó: *"Respecto al problema de determinar la naturaleza jurídica que corresponde a los contratos otorgados para la prestación de servicios personales al Estado, Entidades Autónomas, o Corporaciones Provinciales o Municipales, problema difícil y complejo en razón a que entre el régimen administrativo y el laboral no existen, en principio, en la materia comentadas, diferencias sensibles de contenido esencial, ha elaborado esta Sala un cuerpo de doctrina recogido en las Sentencias de 25 de Enero de 1979, 9 de Marzo,*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO VI: LAS RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ...

10 de Mayo y 21 de Diciembre de 1983, y 5 de Julio y 27 de Diciembre de 1984, en las que se destacan las siguientes conclusiones: a) Que no es la clase de servicio que se presta ni la denominación que se dé al contrato la que determina la naturaleza de éste, sino la existencia de una normativa con rango de Ley que lo autorice y determine su adscripción al área de la contratación administrativa y el sometimiento a ella, con atribución del conocimiento de las controversias que se susciten a dicha Jurisdicción, lo que, en definitiva, significa que, en ocasiones, sólo el bloque normativo regulador del contrato por la libre decisión y la voluntad claramente expresada por quienes lo conciertan, de acuerdo con la leyes, es capaz de diferenciar una y otra modalidad contractual; b) Que, en principio, y con carácter general, sólo a los contratados por la Administración con la cualidad de obreros o trabajadores manuales les es aplicable la legislación laboral, y los demás tienen la condición de funcionarios, sean en propiedad, interinos o eventuales, a efectos de estar sometidos a la legislación administrativa; c) Que las desviaciones y abusos que, en el desarrollo de la relación válidamente establecida con carácter administrativo, hayan podido realizarse por violación de determinadas disposiciones, como pueden serlo la de improrrogabilidad contenida en los preceptos reguladores, burlada a través de sucesivos contratos con breves intervalos de solución de continuidad, o la de encomienda de servicios inicialmente no previstos, para nada afectan a su calificación, puesto que la patología de una relación contractual no supone desnaturalización de la misma, y por ello han de ser objeto de denuncia y tratamiento para ser corregidos ante la indicada Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y d) Que la presunción «iuris tantum» del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, favorable a la existencia de una relación laboral queda desvirtuada si se demuestra la sujeción al régimen administrativo en virtud de las cláusulas expresamente incorporadas al contrato».

En iguales términos se han pronunciado otras resoluciones, siendo ejemplos de ello las sentencias de 23 de Octubre de 1986 y 17 de Marzo de 1989 TS y la de 31 de Marzo de 1989 TCT.

La consecuencia fundamental de esta doctrina radica en que, denominándose a un contrato como administrativo y amparándose el mismo debidamente en una norma adecuada que así lo admita, una prestación que aparentemente es laboral habrá de ser calificada como administrativa, con los consiguientes efectos que se derivan para los afectados, que no contarán con los derechos de protección que les dispensa el Ordenamiento Laboral.

3. EFECTOS DE LAS IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Son muy variadas las irregularidades que en la práctica pueden producirse. Puede ponerse el ejemplo de la prolongación de la prestación de servicios durante unos días después de cumplida la fecha determinante del final de vigencia del contrato. Al igual que las relaciones contractuales en el sector privado, esa circunstancia no genera la conversión del contrato en indefinido, máxime si se tiene presente que el acceso a los puestos en la Administración precisa de un procedimiento adecuadamente regulado, como más adelante se expondrá. La mencionada prolongación no implica una novación porque, como declaró la sentencia de 26 de Noviembre de 1985 TCT, aquélla nunca se presume ni puede derivarse de suposiciones o conjeturas. Sin embargo, algunas sentencias siguieron en su día una línea opuesta a esa doctrina, tales como las de 30 de Abril, 25 de Junio y 15 de Octubre de 1985 TCT y la de 7 de Mayo de 1985 TS. Esta línea disidente tuvo una vida breve al ser pronto eliminada por la predominante.

Esta última incide desde hace varios años en el argumento de que las irregularidades en la contratación no convierten la relación laboral en indefinida porque el acceso a los puestos en la Administración ha de materializarse a través de procedimientos de selección reglamentariamente establecidos.

Son abundantes las sentencias que sientan esta tesis. La de 6 de Mayo de 1986 TS fue muy contundente al afirmar que la prestación de los servicios propios de un organismo público debe hacerse normalmente mediante funcionarios que hayan superado las pruebas correspondientes a una convocatoria oficial y pública, sin que sea posible abrir un nuevo cauce de acceso a la función pública a través de la aplicación de normas laborales, lo que indirectamente constituye vulnerar el derecho de quienes, acreditando las condiciones precisas, pueden acceder a la cobertura regular de esas plazas.

En consecuencia, las irregularidades que cometa la Administración en materia de contratación puede conllevar la imposición de sanciones administrativas, pero no son hábiles para transformar el contrato en indefinido, salvo en supuestos de incumplimientos especialmente cualificados. Las consecuencias que para esos casos prevé el Derecho Laboral quedan matizadas cuando el empleador es la Administración, pues se hace prevalecer la exigencia de que las

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO VI: LAS RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ...

plantillas se cubran con personal contratado indefinidamente o con funcionarios, seleccionados en ambos casos a través de procedimientos regulados en los que rigen los principios de mérito y capacidad, cediendo en cambio el objetivo de luchar contra la generalización del empleo precario.

Así mismo, la contratación temporal por parte de la Administración no sólo queda inatacada desde el punto de vista del concepto del fraude de ley, sino que resultaría de difícil encaje en esta figura contemplada, para lo que ahora interesa, en el art. 15.7 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que si la Administración trata de evitar los efectos de la contratación indefinida, también el trabajador trataría en esos supuestos de evitar el sometimiento al proceso de selección de personal mediante el acceso directo al puesto de trabajo, en perjuicio del interés general y de los derechos del resto de los ciudadanos. Esta línea se desprende de las sentencias de 10 de Marzo de 1987 y 14 de Enero de 1988 TS.

Para finalizar, una última consecuencia. La calificación de improcedencia de la extinción contractual conllevará exclusivamente la indemnización en favor del trabajador o la readmisión por el tiempo que restara de vigencia del contrato, pero nunca la readmisión con carácter indefinido (Sentencias, entre otras, de 17 de Julio y 14 de Octubre de 1988 TS, 4 de Octubre y 2 de Noviembre de 1988 TCT, y 14 de Febrero de 1990 y 7 de Mayo de 1991 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid).

Las ideas precedentes fueron expuestas conjuntamente por la sentencia de 23 de Mayo de 1988 TS en los siguientes términos: *"[...] al ser aplicable la reiterada doctrina de esta Sala sobre el alcance de las irregularidades que puedan producirse en la contratación de personal por las Administraciones Públicas (Sentencias de 29 de Mayo y 13, 24 y 29 de Noviembre de 1986, y 24 de Enero y 17 de Diciembre de 1987) según la cual tales irregularidades, que podrán, en su caso, determinar las correspondientes responsabilidades de orden administrativo, no implican, en principio y salvo supuestos de incumplimientos especialmente cualificados, la transformación de los contratos temporales suscritos en otros de duración indefinida, transformación que ciertamente no se produce cuando la infracción denunciada es exclusivamente la de superar la limitación porcentual prevista en el artículo que se denuncia como infringido; atendiendo en primer lugar a su finalidad, que no es otra que la de impedir que el amparo de las normas sobre contratación temporal como medida de fomento del empleo se produzca una generalización de las formas de empleo precario como mecanismo ordinario de contratación, que debe ser ponderada en su*

aplicación a las Administraciones Públicas, pues en éstas las plantillas se fijan por procedimientos reglados y han de cubrirse a través de un sistema que, mediante la convocatoria pública y la realización de las correspondientes pruebas selectivas, garantice que el acceso a estos puestos se produce con arreglo a los principios de mérito y capacidad que establece el artículo 103.3 de la Constitución, por lo que no puede producirse el efecto que la normativa constitucional trata de prevenir; en segundo lugar, a que entre las causas específicas que el art. 5.2 del propio Real Decreto prescribe para la conversión en indefinidos de los contratos temporales no figura la vulneración de las aludidas limitaciones porcentuales cuya superación supondría en todo caso una mera infracción administrativa".

De manera más concisa y en similares términos se pronunció la de 28 de Noviembre de 1988 TS al decir que en la contratación laboral temporal de las Administraciones Públicas, salvo los supuestos concretos en que la norma legal así lo disponga de manera terminante, las irregularidades -a corregir en el ámbito administrativo, tales como la simple inobservancia de las formalidades, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas- no pueden anudar la atribución con carácter indefinido de un puesto de trabajo, ya que a él, de conformidad con los arts. 103.3 de la Constitución y 19 de la Ley 30/1984 de 2 de Agosto sobre medidas de reforma de la función pública, sólo puede accederse a través de un sistema basado en los principios de mérito y capacidad, en garantía del derecho inherente a todos los ciudadanos a disponer de igualdad de oportunidades para obtener un empleo en cualquiera de las Administraciones Públicas, principio fundamental éste que, sin duda, resultaría infringido si a través de estas irregularidades se atribuyese, con carácter definitivo y sin aplicación de criterios de publicidad y objetividad, puestos de trabajo en las Administraciones Públicas.

Más recientemente, la sentencia de 19 de Mayo de 1992 TS ha ratificado la doctrina expuesta, haciendo mención expresa a lo dicho sobre la materia en las sentencias de 22 de Octubre de 1987, 25 de Febrero y 30 de Septiembre de 1988 y 18 y 24 de Abril de 1990.

4. EL ACCESO A LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA DERIVADA DE UNA PREVIA CONTRATACIÓN TEMPORAL.

No obstante lo dicho hasta el momento, se abre en los últimos tiempos una línea jurisprudencial que admite la conversión en indefinidos de aquellos contratos temporales

concertados por la Administración, en los que concurren determinadas circunstancias que son cualitativamente algo más que meras irregularidades; se trata de auténticas vulneraciones de normas legales y principios generales cuya gravedad en unos casos y la reiteración en otros ha conducido a imponer a la Administración la estricta observancia del Derecho Laboral al que, como ocurre, con las restantes ramas del Ordenamiento, se encuentra sometida por imperativo constitucional.

La cuestión fue abordada por la sentencia de 18 de Marzo de 1991 TS dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina y ha sido reiterada la solución en la sentencia de 27 de Enero de 1992 resolviendo también un recurso igual. Con el fin de exponer ordenadamente el problema es conveniente reseñar una parte de esa última sentencia y hacer posteriormente el debido comentario.

Dice la sentencia de 27 de Enero de 1992: *"La cuestión de determinar el carácter indefinido o temporal de los contratos de trabajo cuando intervienen las Administraciones Públicas y se debate su ajuste a los requisitos propios de la temporalidad en la legislación laboral no ha sido históricamente pacífico ni uniforme en la evolución de la doctrina jurisdiccional".* Añade : *"Es manifiesto que en el presente caso el Ayuntamiento recurrente en suplicación, pese a haber establecido programas para la contratación laboral temporal, en la de la demanda ni se ajustó a los mismos ni a lo prevenido en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, porque ni se adoptó la modalidad de fomento de empleo ni, ocupando a la demandante en una actividad normal y permanente de la empresa, se objetivizó causa justificadora de la eventualidad o interinidad, ni se formalizó contrato alguno por escrito, por lo que desde su inicio ha de presumirse la contratación por tiempo indefinido".*

Más adelante dice: *"Debe añadirse, por último, que la sentencia recurrida, tras razonar sobre la continuidad de la prestación de servicios en una situación de mero hecho, que no genera, en su opinión, otro derecho que el de percibir el salario, entendiendo extinguido el contrato cuando se preveía en un teórico programa, al que no se ajustó la realidad, sin posibilidades de accionar por despido, no deja de reconocer que cuando no hay un razonable aplazamiento de la provisión regular que ha de producirse, sino una desviación positiva del pleno sometimiento a la ley y al derecho, por excepción tal incumplimiento se sanciona, entendiendo que la consecución arbitraria y desmedida de contratos temporales implica un juicio permanente y favorable a la*

existencia de mérito y capacidad que suple la falta de pruebas selectivas, doctrina que se identifica con la de las sentencias contrarias y que debió llevar a la consecuencia de que tal arbitrariedad concurre en el supuesto debatido, al contratar a la demandante en forma verbal, existiendo consecución desmedida del mantenimiento de la temporalidad, del 30 de Enero de 1984 al 2 de Marzo de 1990, a lo que debe añadirse que la tardía convocatoria de un concurso y la participación en el mismo de la demandante no significa más que no alcanzó el puesto de plantilla convocado, sin implicar válida renuncia a su condición de fijeza ya alcanzada, de tal modo que si el Ayuntamiento ha visto sobrepasada así la plantilla necesaria, ello obedece a causa sólo al mismo imputable, pudiendo ejercitar si procediera las acciones de que en su caso pueda estar asistido para ajustar el personal laboral a sus reales necesidades de acuerdo con las disposiciones legales al efecto".

No estamos en presencia de una rectificación de la doctrina descrita en los apartados precedentes sino ante una nueva valoración de situaciones que, desbordando el concepto de irregularidad legal, constituyen incumplimientos legales por parte de la Administración contratante. Esta tiene el derecho a cubrir temporalmente todo puesto de trabajo mediante la modalidad contractual correspondiente hasta el momento de que esa vacante se cubra reglamentariamente. Las irregularidades que acaezcan en ese contrato obtendrán el tratamiento que anteriormente ha sido explicado. Sin embargo, existen supuestos en los que la Administración cubre una vacante mediante sucesivos contratos temporales que se prolongan durante un notable período de tiempo sin que durante el mismo la Administración convoque las pruebas precisas para que aquella vacante sea cubierta por el personal seleccionado bajo los principios de capacidad, mérito, igualdad y publicidad. Esa prolongación de la situación de provisionalidad hace que el trabajador temporalmente contratado evidencie los méritos y capacidad necesarios para ser acreedor a ocupar la plaza indefinidamente, y al mismo tiempo representa la renuncia tácita de la Administración a cubrir reglamentariamente la vacante ante el reconocimiento implícito de capacidad del contratado temporal. Por ello, la extinción contractual acordada por la Administración invocando una cobertura reglamentaria acaecida extemporáneamente no cuenta con el tratamiento favorable que para estos casos se dispensa a la Administración, puesto que su pasividad le hace perder los privilegios ya expuestos y conocidos que conservan su fundamento en tanto existan razones justificativas de la contratación temporal, perdiéndolos cuando aquéllas desaparecen en atención a la prolongada temporalidad del contrato y a la coetánea pasividad injustificada de la Administración. Lo que la Jurisprudencia no ha aclarado todavía es el tiempo que ha de perdurar

la contratación temporal para que se produzca el efecto descrito.

5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

El art. 37.1 de la Constitución reconoce el derecho a la negociación colectiva, desarrollado por el Estatuto de los Trabajadores en el Título III, por la Ley Orgánica de Libertad Sindical y otras disposiciones concordantes. La amplitud que la regulación legal concede a ese derecho presenta algunas limitaciones importantes cuando se trata de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, puesto que el peculiar servicio profesional que prestan y el hecho de que la parte empleadora sea la Administración (lo que conlleva a su vez la carencia de ánimo de lucro, la retribución a través de fondos públicos, etc.) hace que el desarrollo de ese derecho en la práctica y en su regulación legal tenga algunas rigideces.

La negociación colectiva de los funcionarios se reguló por vez primera en el Ordenamiento con la aparición de la Ley 9/1987 de 12 de Mayo, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas; dedicaba el Capítulo III (arts. 30 a 38) a lo que denominaba "*Participación en la determinación de las condiciones de trabajo*". El Capítulo fue modificado por la Ley 7/1990 de 19 de Julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, pasando a denominarse "*De la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo*", siendo esta la normativa actualmente vigente.

El texto de 1987 distinguía entre negociación y consulta (arts 32 y 33)⁽³⁾. La negociación poseía una eficacia vinculante, de la que carecía la consulta. En segundo lugar, la negociación implicaba un pacto de regulación de condiciones laborales tomado conjuntamente por la Administración y los representantes de los funcionarios, en tanto que la consulta no limitaba las facultades de ordenación que asistían a la Administración. Finalmente, la negociación recaía sobre la regulación de las condiciones de trabajo; la consulta versaba siempre sobre una materia diferente cual era la relación orgánica funcional.

(3) En general S. del REY GUANTER: "Comentarios a la Ley de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas". Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1988.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO VI: LAS RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y...

La distinción entre negociación y consulta ha desaparecido en la Ley de 1990, que solamente se refiere a la negociación (art. 3.2), aunque se mantiene la figura de la consulta con carácter residual, como luego se dirá.

Respecto a la estructura de la negociación colectiva, se establecen tres unidades: la Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración del Estado; y dos unidades adicionales para cada ámbito correspondiente: una mesa negociadora en las Comunidades Autónomas y una mesa en las Entidades Locales. Así mismo, la Mesa General en la Administración del Estado cuenta con Mesas sectoriales para la negociación y la determinación de las condiciones de trabajo en determinados sectores específicos, en número que la Ley de 1990 amplió respecto al texto legal anterior de 1987, pasando de 5 a 6 con la incorporación de la mesa sectorial para el personal de la Administración Central e Institucional y de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. La Mesa General puede decidir la constitución de otras mesas sectoriales, en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos.

Por consiguiente, la estructura de la negociación presenta un notable grado de flexibilidad; sin embargo, no puede ignorarse, por una parte, que no se prevé la negociación descentralizada que permita efectuarla en el ámbito de un centro de trabajo concreto, y por otra parte, la imposibilidad, más exactamente la prohibición, de que las mesas sectoriales negocien temas que ya hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General, por lo que la competencia de aquéllas puede llegar a ser residual o quedar limitada en gran parte; no obstante, la Mesa General se puede abstener conscientemente en favor de la negociación pormenorizada de la mesa sectorial⁽⁴⁾.

El objeto de la negociación puede clasificarse en los siguientes grupos: 1º.- Las cuestiones que han de ser obligatoriamente negociadas, enumeradas con amplitud por el art. 32 de la Ley 7/1990. 2º.- Las cuestiones cuya negociación es potestativa, enumeradas en el art. 34.1: las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas. 3º.- Las cuestiones de consulta obligatoria.

(4) F. SALVADOR PÉREZ: "La Ley de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas". Relaciones Laborales, nº 17, Septiembre 1989, pág. 100.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO VI: LAS RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ...

que señala el art. 24.2: cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la consulta a las Organizaciones Sindicales y Sindicatos a que hacen referencia los arts. 30 y 31.2. 4º.- Las cuestiones de consulta potestativa, que serían las que enumera el art.34.1 (negociación potestativa), pero no han de ser objeto de consulta obligatoria conforme al apartado 2 que se acaba de reseñar⁵⁾.

La modificación más relevante de la Ley 7/1990 fue ampliar con generosidad cuantitativa y cualitativa las materias que han de ser obligatoriamente negociadas. La obligación de negociar no significa, en cambio, la obligación de alcanzar acuerdos. Ha de tenerse presente que la mayor dificultad para llegar a un pacto radica en que éste siempre representará la eliminación de un porcentaje en el ámbito de decisión que en materia de personal asiste a la Administración. Sin embargo, el texto actual amplió las materias negociables y, por lo tanto, aquellas en las que puede suscribirse un acuerdo. Si algo cabe destacar de esa ampliación es la retribución de los funcionarios; la negociación no se limita a la aplicación de las retribuciones sino que comprende, además de aquella, el incremento de las mismas que procede incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, así como el incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local. Por el contrario, lo que no puede comprender la negociación de las condiciones económicas es la siempre controvertida estructura salarial que establece el art. 23 de la Ley 30/1984 de Reforma de la Función Pública, distinguiendo las retribuciones básicas y las complementarias y especificando el contenido de cada una, lo que constituye una estructura salarial rígida cuya revalorización separada por conceptos distorsiona la revisión salarial conjunta.

En general, el objeto de la negociación colectiva en la Administración se separa del sector privado básicamente en la circunstancia de que en este último se negocia no sólo una amplia gama de materias sino que se hace partiendo de unos mínimos legales que se aspira a mejorar o bien pretende intensificar la mejora ganada en el pacto precedentemente vigente, en tanto que la negociación en la Administración se desarrolla en un contexto intensamente intervenido y, además, sabedora la Administración del escaso poder de convocatoria de los sindicatos (aún muy descentrados en la actuación que desarrollan en ese ámbito) y del recurso al argumento del

(5) F. SALVADOR PÉREZ: "La Ley de Órganos de representación...". Obra citada, págs. 100 y 101.

reproche velado a la estabilidad en el empleo, con lo que a la estrechez del margen negociador se unen otras dificultades prácticas que impiden que los resultados de la negociación obedezcan más a las concesiones coyunturales de la Administración que a la fuerza ejercida por los representantes de los empleados públicos.

Como antes de apuntó, la Ley 9/1987 se refería a la *"participación en la determinación de las condiciones de trabajo"*; la Ley 7/1990 se refiere por primera vez a la *"negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo"*. Sin embargo, a los pactos alcanzados no se les denomina *"convenios colectivos"* sino *"Pactos"* y *"Acuerdos"* según las materias a las que correspondan. La distinción con los convenios colectivos radica en que éstos constituyen normas de aplicación directa, mientras de los Acuerdos precisan de una norma reglamentaria tendente a su ejecución y cumplimiento. No obstante, existen en la regulación legal actual algunos datos que permiten apreciar una eficacia cuasidirecta muy cercana a los convenios colectivos; así, el art. 35 establece que los Pactos y Acuerdos deberán establecer las partes intervinientes y el plazo de vigencia, así como su ámbito personal, funcional y territorial; así mismo, por acuerdo de las partes, podrán establecerse comisiones de seguimiento de los Pactos y Acuerdos; y el art. 36 dispone que los Acuerdos aprobados y los Pactos celebrados se remitirán a la oficina pública a que hace referencia la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de Agosto, de Libertad Sindical, y serán de inmediato publicados en el *"Boletín Oficial del Estado"* o diarios oficiales correspondientes. Ahora bien, la distinción subsiste por cuanto los Pactos se asemejan a los convenios colectivos al establecer el art. 35 párrafo segundo que aquéllos vincularán directamente a las partes, y en cambio los Acuerdos no poseen esa similitud ya que el siguiente párrafo señala que para su validez y eficacia será necesaria la aprobación expresa y formal de los órganos competentes en las materias sobre las que versa el mismo.

Para el supuesto de que el procedimiento negociador (cuya regulación legal es muy escueta) fracase, el art. 37.2 dispone que corresponderá al Gobierno en los términos del art. 3 de la Ley 3/1984 y a los Órganos de Gobierno de las demás Administraciones Públicas en sus respectivos ámbitos, establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos; ello puede ocurrir en dos supuestos: cuando no se produzca acuerdo en su negociación y cuando no se alcance la aprobación expresa y formal a que alude el art. 35 en relación a los denominados *"Acuerdos"*.

Las actitudes poco flexibles de la Administración en el trámite negociador puede originar

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO VI: LAS RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ...

con facilidad la imposibilidad de suscribir cualquier acuerdo. Conceder en estos casos a una de las partes la facultad de regular unilateralmente lo que no se ha logrado regular negociadamente no es sino una muestra del predominio que ejerce la Administración. La justificación puede radicar en el interés público que teóricamente defiende, pero no existiría inconveniente en fijar un mecanismo menos rígido para el caso de un inicial fracaso negociador, como pudiera ser la aplicación de un mayor grado del principio de la buena fe (ciertamente difícil por mucha imaginación que se tenga ya, que ese principio constituye una actitud que sólo se puede sugerir o imponer con procedimientos indirectos que animen a ello); y tampoco existiría inconveniente, para el supuesto de que el "Acuerdo" no fuera aprobado, en imponer el deber de devolución a la mesa negociadora para que se intente un nuevo pacto que merezca la aprobación necesaria que exige el art. 35.

Finalmente, el art. 38 de la Ley 7/1990 prevé que la Administración y los Sindicatos nombren de mutuo acuerdo uno o varios mediadores cuando no resulte posible llegar a un acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos. Cualquier instrumento de solución extrajudicial de los conflictos es positivo, y la regulada en este precepto constituye una más de las que con carácter general disponen las partes. El uso adecuado conduce a limitar o retrasar, fomentando entre tanto la negociación, la adopción de medidas de huelga que generan gran perjuicio en los intereses generales de la sociedad, aunque la incidencia de las huelgas en el sector público sea muy variable según el servicio en que se produzcan.

CAPÍTULO VII

INFRACCIONES Y SANCIONES

SUMARIO

1. LA NORMATIVA SANCIONADORA.	431
2. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.	431
3. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD.	432
4. INFRACCIÓN DE CLÁUSULAS NORMATIVAS DE CONVENIOS COLECTIVOS.	433
5. EL PROBLEMA DE LA COMPATIBILIDAD DE LAS SANCIONES DE DIVERSA NATURALEZA.	434
6. LAS ACTAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.	438

1. LA NORMATIVA SANCIONADORA.

La Exposición de Motivos de la Ley 8/1988 de 7 de Abril, sobre infracciones y sanciones de orden social señala uno de los objetivos esenciales de la misma cual es agrupar e integrar en un texto único las diferentes conductas reprochables contrarias el orden social, producidas en el área del empleo, con inclusión de las transgresiones relativas a los instrumentos jurídicos y medidas económicas para su fomento, y prestaciones de desempleo, así como en las áreas de seguridad social, migración y emigración, y trabajo de extranjeros.

No obstante ese propósito homogeneizador, no se realizó una tarea codificadora sino que se trasladó la redacción de los textos derogados por la Ley de 1988, conteniendo éste por dicha razón algunas repeticiones y contradicciones así como en general una confusión que podían haberse evitado.

Por otra parte, si el objetivo de la Ley es sancionar el incumplimiento de obligaciones previstas en normas legales, no es acertado que contenga conductas sancionables no previstas en la legislación sustantiva de referencia. El art. 1.1 confirma esta apreciación al establecer que *"constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley"*.

2. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

La Ley 8/1988 establece un sistema basado en la responsabilidad objetiva, es decir, independientemente de la concurrencia de dolo o culpa, que solamente se utilizan para la graduación de la sanción a imponer. De esta manera, el orden punitivo administrativo no cuenta con el principio de culpabilidad determinante del alcance de la responsabilidad del infractor, que impera en el Derecho Penal, aunque su extensión a aquel orden es discutible para la Doctrina y la Jurisprudencia⁽¹⁾.

(1) B. OLIET PALA: "Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social (comentarios a la Ley 8/88 de 7 de Abril)". Actualidad Laboral, tomo III, Enero 1989, págs. 26 y 27.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO VII: INFRACCIONES Y SANCIONES

La responsabilidad objetiva no sólo se aplica a las acciones y omisiones cometidas por los empresarios sino también a las cometidas por los trabajadores, beneficiarios, entidades colaboradoras, etc. En cambio, mientras el dolo o la culpa actúan como factores de graduación de la sanción a imponer a los empresarios y otros sujetos que no tengan la condición de trabajadores o asimilados, no se aplican para graduar las sanciones a imponer a estos últimos sino que, al parecer, las sanciones contra los trabajadores y asimilados se concretarán de manera discrecional por la Administración, ya que una infracción objetiva puede dar lugar a diversas y alternativas sanciones. Así se deduce del art. 36 de la Ley comentada.

En determinados supuestos de la Ley debiera exigir la intencionalidad como premisa para sancionar una conducta. Por ejemplo, el art. 15.1 considera falta muy grave *"dar ocupación como trabajadores a beneficiarios de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social"*. La percepción de pensiones o prestaciones incompatibles con el trabajo no tiene que ser necesariamente conocido por la empresa y puede ser ocultado por el trabajador-perceptor; a ello se une que la compleja normativa de la Seguridad Social sobre incompatibilidades de prestaciones con el trabajo no sea debidamente conocido por la empresa. Esta situación, que como se ha dicho constituye para la empresa una falta muy grave, en cambio constituye para el trabajador una falta grave; el art. 17 dice: *"Es infracción grave efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, siempre que exista incompatibilidad, legal o reglamentariamente establecida"*. La consecuencia es que al autor principal de la infracción -el trabajador- que actuó conscientemente se le puede imponer la pérdida de la prestación durante tres meses (art. 46.1.2) y al empresario, que pudo actuar con conocimiento o engañado, se le podrá imponer una multa entre 500.001 y 15.000.000 de pesetas (art. 37.4).

3. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD.

El art. 25.1 de la Constitución dispone que *"nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"*.

Existe una reserva absoluta de Ley en materia penal y en materia sancionatoria administrativa tanto para la atribución de la potestad sancionadora como para la tipificación de las

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO VII: INFRACCIONES Y SANCIONES

conductas sancionables. La Ley 8/1988 vino a satisfacer esta exigencia después de que la sentencia de 10 de Noviembre de 1986 TS declarara la nulidad del Real Decreto 2347/1985 de 4 de Diciembre que desarrollaba el art. 57 ET, por carecer del rango de Ley formal.

El principio de tipicidad exige que la conducta sancionable se encuentre exactamente descrita por la Ley. La sentencia de 21 de Enero de 1988 TC declaró que aunque la potestad sancionadora de la Administración ha de asentarse en una norma de rango legal, no existe impedimento para que dicha norma se remita a normas reglamentarias, siempre que aquélla determine claramente los elementos de la conducta antijurídica y los límites y naturaleza de la sanción a imponer, de tal manera que en el contenido de la norma legal pueda subsumirse lo dispuesto por la norma de rango inferior; por consiguiente, el art. 25.1 de la Constitución tolera esa función colaboradora de la norma reglamentaria, pero prohíbe que ésta imponga una regulación independiente y no subordinada a la Ley.

No obstante esta posibilidad, la Ley 8/1988 adopta el sistema de tipificar íntegramente las infracciones de orden social, sin remisión alguna a otras normas de inferior rango⁽²⁾.

El correcto cumplimiento por parte del legislador del principio de tipicidad requiere que los tipos punitivos sean conocidos previamente y con exactitud, por lo que ha de dudarse de la legalidad de las cláusulas abiertas o indeterminadas que crean un confusionismo opuesto al principio de seguridad jurídica. Son ejemplo de ello el art. 14.1.6 (es infracción grave incumplir las obligaciones derivadas de la colaboración empresarial obligatoria en la gestión de la Seguridad Social) y el art. 16 (es infracción leve de los trabajadores, en general, el incumplimiento de los deberes de carácter informativo).

4. INFRACCIÓN DE CLÁUSULAS NORMATIVAS DE CONVENIOS COLECTIVOS.

El art. 5 de la Ley 8/1988 establece: *"Son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia laboral, de seguridad e higiene y salud laborales, tipificadas y sancionadas de conformidad a la presente Ley"*.

(2) B. OLIET PALA: "Infracciones y sanciones...". Obra citada, pág. 29.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO VII: INFRACCIONES Y SANCIONES

El art. 57.1 ET se limitaba a referirse a las acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo, lo cual, según la generalidad de la Doctrina, no es concepto que englobe a los convenios colectivos, aunque éstos tuvieran eficacia *"erga omnes"*. La novedad del texto de 1988 es indiscutible, pero más limitado de lo que en principio pueda parecer porque su tenor literal excluye tácitamente el control administrativo sobre la cada vez más importante Seguridad Social complementaria a cargo de la empresa, vertebrada normalmente a través de pactos colectivos.

5. EL PROBLEMA DE LA COMPATIBILIDAD DE LAS SANCIONES DE DIVERSA NATURALEZA.

La concurrencia y compatibilidad de responsabilidad penal y administrativa debe resolverse mediante la aplicación del principio *"non bis in idem"*, es decir, la prohibición de que por un solo hecho se imponga más de una sanción. El principio no está recogido expresamente en la Constitución, pero ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional (sentencia de 3 de Octubre de 1983) como derivado de los principios de legalidad y tipicidad que emanan del art. 25³⁾.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que la potestad sancionadora de la Administración cede ante la actuación de los Tribunales del Orden Penal de la Jurisdicción. Como consecuencia de ello, los hechos declarados probados por el Tribunal Penal vinculan a la Administración cuando ésta inicie o prosiga su actuación sancionadora, la cual es viable si no ha recaído condena penal, puesto que ésta veda la posibilidad de sanción administrativa.

Estos criterios del Tribunal Constitucional se encuentran incorporados a la Ley 8/1988 en su art. 3: *"En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento"*.

El precepto se refiere únicamente a los delitos, omitiendo mencionar las faltas. No existe inconveniente alguno en aplicar lo dispuesto por la norma a las faltas porque siendo éstas materia

(3) B. OLIET PALA: "Infracciones y sanciones...". Obra citada, págs. 30 y 31.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO VII: INFRACCIONES Y SANCIONES

cuyo conocimiento compete igualmente a los Tribunales Penales, debe regir el mismo régimen que para los delitos, a lo que se une la circunstancia procesalmente admisible de que antes de llegar el momento de dictarse sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento, lo que inicialmente se tramitó como delito pudo pasar a calificarse como falta o realizarse esta última calificación en la misma sentencia o resolución que ponga fin al procedimiento.

El apartado 2 del art. 3 dispone: *"De no haberse estimado la existencia de delito la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados"*.

La alusión a los hechos declarados probados indica que la norma solamente contempla la declaración de inexistencia del delito a través de una sentencia absolutoria, olvidando que la absolución puede venir a través del archivo de las actuaciones o por un auto de sobreseimiento, que no reflejan hecho probado alguno válidos para la Administración en su actuación sancionadora. Esa carencia de hechos probados que se produjera en estos casos no significa que la Administración debiera archivar las actuaciones por falta de apoyo fáctico, puesto que si así fuera quedarán impunes conductas que si penalmente son irrelevantes, administrativamente pueden ser sancionables.

Concurrencia del Orden Social de la Jurisdicción. La Ley 8/1988 no hace regulación alguna de este problema, cuando realmente hubiera sido muy interesante que la solución que da a la concurrencia del Orden Penal se hiciera extensiva a la solución que demanda la cuestión de la concurrencia del Orden Social, otorgando también a ésta una preferencia sobre la Administración.

Esta polémica da pie para abordar el asunto de la interpretación y alcance de la vigencia de dos preceptos: el art. 155 de la Orden 9 de Marzo de 1971 que aprobó la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo y el art. 93.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

El primero de ellos declara que, salvo precepto legal en contrario, las responsabilidades que tanto las autoridades del Ministerio de Trabajo como la Jurisdicción Laboral exijan en razón al incumplimiento de las disposiciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo serán independientes y compatibles con cualesquiera otras de índole civil, penal o administrativa cuya

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO VII: INFRACCIONES Y SANCIONES

determinación corresponda a otras jurisdicciones o a otros órganos de la Administración Pública.

El art. 93.3 de Ley General de la Seguridad Social establece respecto al recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional que la responsabilidad empresarial por esas contingencias es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

Indudablemente en ambos preceptos late una vulneración del principio *"non bis in idem"*, por lo que numerosos autores y resoluciones judiciales consideran a esos preceptos tácitamente derogados por la Constitución. La controversia es atrayente y en evitación de penetrar en argumentaciones jurídicamente interesantes, pero apartadas de lo que es el objeto del presente estudio, puede afirmarse, por una parte, que el art. 3 de la Ley 8/1988 ha derogado tácitamente esos preceptos en todo aquello que versan sobre la compatibilidad entre la sanción penal y la administrativa. En cambio, por otra parte, no puede decirse lo mismo respecto a la compatibilidad de la sanción administrativa con la civil y social porque, como se ha dicho, la Ley de 1988 guarda silencio sobre ello; lo que resulta evidente es que la compatibilidad de sanciones administrativas está prohibida por el art. 25 de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia.

Ante el silencio de la Ley, pero con apoyo en lo que su art. 3 dispone para las sanciones penales, es lógico defender que la sanción administrativa no puede ser compatible con la condena laboral, o civil, ya que en definitiva el hecho acaecido es el mismo y no puede recibir una doble sanción. Podrá darse la sanción administrativa si no ha habido condena laboral, pero si ésta ha existido excluiría la administrativa, la cual no debiera apreciarse en tanto no recaiga resolución judicial en el Orden Social, que tendría prevalencia sobre la Administración, al igual que el Orden Penal lo tiene reconocido expresamente por el art. 3.

La propuesta cobra mayor fuerza si, a la vista del precepto reseñado de la Ley General de la Seguridad Social, contemplamos el problema desde la perspectiva del resarcimiento del daño o perjuicio causado por la empresa al trabajador o sus herederos. Si el art. 93.3 de aquella Ley se aplicara literalmente pudiera dar lugar, entre otras varias posibilidades, a la siguiente: ocurrido un accidente de trabajo, se puede tramitar un procedimiento sobre recargo por falta de medidas de seguridad que finalmente podrá ser resuelto por el Orden Social de la Jurisdicción en sus

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO VII: INFRACCIONES Y SANCIONES

distintos grados; ese mismo accidente puede dar lugar, y de hecho ocurre con frecuencia, a unas diligencias penales en las que pueden figurar como encartados el empresario, o el encargado de la sección en la que se produjo el accidente, o el jefe de personal, o el jefe de seguridad, etc. Ambos procedimientos, penal y laboral, discurrirán paralelamente y podrán finalizar, si se aplicara literalmente aquel precepto, el primero en una sentencia condenatoria por la comisión, normalmente, de un delito o, sobre todo, una falta de imprudencia por la que se condenará a cualquiera de las personas físicas mencionadas al pago de una pena de multa cuantitativamente poco relevante y al pago de una indemnización en favor del trabajador o sus herederos en cuantía discrecionalmente señalada por el órgano judicial, que normalmente es generosa, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa (art. 22 del Código Penal), en base a la cual ésta será la que realmente abone la indemnización en razón a la presumible insolvencia del empleado condenado o en evitación de que éste haya de hacer frente a las consecuencias del accidente de trabajo.

Simultáneamente, los órganos judiciales de lo social pueden llegar a confirmar la imposición administrativa de un recargo en las prestaciones en favor del trabajador o sus herederos por falta de medidas de seguridad, en cuyo caso el mismo accidente hará que sea ahora la empresa, y no una persona física, la que haya de abonar ese resarcimiento económico. Si el condenado penalmente fue el empresario individual, con mayor razón se habrá de apreciar un hecho que básicamente es el mismo en todos los casos: la empresa estará compensando económicamente al perjudicado por dos vías, esto es, doblemente, por un mismo hecho.

Naturalmente el problema no se daría si el trabajador o sus herederos renunciaran a la acción civil en el procedimiento penal y reservaran su acción de resarcimiento para el procedimiento laboral en el que, además, podrá examinarse con el debido rigor un hecho que, aun poseyendo alguna derivación penal, es básicamente laboral.

La solución al problema descrito ha de venir a través del concepto de *"agotamiento de la acción"*. De un hecho, en este caso un accidente de trabajo, surge una acción de resarcimiento. Ante la variedad de procedimientos que nacen de ese acontecimiento, la acción puede ejercitarse en cualquiera de ellos, pero una vez obtenido el resarcimiento en alguno de esos procedimientos, la acción queda agotada al haber quedado satisfecho el derecho al resarcimiento del perjuicio sufrido, de tal manera que la acción no puede ser ejercitada o mantenida en otro procedimiento;

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CAPÍTULO VII: INFRACCIONES Y SANCIONES

la satisfacción del derecho en un procedimiento posibilitará a la empresa la alegación de la misma en otro procedimiento con el fin de oponerse a un doble resarcimiento, que no sería sino una doble condena a la empresa por un mismo hecho.

De esta manera es como debieran ser entendidos los arts. 155 de la Orden de 9 de Marzo de 1971 y 93.3 de la Ley General de la Seguridad Social. No sería preciso paralizar alguno de los procedimientos en tanto se tramitara otro en concreto ni, ante el silencio de la Ley 8/1988, dar prevalencia a uno de los procedimientos por razones analógicas o en atención a la naturaleza del hecho enjuiciado, sino que el problema de la doble sanción quedaría eliminado mediante la interpretación expuesta.

6. LAS ACTAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.

Al hilo de esta materia precedente, si bien constituye una cuestión de naturaleza diferente, puede hacerse una breve referencia a las Actas de la Inspección de Trabajo, de cuyo contenido depende el alcance de la responsabilidad atribuible a la empresa en el procedimiento sancionador que se inicia con dichas Actas. La intervención de los Inspectores de Trabajo ha sido siempre temida por las empresas en razón a: la repercusión de sus actuaciones, la presunción de certeza de la Actas que elaboran y los métodos que en la práctica emplea cada Inspector para la verificación de los hechos denunciados o que trata de verificar.

En curioso comprobar el cambio normativo operado como consecuencia de los criterios jurisprudenciales que han acotado el ámbito de la presunción de certeza de las Actas, especialmente con el fin de que existan unos precedentes sólidos a cuyo amparo puedan las empresas confiar en que las irregularidades de la actuación inspectora no les vaya a causar perjuicios injustos. La doctrina jurisprudencial ha venido a poner remedio a las frecuentes situaciones de indefensión que numerosas intervenciones inspectoras producían a las empresas.

El art. 38 del Decreto 1860/1975 de 10 de Julio por que se aprobó el procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para liquidación de cuotas de la Seguridad Social, dispone: *"Las actas de la Inspección de Trabajo que se extiendan con arreglo a los requisitos que para cada clase se establecen en los correspondientes artículos del presente Decreto gozarán de valor y fuerza probatoria, salvo prueba en contrario"*.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO VII: INFRACCIONES Y SANCIONES

La Ley 40/1980 de 5 de Julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social creó el Cuerpo de Controladores de la Seguridad Social dependiente de la Tesorería General; su art. 4.1 es más comedido que el precedentemente reseñado: *"La actuación de los Controladores de la Seguridad Social se reflejará en un documento oficial y los hechos y circunstancias recogidos en él tendrán presunción legal de certeza, salvo prueba en contrario"*.

El art. 52.2 de la Ley 8/1988 también se cuida de referirse a los hechos reflejados en las Actas, haciendo con ello una importante especificación de la que carecía el Decreto de 1975 y que la Ley 40/1980 ya incorporó, fruto de la Jurisprudencia que después se reseñará. Ese precepto establece: *"Las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se extiendan con arreglo a los requisitos establecidos en el apartado anterior estarán dotadas de presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en la misma, que hayan sido constatados por el Inspector actuante, salvo prueba en contrario"*. Lo mismo dispone respecto a las actas de infracción y de liquidación, extendidas por los controladores laborales, el apartado 3 del precepto citado añadido al texto original por la Disposición Adicional Vigésimo Séptima de la Ley 31/1991 de 30 de Diciembre de Presupuestos del Estado para 1992.

La presunción de certeza puede ser desvirtuada por la empresa, pero esa prueba en contrario puede resultar muy difícil o imposible si el Acta de la Inspección recoge hechos que no son exactamente lo que el funcionario actuante constató directamente en cuanto percepciones sensoriales sino que, extralimitándose en su tarea, recogió deducciones o apreciaciones que la empresa no podrá combatir, por lo que la citada presunción ha sido reducida a sus justos límites por la Jurisprudencia. El adecuado conocimiento de esta última debe eliminar todo temor de las empresas cumplidoras de sus obligaciones ante la presencia de la Inspección de Trabajo en sus locales.

Las sentencias que pueden citarse son numerosísimas. Por su claridad y brevedad cabe reseñar la de 11 de Mayo de 1992 TS: *"[...] una nutrida jurisprudencia de este Tribunal (de la que son exponente, entre otras, las sentencias de 10 de Marzo de 1980; 10 de Julio de 1981; 7 de Abril de 1982; 31 de Enero, 10 de Febrero y 27 de Junio de 1986; 14 de Abril, 29 de Junio, 17 de Julio y 1 de Diciembre de 1987; 23 de Febrero, 4 y 21 de Abril, 4 y 18 de Mayo y 25 de Octubre de 1988; 2 de Enero, 5, 15 y 19 de marzo, 23 de Abril y 25 de Mayo de 1990) ha limitado dicha presunción a sólo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción"*

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
CAPÍTULO VII: INFRACCIONES Y SANCIONES

directa por el Inspector de Trabajo, o los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por medios de prueba referidos en la propia acta, sin que se reconozca la presunción de certeza a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas".

Por otra parte, la intervención de la Inspección de Trabajo es primordialmente sancionadora y carente de especialización por materias, a diferencia de lo que ocurre en otros países europeos de gran desarrollo industrial, en los que no sólo se detecta esa especialización de la que carece la Inspección española sino que actúan principalmente en funciones de asesoramiento⁽⁴⁾. Estas últimas se encuentran incorporadas a la letra de la Ley, pero su efectividad es escasa; dispone el art. 48 de la Ley 8/1988: *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad a lo previsto en los artículos 17.2 del Convenio 81 de la O.I.T. y artículo 22.2 del Convenio 129 de la O.I.T., ratificados por el Estado Español por Instrumentos de 14 de Enero de 1960 y 11 de Marzo de 1971, respectivamente, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores, podrá advertir y aconsejar, en vez de iniciar un procedimiento sancionador; en estos supuestos dará cuenta de sus actuaciones a la Autoridad laboral competente"*.

La forma en que están recogidas en esa norma las funciones de consejo y advertencia no facilita que las mismas se materialicen; la previsión legal más parece un compromiso teórico de observar los convenios de la O.I.T. mencionados que el deseo de su cumplimiento real. Esta situación contribuye a que la Inspección de Trabajo no logre prestigio y continúe creando recelo en las empresas. La continuidad de este estado de cosas conducirá a la obsoletización de la figura precisamente en un momento en que los mecanismos de control siguen manifestándose con formas novedosas, como es el caso de los Organismos de Control y las Entidades de Acreditación regulados, respectivamente, por los arts. 15 y 17 de la Ley 21/1992 de 16 de Julio, de Industria, cuya aparición debiera ser un incentivo para, en medio de todos los sistemas de control, la Inspección de trabajo pudiera descollar como un sistema especializado que redujera los efectos distorsionantes de esa multiplicidad de entidades intervinientes⁽⁵⁾.

(4) F. VÁZQUEZ MATEO: "La Ley 21/92 de industria y la vigilancia de la seguridad, higiene y salud laborales". Actualidad Laboral, tomo XVII, Marzo 1993, pág. 246.

(5) F. VÁZQUEZ MATEO: "La Ley 21/92 de industria...". Obra citada, pág. 247.

CONCLUSIONES

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CONCLUSIONES

Siempre que se menciona durante los últimos años la conveniencia de reformar el mercado de trabajo se está hablando de que esa reforma conlleve un mayor grado de flexibilidad, por lo que este concepto y aquella reforma se han convertido temporalmente en sinónimos. Tan presente está esa conveniencia que ha terminado venciendo la oposición que por principio mantenían los sindicatos; éstos lógicamente pretenden que la reforma reduzca lo menos posible la protección que el Ordenamiento Laboral dispensa a los trabajadores y obtener las garantías precisas para que dicha reforma no se convierta en un giro definitivo de la Legislación hacia el reforzamiento de los poderes empresariales que en la actualidad contribuya a otorgar viabilidad económica a las empresas y en el futuro consolide un régimen laboral favorecedor del abaratamiento de los costos sociales de aquéllas. En definitiva, cada parte implicada defiende sus legítimos intereses, pero, sin perjuicio de las concretas soluciones a que lleguen, al menos parecen estar de acuerdo en la necesidad de aproximar la normativa laboral española a la de los países comunitarios europeos más desarrollados, aunque las discrepancias abarquen tanto las materias reformables como el alcance de cada reforma.

Parece evidente que las disposiciones constitucionales afectantes al Derecho Laboral no representan obstáculo alguno a la hora de abordar las mencionadas reformas, lo que prueba que dentro del texto constitucional tienen cabida no sólo los principios clásicos de aquella rama del Ordenamiento sino también las pautas relajadoras de la inspiración tuitiva y del incremento de la equiparación de derechos entre las partes vinculadas en las relaciones laborales. Ello es la consecuencia natural de que las tendencias flexibilizadoras que se toman como modelo en nuestro país respetan, por una parte, el ámbito reservado a la juridificación que se mantiene hoy al amparo de la Constitución, que continúa asignando al Estado la regulación de importantes materias y, por otra parte, no se identifican con las tesis defensoras de la desregulación, sino que mantienen una posición intermedia entre esta última y la juridificación.

En la introducción de este trabajo se manifestó que uno de sus objetivos principales era constatar el grado de rigidez-flexibilidad que presentan las figuras jurídico-laborales más relevantes del Ordenamiento español así como describir brevemente las modificaciones que se han ideado. Es ahora cuando, resumidamente, pueden enumerarse las conclusiones extraídas al respecto:

- 1º.- Los salarios suelen ser excesivamente insensibles a la evolución de la Economía

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CONCLUSIONES

en general y a la situación económica particular de cada empresa. Además, las retribuciones fijas representan un alto porcentaje respecto a los complementos variables, especialmente el de productividad, por lo que la incentivación del rendimiento de cada trabajador es escaso. Por otra parte, no se suele tener presente a la hora de revalorizar los salarios que el desarrollo económico y el grado de desempleo es distinto desde el punto de vista geográfico. Sería deseable que las normas jurídicas reguladoras de los salarios pudieran modificarse a través de la negociación colectiva con el fin, entre otros objetivos, de pactar los salarios y su incremento según los resultados y beneficios de las empresas, aunque así se genere una fuerte oposición de los sindicatos al ver en ello la forma de cargar sobre los trabajadores el costo de los problemas económicos. Estas soluciones requerirían la reforma de la actual estructura de la negociación colectiva, es decir, del entramado de unidades y niveles de negociación.

Los mecanismos que se han propuesto han sido básicamente tres. El primero, ya indicado, consiste en revalorizar los salarios conforme a la evolución de los beneficios de las empresas; ello produce no sólo malestar entre los trabajadores, que ven recaer sobre ellos una buena parte del sacrificio en períodos de decaimiento económico, sino un retardo en los ajustes entre el proceso de recuperación económica y el ritmo de revalorización de los salarios. El segundo consiste en la política de concertación social, es decir, aprovechar la importante función que los sindicatos desempeñan en la negociación colectiva en países como España para tomar acuerdos, junto con las organizaciones empresariales y el Gobierno, con el fin de moderar el crecimiento salarial a cambio de contraprestaciones que normalmente se concretan en la creación de empleo. El tercer sistema serían los fondos de inversión de los trabajadores; en este caso la moderación salarial se destinaría a la inversión; de esta manera, un principio de solidaridad haría que los trabajadores de empresas con beneficios se sacrificaran en favor de los pertenecientes a empresas que no los tienen, contribuyendo así a redistribuir la renta; su puesta en práctica es, en cambio, compleja y su aceptación ha sido escasa.

2º.- La movilidad funcional es una de las cuestiones que siempre se cita a la hora de abordar la reforma del mercado de trabajo. La flexibilidad de la movilidad funcional repercute indiscutiblemente en la estabilidad de los empleos al reducir la necesidad de la contratación temporal. Varias son las dificultades que plantea y los problemas que requieren una solución. Los grupos profesionales (en cuanto límite a la movilidad funcional) descritos en las antiguas Ordenanzas no suelen ser suficientes para las empresas o no son aceptados pacíficamente por los sindicatos; la fórmula ideal sería que se pactaran los grupos en la negociación colectiva, y así lo

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CONCLUSIONES

sugiere el Programa de Convergencia. En todo caso, se hace preciso eliminar el obstáculo de las categorías profesionales, concretar el contenido de las expresiones "*derechos económicos*" y "*derechos profesionales*", y determinar si los preceptos legales sobre la movilidad funcional son imperativos o dispositivos a efectos de la negociación colectiva. También es necesario que la reforma de la movilidad funcional contara con la previsión de medios para adaptar a los trabajadores a sus nuevos puestos, alejando el temor de la extinción contractual por ineptitud, y creando las garantías para que la efectividad de las medidas de movilidad funcional respondan a las necesidades reales de cada empresa en el uso de la mano de obra disponible.

3º.- La regulación legal de la movilidad geográfica cuenta tanto con rasgos de flexibilidad como de rigidez. Respecto a los traslados, se exige la previa autorización administrativa; en cambio, es amplio el concepto de "*causas técnicas, organizativas o de producción*", el silencio administrativo es positivo o autorizante del traslado, y la autorización administrativa es inmediatamente ejecutiva aunque el trabajador interponga recurso frente a la resolución autorizante. Respecto a los desplazamientos, el grado de flexibilidad es mayor porque la Ley no exige la autorización administrativa previa y atribuye al trabajador la carga de probar la justa causa por la que se oponga a las razones técnicas, organizativas o de producción esgrimidas por la empresa.

4º.- En la modificación sustantiva de las condiciones de trabajo converge un conjunto de figuras legales generadoras de frecuentes litigios puesto que se conecta con la clasificación profesional, la movilidad funcional, etc. Nuevamente hace acto de presencia la intervención de la administración, siendo este caso uno en los que sería más deseable que recayera sobre los Tribunales el control de la legalidad de la modificación decidida por la empresa. Es también uno de los supuestos en los que la contribución de aquéllos a la interpretación flexible de las normas es más patente, ya que la delimitación entre la calificación como sustantiva de una modificación y el ejercicio ordinario del poder empresarial depende frecuentemente de las peculiares circunstancias concurrentes en cada caso, que el órgano judicial ha de valorar, lo que conllevará el sometimiento de los trabajadores a la decisión de la empresa o el deber de ésta de hacer frente a los efectos derivados de las indemnizaciones previstas para la rescisión contractual pedida por los trabajadores afectados.

5º.- Las empresas de trabajo temporal, tradicionalmente prohibidas por la Legislación,

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CONCLUSIONES

van a contar con una regulación que las incorpore al listado de medidas incentivadoras de la creación de empleo, permaneciendo indefinidamente como una figura jurídica que ya se encuentra vigente en otros países. Los aspectos que han de regularse son numerosos y los modelos pueden ser muy variados. Tanto la memoria explicativa como el Proyecto de Ley elaborado por el Ministerio de Trabajo evidencian, por una parte, la clara posición que la regulación de las empresas de trabajo temporal tiene en la línea de flexibilización de la Legislación Laboral y, por otra parte, la pormenorizada contemplación de los factores técnicos que su regulación legal demanda, con el fin de que su puesta en funcionamiento satisfaga los objetivos para los que se encuentran previstas. Por de pronto, resulta positivo que el Real Decreto-Ley 18/1993 haya derogado los arts. 16.1, 2 y 3 y 43 ET, introduciendo las agencias de colocación sin fines lucrativos y autorizando las empresas de trabajo temporal cuya regulación, como se ha dicho, se halla prevista en el correspondiente Proyecto de Ley.

6º.- La actual regulación legal de los derechos de huelga y cierre patronal precisa ser sustituida por otra más moderna, que dé un tratamiento adecuado a las garantías para el cumplimiento de los servicios mínimos, vele por el efectivo derecho de quienes no desean participar en la huelga, cree mecanismos adecuados para exigir responsabilidades a personas físicas y sindicatos por causa de las vulneraciones que cometan en la convocatoria y desarrollo de la huelga, y mantenga un principio de equivalencia de perjuicios para los trabajadores y las empresas derivados tanto de las huelgas como de los cierres patronales.

7º.- La flexibilidad del horario de trabajo es uno de los ejemplos más claros de que las medidas de esa clase pueden representar ventajas para las dos partes de la relación laboral. Empresas y trabajadores pueden percibir con facilidad los inconvenientes y beneficios que les reporta un horario flexible; aceptar los primeros por el mayor interés hacia los segundos dependerá del acierto en la elección del modelo de horario flexible para cada empresa.

8º.- La contratación temporal constituye una materia extraordinariamente controvertida. Su historia en el Derecho Laboral español ha sido tan breve como intensas las críticas que ha recibido por parte de los sindicatos. Ha sido breve porque, a diferencia de otros países de nuestro entorno económico, su implantación cuenta con escasos años de vida: se ha desarrollado principalmente a partir de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores y después de un prolongado período de predominio de la contratación indefinida, lo que vino a incrementar el

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CONCLUSIONES

contraste causado por la propagación de la contratación temporal. Y ha sido criticado porque los datos indican que la mayor inestabilidad en el empleo que genera la contratación temporal no se ha visto compensada por un incremento de puestos de trabajo, por lo que sus detractores sostienen que los únicos beneficiados han sido los empresarios, en tanto que los trabajadores temporales se han alejado laboralmente del otro gran grupo, los trabajadores fijos, y, preocupados por prolongar al máximo sus contratos, han dado muestras de un gran desarraigo ante los sindicatos. No obstante, la realidad impone como imprescindible la contratación temporal en cuanto elemento animador de la inversión y dinamizador del mercado laboral. Si bien su permanencia es ineludible, no lo es la disyuntiva diversidad-simplificación; se ha criticado la variedad de modelos de contratos temporales y se defiende su simplificación; puede aceptarse que cada modelo de contrato tenga por objeto cada uno de los logros que mediante ellos se persigue, pero no puede olvidarse que una relativa abundancia de contratos puesta a disposición de las empresas permite que éstas elijan la modalidad que estimen más adecuada a las necesidades de cada caso e incluso que sucesivamente contraten a los mismos trabajadores mediante contratos distintos, pero compatibles entre sí, por lo que una regulación más simplificada podría implicar un recorte del volumen de contratación de desempleados al constatar las empresas que los contratos temporales se convertirían en indefinidos antes del momento deseado por aquéllas; la simplificación, en cambio, restringiría los abusos encubiertos al amparo de la florida estructura actual que posee la regulación legal de estos contratos.

9º.- Cuando se habla de la extinción de los contratos por causa tecnológicas o económicas la primera idea que surge es la eliminación de la intervención de la autoridad administrativa y la defensa de la solución del conflicto mediante la negociación colectiva y, en último término, ante la autoridad judicial. La tesis tiene más fundamento teórico que práctico a la vista de la dinámica de los expedientes de regulación de empleo. Cuestión distinta es que las empresas reclamen mayores facilidades para agilizar la extinción contractual y abaratar su costo económico, habitualmente muy superior en la realidad al mínimo legal. Entre esas medidas están la separación entre los despidos individuales y los colectivos, la promulgación de una regulación específica en favor de las pequeñas empresas y la implantación de normas que desestimen los pactos por los que se acuerdan indemnizaciones superiores al módulo legal.

10º.- El despido. Elaborar una conclusión resumida de la flexibilidad del despido disciplinario y de las causas de extinción contractual asimiladas al mismo conlleva abstenerse de

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CONCLUSIONES

mencionar asuntos cuya simple cita empuja a entrar en numerosas consideraciones atrayentes. Desde el punto de vista de la flexibilidad pueden reseñarse dos datos destacables; el primero, actual, es la reducción cualitativa y cuantitativa que en el ámbito del despido nulo introdujo la vigente Ley de Procedimiento Laboral y la interpretación que de la misma viene haciendo la Jurisprudencia; el segundo es el muy conocido deseo de las empresas de que se abarate el costo de los despidos y se equipare al de otros países de la comunidad europea.

A la vista de lo expuesto se aprecia que la regulación actual conserva numerosas normas inspiradas en los principios intervencionistas del período preconstitucional, en el que se consolidaron un conjunto de rigideces que perduran en la actualidad. Si la evolución producida se ha encaminado hacia la autonomía de los negociadores, la eliminación de muchas normas imperativas y la introducción de otras normas dispositivas que pueden ser alteradas a través de la negociación colectiva, es fácil concluir: 1º) Que la regulación actual presenta un importante grado de rigidez (predominante frente al conjunto de normas flexibles), cuya explicación se encuentra en gran medida en la inercia del intervencionismo estatal anterior al período constitucional. 2º) Que se aprecia durante los últimos años una tendencia hacia la promulgación de normas dispositivas que permitan a los negociadores un margen suficiente de regulación de las condiciones de trabajo, lo que no significa que el Estado renuncie a legislar sobre aquellas materias cuya tutela le encomienda la Constitución. 3º) No obstante lo anterior, el Ordenamiento español se encuentra retrasado en comparación al de otros países de su área política y económica en relación a la flexibilidad del mercado de trabajo, siendo en la actualidad esa reforma una de las tareas que se imponen como necesarias para salir de la crisis económica e incorporar adecuadamente el país al concierto económico de la Comunidad Europea.

La evolución y la tendencia descritas se traducen en un incremento de los poderes empresariales, especialmente en las facultades organizativas, y en un abaratamiento de los costos de la mano de obra, así como en la posibilidad de negociar colectivamente las condiciones más adecuadas a las peculiaridades de cada empresa o sector y a las aspiraciones laborales de empresarios y trabajadores.

Junto a la evolución de la Legislación se encuentra la contribución que los Tribunales han venido haciendo para alcanzar, por la vía de la interpretación y aplicación de las normas, un desarrollo fluido en la flexibilización del Ordenamiento. La conclusión es que no puede calificarse

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CONCLUSIONES

de manera uniforme la influencia de la Jurisprudencia; junto a criterios que han evolucionado claramente hacia un sentido flexible o simplemente hacia un incremento de los poderes de dirección de las empresas, se aprecian líneas, cronológicamente coincidentes con aquéllas, encuadrables en la clásica inspiración tuitiva del Derecho Laboral. No obstante, los criterios jurisprudenciales que evolucionan durante los últimos años hacia posiciones acordes con las actuales tendencias reformadoras de la Legislación se van abriendo paso y, salvo algún retroceso, están consolidando una interpretación del Derecho del Trabajo que, sin abandonar la función protectora que le es inherente, representa un tratamiento más igualitario entre empresarios y trabajadores, basado esencialmente en el hecho de que estos últimos cuentan en la actualidad con mecanismos adecuados de representación y defensa, lo que hace innecesaria la protección complementaria de los Tribunales, conscientes por ello de que también las empresas tienen derecho a usar de las facultades que les otorgan las normas legales y pactadas, así como obtener el amparo judicial para el efectivo ejercicio de las mismas. En cualquier caso no resulta aventurado decir que la contribución de la Jurisprudencia es inconsciente en la inmensa mayoría de las veces puesto que al no existir instrumentos de conexión con los factores potenciadores de la flexibilidad laboral, aquélla queda al margen del proceso reformador. Ello no es una deficiencia ni una censura justa ni una realidad que hubiera de ser cambiada, sino la verificación de que los Tribunales, cumpliendo con su función constitucionalmente prevista, no son impulsores sino contribuyentes importantes que materializan su aportación a remolque de la Legislación, lo cual es lógico ya que, al igual que ocurre con la Doctrina, no han de inmiscuirse en una tarea que está protagonizando el Gobierno, las organizaciones empresariales y los sindicatos.

Siempre que se habla de la flexibilidad laboral aflora como uno de sus objetivos primordiales la creación de empleo. Si algo está claro sobre este punto es que la reforma de la Legislación Laboral haciéndola más flexible repercute positivamente sobre la creación de empleo, pero no es la única solución; la evitación de pérdida de puestos de trabajo y la creación de nuevos puestos se logrará con medidas económicas, fiscales, crediticias, etc. que consigan vigorizar el sistema económico del país mediante la inversión y el crecimiento, y cuando esto se logre, o simultáneamente a su consecución, la flexibilidad laboral servirá de ayuda valiosa para la culminación y mantenimiento del objetivo indicado.

Estos comentarios se hacen en un momento en que el Gobierno de la Nación está empeñado en la implantación de numerosas reformas recayentes sobre las materias que han sido

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

CONCLUSIONES

objeto de estudio en este trabajo. El Real Decreto-Ley 18/1993 de 3 de Diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, cuyo contenido se ha tenido presente a lo largo de la exposición precedente aun siendo su aparición reciente, constituye la avanzadilla de la profunda reforma que se encuentra prevista, a través del correspondiente proyecto, para el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral y otras normas concordantes, y que sin duda alguna entrarán en vigor a lo largo de 1994. En este sentido ya fue hecha en la Introducción de este trabajo la oportuna advertencia que de nuevo ha de ser reiterada aquí, por lo que el estudio y las valoraciones precedentes se encuentran en trance de revisión hacia una regulación legal acorde con las ideas de flexibilidad descritas, si bien aquéllos son los que corresponden al día de hoy.

APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

-  "Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria".
Editorial de Relaciones Laborales nº 3, Febrero 1992, págs. 1 a 7.
-  "Contratación temporal y nuevas formas de empleo".
Editorial de Relaciones Laborales nº 7-8, 8-13 Abril 1989, págs. 1 a 7.
-  "Trabajo y Sociedad".
Revista del Instituto Internacional de Estudios Laborales. Ginebra. Edición Española.
Centro Iberoamericano de Relaciones Industriales. Universidad de Alcalá. Volumen 12 nº
1, Enero 1987
-  "La reforma del mercado de trabajo".
Documento dirigido por el Gobierno al Consejo Económico y Social en demanda de un
dictamen, 26 de Febrero de 1993. Publicado por Relaciones Laborales, Abril 1993, págs.
78 a 107.
-  ALARCÓN CARACUEL, Manuel R. y GONZALEZ ORTEGA, Santiago
"Compendio de Seguridad Social".
3ª ed., Madrid 1989.
-  ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.
"La ordenación del tiempo de trabajo".
Tecnos, Madrid 1980.
-  ALBIOL MONTESINOS, Ignacio
"Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial"
Actualidad Laboral, tomo XI, Marzo 1991, págs. 121 a 144.
-  ALBIOL MONTESINOS, Ignacio
"Aspectos laborales de la transmisión de empresa".
IELSS, Madrid 1984.
-  ALEMÁN PÁEZ, Francisco A.
"La categoría y el grupo profesional como límites a la movilidad funcional".
Relaciones Laborales, 1992, nº 15, Agosto 1992, págs. 22 a 40.
-  ALONSO GARCÍA, Manuel
"Curso de Derecho del Trabajo".
9ª edición, Barcelona 1985.
-  ALONSO OLEA, Manuel
"El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve".
2ª edición, Madrid 1987.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO



ALONSO OLEA, Manuel

"Derecho del Trabajo"

Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Sexta edición, renovada. Madrid, 1980.



ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, J.L.

"Instituciones de Seguridad Social".

Civitas, 11ª ed., Madrid 1988.



ALONSO OLEA, Manuel

"Derecho del trabajo".

12ª edición, revisada 1991. Editorial Facultades de Derecho; Universidad Complutense.



ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Mª Emilia

"Derecho del Trabajo".

11ª edición, Madrid 1989.



BLASCO SEGURA, Benjamín

"Las extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo"

Actualidad Laboral, tomo XLI, Septiembre de 1992, págs. 575 a 603 y Boletín del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales nº 17, Diciembre de 1992, págs. 31 a 42.



CAMPOS RUIZ, Luis M.

"Transmisión de empresas: efectos laborales según la Jurisprudencia".

Actualidad Laboral, tomo XIX, Abril 1991, págs. 203 a 229.



CAMPS RUIZ, Luis M.

"El Estatuto de los Trabajadores y la normativa anterior sobre relaciones laborales".

Madrid 1980.



CAMPS RUIZ, Luis M.

"La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades".

MTSS, Madrid 1986.



CASAS, Emilia; BAYLOS, Antonio y ESCUDERO, Ricardo

"El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas".

Relaciones Laborales, tomo I, 1990, págs 182 a 221.



CASAS BAAMONDE, Mª Emilia y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando

"Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España".

Relaciones Laborales, tomo I, 1989, págs. 240 a 258.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO



COLLADO LUIS, Santiago

"La movilidad geográfica del trabajador".

Actualidad Laboral, tomo XXXIX, Septiembre-Octubre 1991, págs. 443 a 472.



CRUZ VILLALÓN, Jesús

"Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas".

Relaciones Laborales, tomo I, 1992, págs. 114 a 162.



CRUZ VILLALÓN, Jesús

"La flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo".

Relaciones Laborales, tomo I, 1989, págs. 535 a 546.



DIEGUEZ CUERVO, Gonzalo

"La sucesión en la empresa".

En "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores (Coord. E. Borrajo)". Tomo VIII, Madrid 1982, págs. 315 a 358.



DURÁN LÓPEZ, Federico

"El trabajo temporal (La duración del contrato de trabajo)".

IES, Madrid 1980.



DURÁN LÓPEZ, Federico

"Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido"

Relaciones Laborales, tomo I, 1990, págs. 363 a 380.



DURÁN LÓPEZ, Federico

"Titularidad y contenido del derecho de huelga"

Relaciones Laborales, nº 8, Abril 1993, págs. 11 a 25.



ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo

"El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Novedades en materia de elecciones a órganos de representación unitaria".

Relaciones Laborales nº 19, Octubre 1990, págs. 89 a 103.



ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo

"La Ley 22/1992, sobre fomento del empleo y protección por desempleo. La reforma del régimen de la I.L.T. y otras medidas del R.D.L. 5/1992, de medidas presupuestarias urgentes".

Relaciones Laborales Julio-Agosto 1992, págs 99 a 116.



FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda

"Condición más beneficiosa: absorción y compensación".

Relaciones Laborales, tomo I, 1992, págs. 187 a 209.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO



FOLGUERA CRESPO, José

"La contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisdiccionales".

Actualidad Laboral, tomo XXIV, Mayo 1992, págs. 337 a 343.



GÁRATE CASTRO, Javier

"Movilidad funcional en la empresa".

Actualidad Laboral, tomos XLII y XLIII, Octubre 1993, págs. 637 a 668.



GARCÍA BLASCO, Juan

"Horario de trabajo y horario de asistencia al público: problemática jurídica y sindical".

Relaciones Laborales, tomo I, 1990, págs. 130 a 141.



GARCÍA de ENTERRIA, Eduardo

"La Constitución como norma jurídica".

En "La Constitución Española de 1978". Ed. Civitas, Madrid 1981.



GARCÍA MURCIA, Joaquín

"El trabajo atípico en la Jurisprudencia más reciente: Notas más destadas".

Relaciones Laborales, tomo I, 1989, págs. 417 a 448.



GARCÍA MURCIA, Joaquín

"Lanzamiento de nueva actividad y estabilidad en el empleo: Notas para un eterno debate".

Actualidad Laboral, nº 6, 1987.



GARCÍA MURCIA, Joaquín

"Cesión de Trabajadores".

En "Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores". Madrid 1988, tomo VIII, 2ª Ed., págs. 277 a 353.



GARCÍA NINET, José I.

"La movilidad de los trabajadores: consideraciones en torno al art. 40 del ET".

Universidad-Caja de Ahorros Provincial. Alicante 1982, págs. 99 a 140.



GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo y CALVO GALLEG0, Javier

"Las relaciones de trabajo en las empresas públicas".

Relaciones Laborales, tomo I, 1992, págs. 302 a 337.



GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo

"La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales".

Relaciones Laborales nº 21, 8 Noviembre 1989, págs 8 a 24.



GUIDO BAGLIONI y COLIN CROUCH

"Las relaciones laborales en Europa. El desafío de la flexibilidad".

Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO



HEDVA SARFATI y CATHERINE KOBRIN (Compilación)

"La Flexibilidad del Mercado de Trabajo".

Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1992.



JAVILLIER, Jean-Claude

"Ordenamiento Jurídico, Relaciones Profesionales y Flexibilidad. Enfoques comparativos e internacionales".

Revista "Trabajo y Seguridad Social".

Universidad Católica Argentina. N° 1, Enero 1987, págs. 3 a 17.



JOHN ATKINSON

"¿Flexibilidad o fragmentación? El mercado de trabajo del Reino Unido en la década de los ochenta".

Institute of Manpower Studies, BRIGHTON, publicado en "Trabajo y Sociedad", vol. 12, n° 1, Enero 1987.



MALO DE MOLINA, José Luis

"La flexibilidad del mercado de trabajo desde la perspectiva de la política económica".

Relaciones Laborales, tomo I, 1987, págs. 1109 a 1119.



MARÍN CORREA, José M^a.

"Finiquito y saldos de cuentas: criterios jurisprudenciales".

Actualidad Laboral, tomo XLVIII, Diciembre 1991, págs. 571 a 582.



MARTÍN PUEBLA, Eduardo

"Trabajos al servicio de la Administración. La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública".

Relaciones Laborales n° 1, Enero 1990, págs. 7 a 30.



MARTÍN VALVERDE, Antonio

"Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española".

Centro de Estudios Constitucionales, 1980.



MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio

"La contratación coyuntural en el Ordenamiento Laboral español como instrumento flexibilizador del mercado de trabajo".

Actualidad Laboral, tomo III, Enero 1990, págs. 11 a 30.



MARTINEZ EMPERADOR, Rafael

"Estabilidad en el empleo y contratación temporal".

IELSS, Madrid 1983.



MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael

"Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores". Dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz.

Editorial Revista de Derecho Privado. 1982, tomo VI, págs. 17 a 63.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO



MARTINEZ ESCRIBANO, Alfonso

"Supuestos especiales de responsabilidad empresarial: grupo de empresas, subcontratación, cesión de mano de obra".

Cuadernos de Derecho Judicial: "Aspectos de la Contratación Laboral". C.G.P.J. XX, Madrid 1992.



MERCADER UGUINA, Jesús

"Reglamento de Régimen Interior y expediente de modificaciones sustanciales".

Relaciones Laborales, tomo I, 1992, págs. 423 a 436.



MICHON, François

"Tiempo y flexibilidad: el tiempo de trabajo en el debate sobre la flexibilidad".

CNRS Universidad de París I, publicado en "Trabajo y sociedad", vol. 12, nº 1, Enero 1987.



MONGE RECALDE, José Luis

"La movilidad interna en la empresa y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo".

Relaciones Laborales, tomo I, 1990, págs. 116 a 129.



MONTOYA MELGAR, Alfredo

"Derecho del Trabajo".

8ª Edición, Madrid 1987.



MUÑOZ CAMPOS, Juan

"Poder de dirección y deber de obediencia: criterios jurisprudenciales".

Actualidad Laboral, tomo XXVII, Julio 1989, págs. 349 a 359.



OJEDA AVILÉS, Antonio

"Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria"

Relaciones Laborales, tomo I, 1990, págs. 222 a 239.



OJEDA AVILÉS, Antonio

"El final de un principio (La estabilidad en el empleo)".

En "Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón". Tecnos, Madrid 1980.



OJEDA AVILÉS, Antonio

"Flexibilidad judicial y contractualismo".

Actualidad Laboral, ref. 240, Marzo 1988, págs. 557 a 566.



OLIET PALA, Blas

"Infracciones y Sanciones en materia de Seguridad Social (Comentarios a la Ley 8/1988 de 7 de Abril)".

Actualidad Laboral, tomo III, Enero 1989, págs. 25 a 34.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO



ORDEIG FOS, José María
"Impugnación de despidos y sanciones: tramitación procesal"
Actualidad Laboral, tomo V, Febrero de 1992, págs. 45 a 93.



ORTIZ LALLANA, M^a Carmen
"Derecho social comunitario: principios, fuentes y conexión con el derecho interno"
Actualidad Laboral, tomo XLVIII, Noviembre 1992, págs. 707 a 739.



PÉREZ de los COBOS ORIHUEL, Francisco.
"La flexibilidad y la doctrina: la extraña pareja".
Relaciones Laborales, tomo I, 1991, págs. 79 a 92.



PÉREZ del RIO, M^a Teresa
"La regulación en el ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida".
Poder Judicial, n^o 6 (1987), pág. 183 a 206.



RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M.
"La modificación substancial de las condiciones de trabajo: planteamientos jurisprudenciales".
Actualidad Laboral, tomo XXVI, Junio 1991, págs. 297 a 304.



REY GUANTER, Salvador del
"Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo".
Relaciones Laborales, tomo I, 1989, págs. 282 a 296.



RIVERO LAMAS, Juan
"Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial".
Servicio de publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1986.



RIVERO LAMAS, Juan
"La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y en la Jurisprudencia".
Actualidad Laboral, tomo XXVI, Julio 1989, págs. 335 a 348.



RIVERO LAMAS, Juan (Coordinador) y Otros
"La flexibilidad laboral en España".
Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza, 1993



RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel
"Ley, Ordenanza Laboral y Favor Laboratoris".
Relaciones Laborales, vol. II (1985), págs. 33 y ss.



RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel
"Flexibilidad: ¿Un debate interesante o un debate interesado?".
Relaciones Laborales, tomo I, 1987, págs. 14 a 18.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES

APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO



RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel
"Flexibilidad, juridificación y desregulación".
Relaciones Laborales, tomo I, 1987, págs. 26 a 31.



RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel
"Ley y convenio colectivo en la reforma del mercado de trabajo".
Relaciones Laborales, nº 14, Julio 1993, págs. 1 a 6.



RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel
"Flexibilización y anticipación de la edad de jubilación".
Relaciones Laborales, tomo I, 1992, págs. 39 a 46.



RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel
"Contratación temporal y nuevas formas de empleo".
Relaciones Laborales, tomo I, 1989, págs. 49 a 55.



RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel
"Igualdad entre sexos y discriminación de la mujer".
Relaciones Laborales, tomo I, 1992, págs. 10 a 17.



RODRÍGUEZ SANTOS, Baltasar
"Comentarios al Estatuto de los Trabajadores"
3ª Edición. 1985



ROMÁN DE LA TORRE, M^a Dolores
"La situación jurídico-laboral de las empresas de trabajo temporal en España".
Relaciones Laborales, tomo I, 1991, págs. 432 a 453.



RUESGA BENITO, Santos
"Fondos de inversión de los trabajadores en España".
Relaciones Laborales, tomo I, 1990, págs. 1218 a 1226.



SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio
"Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral".
Relaciones Laborales, tomo I, 1989, págs. 107 a 127.



SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio
"Intrahistoria de un Proyecto de Ley. El Estatuto de los Trabajadores".
Relaciones Laborales, nº 6-7, Marzo-Abril 1990, págs. 9 a 21.



SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio
"Huelga intermitente y cierre patronal".
Relaciones Laborales, tomo I, 1985, págs. 969 a 986.



SALA FRANCO, Tomás
"Las exigencias legales para una lícita sucesión de empresa".
Poder Judicial, nº 14, Junio 1989, págs. 233 a 241.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

-  **SALA FRANCO, Tomás**
"Las claves para una reforma de la regulación de la movilidad funcional".
Relaciones Laborales, nº 16-17, Agosto-Septiembre 1993, págs. 38 a 43.
-  **SALA FRANCO, Tomás**
"La movilidad funcional en el derecho español".
Relaciones Laborales, tomo I, 1990, págs. 255 a 260.
-  **SALA FRANCO, Tomás**
"Derecho del Trabajo".
5ª edición, Valencia 1990.
-  **SALA FRANCO, Tomás**
"Movilidad geográfica". En "Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores".
Madrid, Edersa, 1988-VIII, 2ª edición, págs. 59 a 124.
-  **SALA FRANCO, Tomás**
"Flexibilidad del Mercado de Trabajo y Derecho del Trabajo en España".
Revista del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, nº 35. Marzo-Abril 1987, págs. 45 a 61.
-  **SALVADOR PÉREZ, Félix**
"La Ley de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas".
Relaciones Laborales nº 17, Septiembre 1989, págs. 92 a 104.
-  **VALDÉS DAL-RE, Fernando**
"Servicios públicos de empleo y contratación laboral".
En "El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la legislación laboral" (Coord. Efrén Borrajo). Tomo IV, Edersa 1983, pág. 177 a 267.
-  **VALDÉS DAL-RÉ, Fernando**
"Las empresas de trabajo temporal: notas de un debate no tan ajeno para un próximo debate propio".
Relaciones Laborales nº 7, Abril 1993, págs. 1 a 8.
-  **VALDÉS DAL-RÉ, Fernando**
"Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador".
Relaciones Laborales, tomo I, 1990, págs. 277 a 294.
-  **VALLE, José Manuel del**
"El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo".
Actualidad Laboral, tomo XLII, Octubre 1991, págs. 485 a 506.

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LOS PODERES EMPRESARIALES
APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO



VÁZQUEZ MATEO, Felipe

"La Ley 21/1992 de Industria y vigilancia de la seguridad, higiene y salud laborales".
Actualidad Laboral, tomo XVII, Marzo 1993, págs. 241 a 248.



ZORRILLA RUIZ, Manuel M^a

"Aspectos actuales de la Flexibilidad Laboral".

Puntal, Boletín del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales. nº 16,
Junio 1992; págs. 31 a 38.



ZORRILLA RUIZ, Manuel M^a

"Libertades económicas y derechos sociales ante la inmersión de la crisis".

Estudios de Deusto. Vol. 41/1, Enero-Junio 1993.